

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 251.802 van 11 oktober 2021
in de zaak A. 234.570/XII-9135**

In zake: de NV PROGRESO HR SOFTWARE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Laura Kempeneers
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Pieelpoel 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD MECHELEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Garsse en Simon Verhoeven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Prins Boudewijnlaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 september 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 30 augustus 2021 van [de stad Mechelen], waarbij besloten werd de offerte van [de nv Progreso HR Software] nietig te verklaren en te weren wegens de onregelmatigheid ervan en waarbij de opdracht ‘Implementatie soft HR stad Mechelen’ [...] werd gegund aan Flexso For People nv”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 oktober 2021, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Laura Kempeneers, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaten Simon Verhoeven en Koen De Metsenaere, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van diensten met als voorwerp “Implementatie soft HR stad Mechelen”.

De verwerende partij treedt voor deze opdracht ook op als aankoopcentrale voor het OCMW Mechelen en Zorgbedrijf Rivierenland.

3.2. Op 1 maart 2021 maakt de verwerende partij een vooraankondiging inzake de opdracht bekend. De aankondiging van de opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 31 maart 2021 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 2 april 2021.

3.3. De plaatsingswijze is de mededingingsprocedure met onderhandeling.

3.4. Op 10 mei 2021 worden de verzoekende partij, de nv Flexso For People, de nv AFAS Belgium, de nv Dileo en de nv SD Worx Belgium geselecteerd en uitgenodigd om een offerte in te dienen.

3.5. Het bestek met referte 2021-OO-PERS-790 is van toepassing. Hierin worden de volgende gunningscriteria vermeld:

Nr	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	35
	[...]	
2	Na-verkoop: service, onderhoud, dienstverlening	15
	[...]	
3	Kwaliteit van de voorgestelde oplossing	35
	Met dit criterium willen we beoordelen in welke mate de oplossing voldoet aan de vereisten die gesteld zijn in het bestek. Het gaat hierbij om de functionele vereisten, de niet-functionele vereisten en de technische vereisten. Bij de beoordeling van de functionele vereisten zullen deze die aangegeven zijn als 'Moet' in de puntenscore zwaarder doorwegen dan deze die aangegeven zijn als 'Gewenst'. De inschrijver met het beste antwoord krijgt het maximum van de punten, de andere inschrijvers krijgen dan verhoudingsgewijs minder	
4	Projectaanpak	15
	[...]	

In het bestek worden ook de volgende doelstellingen vermeld:

Bij de zoektocht naar een uitbreiding van onze HR-toepassing met HR Soft software zijn volgende doelstellingen belangrijk:

- Een eerste doelstelling bestaat erin om de administratieve werklast drastisch te verlagen. De bedoeling is dat de medewerkers van de personeelsdienst op elk ogenblik over de juiste informatie kunnen beschikken en dat de opvolging van de personeelsdossiers te allen tijde efficiënt verloopt. Op die manier zal de personeelsdienst zich beter kunnen focussen op haar kerntaken, en meer in het bijzonder op de HRM-gerelateerde aspecten.
- Een tweede doelstelling bestaat erin om de verwachtingen van de klanten van de personeelsdienst t.a.v. de werking van de personeelsdienst beter te kunnen inlossen. Het gaat hierbij om de interne medewerkers van de stad en het Zorgbedrijf, de leidinggevenden, de toekomstige medewerkers, enz. Deze klanten verwachten meer en meer een integrale HRM-dienstverlening vanuit de personeelsdienst. Het gaat hierbij bv. om een actueel en volledig zicht op de status en de vooruitgang van bepaalde aanvragen, een beter inzicht in het huidig personeelsbestand, een beter inzicht in de behoeften naar de toekomst toe (vereiste functies, competenties, ...), en dit zoveel mogelijk in de vorm van een digitaal self-servicemodel.

De offertes dienen te worden ingediend uiterlijk op 28 mei 2021. Ook wordt voorzien in een toelichtingssessie waarop de inschrijver zijn offerte kan toelichten en demonstreren.

3.6. De verzoekende partij, de nv Flexso For People, de nv Dileoz en de nv SD Worx Belgium dienen een offerte in.

Na ontvangst van de offertes worden de digitale toelichtingssessies of demo's georganiseerd.

