

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 147