3.7. Na de toelichtingssessies stelt de verwerende partij aan de inschrijvers schriftelijk nog bijkomende vragen en op 6 augustus 2021 nodigt de verwerende partij de inschrijvers uit om een BAFO in te dienen uiterlijk op 11 augustus 2021.

3.8. De nv Flexso For People dient een BAFO in net als de nv Dileoz. De verzoekende partij en de nv SD Worx Belgium bevestigen hun initiële offerte.

3.9. Op 17 augustus 2021 wordt het gunningsverslag opgesteld waarin wordt besloten tot de nietigheid van de offerte van de verzoekende partij:

Nr.	Naam	Substantiële onregelmatigheden?	Niet-substantiële onregelmatigheden?
2	DILEOZ NV	Nee	Nee
5	Flexso For People N.V.	Nee	Nee
3	PROGRESO HR SOFTWARE	Nee	Ja De offerte bevat meerdere niet-substantiële onregelmatigheden waarvan de cumulatie of combinatie de gevolgen teweeg brengt van een substantiële onregelmatigheid.
4	SD WORX BELGIUM NV	Nee	Nee

Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen:
Er werden geen abnormale prijzen vastgesteld.

Besluit van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes

Volgende offerte wordt door het bestuur nietig verklaard:

Nr.	Naam	Motivering
3	PROGRESO HR SOFTWARE	Onderzoek van de niet-substantiële onregelmatigheid: De aanbesteder beslist de offerte van de indiener Progreso HR Software als substantieel onregelmatig te beschouwen en nietig te verklaren, omdat: <ul style="list-style-type: none"> - deze niet voldoet niet aan de eisen, voorwaarden en criteria, vermeld in de aankondiging van de opdracht en de opdrachtdocumenten - dit betekent dat de aanbesteder zich een andere manier van werken moet aanmeten wat tijd en kosten met zich meebrengt die niet in de vergelijking kunnen meegenomen worden. - dit de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes zal verhinderen. Uitgebreide motivatie in afzonderlijke nota.

De in het verslag van nazicht vermelde afzonderlijke nota luidt:

Feiten en context

De [aanbesteder](#) dient na te gaan of de offertes regelmatig zijn (artikel 76, §1, eerste lid KB [Plaatsing](#)). Deze verplichting geldt voor alle [plaatsingsprocedures](#).

Het begrip 'regelmatigheid' omvat het 'voldoen' van de [offerte](#) aan de eisen, voorwaarden en criteria vermeld in de aankondiging van de [opdracht](#) en de [opdrachtdocumenten](#) waarvan sprake in artikel 66, § 1, 1° Wet Overheidsopdrachten. De regelmatigheid is echter een ruimer begrip, aangezien dit onderzoek ook betrekking heeft op de naleving van de voorschriften van [de Wet](#) Overheidsopdrachten en het KB [Plaatsing](#), alsook op de naleving van het arbeids-, sociaal en milieurecht.

Substantiële en niet substantiële onregelmatigheid

Het KB [Plaatsing](#) maakt een onderscheid tussen substantiële onregelmatigheden en niet substantiële onregelmatigheden (artikel 76, §1, tweede lid KB [Plaatsing](#)).

Een [offerte](#) is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de [inschrijver](#) een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de [offerte](#) van de [inschrijver](#) of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de [inschrijver](#) om de [opdracht](#) onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken (artikel 76, §1, derde lid KB [Plaatsing](#)).

De regelgeving overheidsopdrachten somt daarnaast een aantal onregelmatigheden op die in ieder geval als substantieel worden beschouwd (artikel 76, §1, vierde lid KB [Plaatsing](#)). Het betreft:

- de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;
- de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, 54, § 2, 55, 83 en 92 KB [Plaatsing](#) en in artikel 14 [de Wet](#) Overheidsopdrachten, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;
- de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de [opdrachtdocumenten](#).

Andere onregelmatigheden zijn niet substantieel.

Argumentatie

Uit de [offerte](#) en demo blijkt dat de toepassing werkt vanuit het positiebeheer. Dit staat haaks op de werking van de aanbesteder en kan daardoor de werking niet ondersteunen.

5.1.5 Aanvraag vacatures door leidinggevende

Vanuit de ESS/MSS bestaat de mogelijkheid op basis van rechtenzetting om herinvulling aan te vragen van posities waarvan de medewerker in opzeg is en/of nieuwe posities aan te vragen. Na het doorlopen van een [goedkeuringsflow](#) wijzigt dit uiteindelijk de status van de positie. Een goedgekeurde positie is hierbij het startpunt voor een wervingsactie.

5.2.2 Aanmaak vacatures

Vanuit de manager self service (MSS) bestaat de mogelijkheid op basis van rechtezetting om **herinvulling** aan te vragen van posities waarvan de medewerker in opzeg is en/of **nieuwe posities** aan te vragen. Na het doorlopen van een goedkeuringsflow wijzigt dit uiteindelijk de status van de positie. Een goedgekeurde positie is hierbij het startpunt voor een wervingsactie.

Tijdens de demo werd de werking vanuit positiebeheer expliciet bevraagd alsook de mogelijkheid om te werken met de toepassing zonder positiebeheer. Tijdens de demo wordt bevestigd dat de toepassing enkel werkt vanuit positiebeheer.

Eveneens in de demo wordt in de module 'Evaluaties – coaching & feedback' getoond hoe 360°-feedback georganiseerd wordt in de toepassing. Privacy is echter niet gegarandeerd. Alle info aangaande de gesprekken wordt zichtbaar voor alle inputgevers en niet alleen voor de medewerker, leidinggevende en N+2. In de werking van de aanbesteder geldt het principe dat de inhoud van plannings-, evaluatie-, coachings-, feedback, verzuimgesprekken enzomeer enkel gekend is bij belanghebbende partners afhankelijk van het gesprek. Inputgevers voor 360°-feedback inzicht geven in deze gesprekken is niet toegestaan. Om zeker te zijn dat we dit goed begrepen, werd deze info expliciet afgetoetst tijdens de demo en ook bevestigd. Hierdoor is er niet voldaan aan t14 (Moet bold) van de vereistentabel waarin gevraagd wordt naar een afgeschermd omgeving om actoren te laten participeren in ifv het type gesprek.

De noodzaak om te werken met positiebeheer als basis van de toepassing staat zodanig haaks op de werking van de afdeling personeel van de aanbesteder dat de toepassing de werking niet ondersteunen of naar een hoger niveau tillen.

In het bestek wordt bij de visie van Stad Mechelen en Zorgbedrijf Rivierenland immers gevraagd:

Bij de zoektocht naar een uitbreiding van onze HR-toepassing met HR Soft software zijn volgende doelstellingen belangrijk:

- Een eerste doelstelling bestaat erin om de administratieve werklast drastisch te verlagen. De bedoeling is dat de medewerkers van de personeelsdienst op elk ogenblik over de juiste informatie kunnen beschikken en dat de opvolging van de personeelsdossiers te allen tijde efficiënt verloopt. Op die manier zal de personeelsdienst zich beter kunnen focussen op haar kerntaken, en meer in het bijzonder op de HRM-gerelateerde aspecten.
- Een tweede doelstelling bestaat erin om de verwachtingen van de klanten van de personeelsdienst t.a.v. de werking van de personeelsdienst beter te kunnen inlossen. Het gaat hierbij om de interne medewerkers van de stad en het Zorgbedrijf, de leidinggevendenden, de toekomstige medewerkers, enz. Deze klanten verwachten meer en meer een integrale HRM-dienstverlening vanuit de personeelsdienst. Het gaat hierbij bv. om een actueel en volledig zicht op de status en de vooruitgang van bepaalde aanvragen, een beter inzicht in het huidig personeelsbestand, een beter inzicht in de behoeften naar de toekomst toe (vereiste functies, competenties, ...), en dit zoveel mogelijk in de vorm van een digitaal self-servicemodel.

De dynamiek en complexiteit van het personeelsbestand en personeelsinvulling vraagt om een dynamische toepassing. Gebruik van positiebeheer zorgt voor onze organisatie niet voor een drastische verlaging van de administratieve werklast, eerder het tegendeel.

Dit betekent dat de aanbesteder zich een andere manier van werken moet aanmeten wat tijd en kosten met zich meebrengt die niet in de vergelijking kunnen meegenomen worden.

De aanbesteder is van oordeel dat dit de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes zal verhinderen

Besluit

De aanbesteder beslist de offerte van de indiener Progreso als substantieel onregelmatig te beschouwen en nietig te verklaren, omdat:

- deze niet voldoet niet aan de eisen, voorwaarden en criteria, vermeld in de aankondiging van de opdracht en de opdrachtdocumenten
- dit betekent dat de aanbesteder zich een andere manier van werken moet aanmeten wat tijd en kosten met zich meebrengt die niet in de vergelijking kunnen meegenomen worden.
- dit de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes zal verhinderen.

3.10. Op 30 augustus 2021 gunt de verwerende partij de opdracht aan de nv Flexso For People. Het verslag van nazicht maakt integraal deel van de beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

In de bestreden beslissing wordt over de offerte van de verzoekende partij als volgt gemotiveerd:

“• Volgende offerte wordt door het bestuur nietig verklaard:

Nr.	Naam	Motivering
3	PROGRESO HR SOFTWARE	Onderzoek van de niet-substantiële onregelmatigheid: De aanbesteder beslist de offerte van de indiener Progreso HR Software als substantieel onregelmatig te beschouwen en nietig te verklaren, omdat: - deze niet voldoet niet aan de eisen, voorwaarden en criteria, vermeld in de aankondiging van de opdracht en de opdrachtdocumenten. Dit betekent dat de aanbesteder zich een andere manier van werken moet aanmeten wat tijd en kosten met zich meebrengt die niet in de vergelijking kunnen meegenomen worden. - dit de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes zal verhinderen. Uitgebreide motivatie in afzonderlijke nota.

”

3.11. Op 2 september 2021 stelt de verwerende partij de verzoekende partij in kennis van de bestreden beslissing.

Op 13 september 2021 ontvangt de raadsman van de verzoekende partij op haar verzoek de integrale gunningsbeslissing en de video-opname van de demo.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met artikel 15 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.”

V. Onderzoek van het eerste middel

A. Eerste onderdeel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, de bepalingen van de opdrachtdocumenten en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij vat het onderdeel als volgt samen:

“De bestreden gunningsbeslissing is onwettig omdat verwerende partij in haar motivering voor het nietig verklaren van de offerte van verzoekende partij onterecht stelt dat de werking vanuit positiebeheer als basis van de softwaretoepassing, die wordt voorgesteld in de offerte van verzoekende partij, leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij, omdat:

- De werking vanuit positiebeheer als basis van de voorgestelde toepassing door verzoekende partij geenszins in strijd is met de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten (eerste middelenonderdeel);

- De werking vanuit positiebeheer als basis van de voorgestelde toepassing door verzoekende partij geenszins de beoordeling van de offerte van verzoekende partij of de vergelijking ervan met andere offertes verhindert (eerste middelenonderdeel).”

In de toelichting bij het eerste onderdeel laat de verzoekende partij in essentie gelden dat de verwerende partij geen bestekseis aanwijst waarmee de werking vanuit positiebeheer strijdig zou zijn. De verzoekende partij benadrukt dat de door haar voorgestelde software-toepassing conform de bestekseisen is.

Ook de doelstellingen waarnaar de verwerende partij verwijst, bevatten volgens de verzoekende partij geen minimale eisen, voorwaarden of technische vereisten waaraan wel of niet is voldaan. De doelstelling inzake de vermindering van de administratieve werklast is een algemeen criterium waaraan offertes zouden kunnen worden getoetst. Dit kan door een gunningscriterium in die zin in het bestek op te nemen. Dat de verwerende partij dit niet heeft gedaan, maakt van de betrokken doelstelling nog geen minimale eis of substantiële vereiste.

Voorts licht de verzoekende partij nader toe dat de door haar voorgestelde oplossing werklastverlagend is. Ook wijst zij erop dat zijzelf voor de implementatie van de toepassing zorgt.

Omdat er volgens de verzoekende partij aldus geen sprake is van extra tijd en kosten – minstens licht de verwerende partij zulks niet toe – is het besluit van de verwerende partij dat de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij of de vergelijking ervan met de andere offertes wordt verhinderd, onjuist. Overigens, zo vervolgt de verzoekende partij, indien de door haar voorgestelde toepassing toch tijd en kosten met zich mee zou brengen, valt niet in te zien op welke manier de beoordeling van haar offerte aan de hand van de in het bestek bepaalde gunningscriteria zou worden verhinderd. Door te stellen dat de implementatie tijd en kosten met zich meebrengt, houdt verwerende partij in wezen rekening met een element dat geen onderdeel is van de vooropgestelde gunningscriteria.

Ten slotte voert de verzoekende partij nog aan dat de afzonderlijke nota en het gunningsverslag tegenstrijdig gemotiveerd zijn. In de

afzonderlijke nota wordt de indruk gewekt dat de werking vanuit positiebeheer een substantiële onregelmatigheid betreft terwijl in het gunningsverslag wordt opgemerkt dat haar offerte meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat waarvan de cumulatie of combinatie leidt tot de substantiële onregelmatigheid.

6. De verwerende partij betoogt hiertegenover dat zij naar aanleiding van het onderzoek van de offertes tot de vaststelling is gekomen dat op de verzoekende partij na, alle inschrijvers een softwareoplossing hebben aangeboden die werkt met beheer op medewerkersniveau in plaats van op het niveau van een positie of arbeidsplaats. Welnu, de verwerende partij beoogt met de opdracht het systeem op medewerkersniveau. De softwaretoepassing van de verzoekende partij zou dus niet de “omslag” betekenen die de verwerende partij wil bereiken met deze opdracht en aldus haaks staan op de door de verwerende partij in het bestek vermelde doelstellingen. Bijkomend zou de in het bestek vereiste vlotte integratie met de reeds bestaande tools niet kunnen worden gerealiseerd.

Voorts merkt de verwerende partij op dat zij tijdens de demo aan de verzoekende partij expliciet duidelijk heeft gemaakt dat software op grond van positiebeheer niet is wat zij zoekt. De verzoekende partij werd volgens de verwerende partij de kans geboden om haar offerte te verbeteren, wat zij echter heeft nagelaten.

Beoordeling

7. In de eerste plaats wordt opgemerkt dat in de mate dat de verwerende partij in de bestreden beslissing, het nazichtsverslag of de afzonderlijke nota verwijst naar opdrachtdocumenten waarin eisen, voorwaarden en criteria zouden zijn opgenomen waaraan de offerte van de verzoekende partij niet zou voldoen, zij zich lijkt te beperken tot de voornoemde doelstellingen. In haar nota met opmerkingen verwijst de verwerende partij echter ook naar de toelichting bij de beschrijving van de opdracht in het bestek onder I.1 ‘Beschrijving van de opdracht’ waarin wordt vermeld dat “de oplossing [...] in staat [is] de hele employee lifecycle te kunnen volgen, van werving tot onboarding, van learning tot succession planning, van competentie management tot evaluaties”

en “zich vlot [kan] integreren in de bestaande architectuur en de huidige HR tools voor core HR, tijdsregistratie, planning en loonadministratie”. Mocht de door de verzoekende partij voorgestelde oplossing al incongruent zijn met deze beschrijving, dan moet in elk geval worden vastgesteld dat uit het bestreden besluit, het nazichtsverslag of de afzonderlijke nota niet blijkt dat de verwerende partij zich hierop heeft gesteund.

De door de verzoekende partij voorgestelde oplossing die vertrekt van positiebeheer zou volgens de verwerende partij er aanleiding toe geven dat zij op een andere manier zou moeten werken wat extra tijd en kosten zou meebrengen. Bijgevolg zou deze oplossing niet vergelijkbaar zijn.

Met de verwerende partij kan weliswaar op het eerste gezicht worden aangenomen dat een manifeste tekortkoming aan een fundamentele besteksbeeping — te dezen, volgens haar, het voorstellen van een oplossing die haaks staat op wat wordt verwacht — aanleiding kan geven tot wering van de offerte (en niet tot toetsing aan de gunningscriteria). Dit lijkt dan evenwel om een substantiële onregelmatigheid te gaan, rechtsfiguur waar de verwerende partij zich niet lijkt op te beroepen, aangezien zij in haar motivering uitdrukkelijk stelt dat hier geen sprake is van substantiële tekortkomingen doch enkel van niet-substantiële onregelmatigheden die alle samengenomen een substantiële onregelmatigheid uitmaken.

Overigens, vaststellen dat het aanbod helemaal niet voldoet aan wat wordt gevraagd en op die grond concluderen tot de onregelmatigheid van de offerte, lijkt aanleiding te moeten geven tot een motivering waarin op een precieze wijze wordt geïd wat deze fundamentele tekortkoming(en) zijn en dit in de regel aan de hand van duidelijk omschreven bepalingen uit de opdrachtdocumenten waaraan zou zijn gemankeerd.

Niets van dit alles lijkt hier aan de orde.

Voor zover er al sprake is van een gebrek aan vergelijkbaarheid – de verzoekende partij betwist dit – lijkt dit toe te schrijven aan lacuneuze opdrachtdocumenten. De verwerende partij lijkt er immers niet in te slagen aan te

tonen dat zij bij het nemen van haar beslissing een bepaling uit de opdrachtdocumenten voor ogen had die een oplossing met positiebeheer duidelijk uitsloot. De verwerende partij heeft zich in haar motivering niet op bepalingen uit de omschrijving van het voorwerp van de opdracht, noch op eisen, in het bijzonder functionele eisen, gesteund die haar zouden toelaten te concluderen tot een aperte mismatch tussen wat zij vroeg en wat de verzoekende partij bood.

De verwerende partij beperkt zich in haar motivering tot een verwijzing naar een vage doelstelling, namelijk “de administratieve werklust drastisch te verlagen”, waarvan zij, zo lijkt, niet eens een weerklank aanwijst in de gunningscriteria. Indien de verwerende partij meent dat deze doelstelling enkel kan worden gerealiseerd met een oplossing gegrond op een toepassing met beheer op werknemersniveau, dan lijkt het dat zij dit in de opdrachtdocumenten duidelijk had moeten vermelden. In elk geval slaagt de verwerende partij er niet in bepalingen van dergelijke strekking aan te wijzen.

De omstandigheid dat de verzoekende partij geen BAFO heeft ingediend en haar initiële offerte heeft bevestigd, kan haar in het licht van dit alles niet worden verweten aangezien, zo lijkt, haar niet onmiddellijk een bepaling uit de opdrachtdocumenten moet zijn bekend geweest die haar oplossing fundamenteel bezwaarde en uitsloot. Waar de verwerende partij erop wijst dat zij de verzoekende partij naar aanleiding van de toelichtingssessie voldoende duidelijk maakte – als dat al het geval is geweest – dat zij een oplossing die werkt vanuit positiebeheer, niet wenste, rijst de vraag of de verwerende partij binnen de wettelijke contouren van de door haar gekozen plaatsingsprocedure de op het eerste gezicht vastgestelde onvolkomen formulering van het voorwerp in haar bestek wel mocht aankaarten.

In die omstandigheden lijkt de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen te hebben geschonden. Het eerste onderdeel is ernstig.

Dit ernstig bevinden verantwoordt op zich reeds de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing. Immers, in tegenstelling tot wat de verwerende partij onder randnummer 38 van haar nota met opmerkingen doet gelden maar verder in die nota weerspreekt, beschouwt de verwerende partij

zelf in haar bestreden beslissing dit motief tot wering van de offerte van de verzoekende partij als gegrond op een niet-substantiële onregelmatigheid. Dit betekent dat, mocht worden aangenomen dat het tweede motief tot wering dat hierna in het tweede onderdeel aan bod komt en dat volgens de verwerende partij ook een niet-substantiële onregelmatigheid betreft, de kritiek van de verzoekende partij kan weerstaan, er geen sprake meer is van een samenloop van niet-substantiële onregelmatigheden die samen een substantiële onregelmatigheid kunnen uitmaken.

B. Tweede onderdeel

Standpunt van de partijen

8. De verzoekende partij voert de schending aan van dezelfde bepalingen en beginselen als aangevoerd in het eerste onderdeel. Zij vat het onderdeel als volgt samen:

“De bestreden gunningsbeslissing is tevens onwettig omdat verwerende partij in haar motivering voor het nietig verklaren van de offerte van verzoekende partij onterecht stelt dat er niet voldaan zou zijn aan vereiste t14 (Moet bold) van de vereistentabel van verwerende partij en omdat verwerende partij de offerte van verzoekende partij ook niet had mogen nietig verklaren omwille van het zogenaamd niet voldaan zijn aan de vereiste t14 op basis van haar eigen bestek. Zelfs als er niet voldaan zou zijn geweest aan deze vereiste dan had dit louter aanleiding mogen geven tot een lagere score in het kader van de beoordeling aan de hand van de gunningscriteria (tweede middelenonderdeel).”

In een toelichting bij het onderdeel doet de verzoekende partij in essentie gelden dat in de afzonderlijke nota bij het verslag van nazicht (waarin er uitgebreider wordt gemotiveerd over de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij) er een tweede motief inzake de onregelmatigheid opduikt, namelijk het niet voldoen aan de bestekseis t14.

Deze eis, die een ‘moet’-eis is wat betekent dat “deze functionaliteit moet ondersteund worden door de oplossing”, schrijft voor dat de voorgestelde toepassing moet toelaten om in functie van het type gesprek actoren

(zoals medewerker, leidinggevende, personeelsdienst, tweede evaluator, algemeen directeur) te laten participeren en te informeren in een afgeschermd omgeving.

In de afzonderlijke nota van de verwerende partij wordt opgemerkt dat uit de demo van de verzoekende partij in de module ‘Evaluaties – coaching & feedback’ blijkt dat de 360°-feedback de privacy niet garandeert en dus de bestekseis t14 niet in acht neemt.

De verzoekende partij merkt in de eerste plaats op dat de verwerende partij hierbij een feitelijke misslag begaat. De 360°-feedback is enkel een optie in het kader van formele gesprekken en binnen die feedback hebben de inputgevers geen zicht op het rapport, zodat de verwerende partij ten onrechte concludeert dat de bestekseis t14 niet wordt gerespecteerd. Overigens, zo vervolgt de verzoekende partij, zou tijdens de demo de 360°-feedback helemaal niet aan bod zijn gekomen. Tijdens de demo ging het met betrekking tot die problematiek immers over informele gesprekken waar het in de regel logisch is dat andere dan de betrokken personen de inhoud ervan kennen. Zo de verwerende partij dit anders ziet, was er volgens de verzoekende partij de mogelijkheid tot maatwerk.

Voorts wijst zij erop dat het begrip ‘afgeschermd omgeving’ vaag is en dat volgens het bestek de eis t14 dient te worden beoordeeld in het kader van het gunningscriterium ‘kwaliteit’. Door anders te oordelen, wat leidde tot de conclusie van een niet-substantiële onregelmatigheid, heeft de verwerende partij, aldus de verzoekende partij, haar bestek niet nageleefd.

9. De verwerende partij merkt in de eerste plaats op dat het begrip ‘afgeschermd omgeving’ strikt moet worden opgevat in de zin dat onder andere inputgevers niet de input van andere inputgevers kunnen zien. Voorts betwist zij dat zij de oplossing van de verzoekende partij verkeerd heeft begrepen.

Ten slotte betoogt zij dat het gegeven dat het al dan niet voldoen aan technische of functionele vereisten wordt getoetst in het kader van de gunningscriteria niet belet dat de aanbestedende overheid een offerte onregelmatig mag verklaren en weren als nietig wegens niet-conformiteit met deze vereisten.

Beoordeling

10. In de gunningsbeslissing zelf is er geen sprake van het motief inzake de t14-eis om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren. Evenmin, zo lijkt, komt dit in het verslag van nazicht aan bod. Pas in de afzonderlijke nota waarnaar in het verslag van nazicht wordt verwezen, is er een paragraaf waar de problematiek van de t14-eis aan bod komt. Het besluit in die nota waarin wordt geconcludeerd tot de onregelmatigheid, lijkt echter op het eerste gezicht geen steun te zoeken in het motief inzake de t14-eis, maar enkel in het eerste motief inzake de bijkomende werklast en kosten. In die omstandigheden toont de verwerende partij niet aan dat haar beslissing ook berust op een motief inzake de t14-eis.

De verzoekende partij lijkt haar onderdeel dan ook te steunen op een onbestaand beslissingsmotief zodat het niet ernstig is.

11. Voor zover zou mogen worden aangenomen dat het motief inzake de t14-eis toch de bestreden beslissing schraagt, merkt de Raad van State ten overvloede nog het volgende op. De verwerende partij meent dat de tekortkoming aan de t14-eis tot een niet-substantiële onregelmatigheid leidt. Een dergelijke conclusie waarbij tot de onregelmatigverklaring en wering van de offerte wordt besloten eerder dan tot de toetsing aan het voor de hand liggende gunningscriterium 'kwaliteit', lijkt te moeten steunen op een afdoende en pertinente motivering. Dit is hier niet het geval, zodat, zo lijkt, minstens de materiële motiveringsplicht is geschonden.

In die zin lijkt ook het tweede onderdeel ernstig.

C. Conclusie met betrekking tot het middel

12. Het middel is ernstig.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 30 augustus 2021 van de stad Mechelen waarbij de offerte van de nv Progreso HR Software wordt nietig verklaard en de opdracht wordt gegund aan de nv Flexso For People.

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

Pierre Barra,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra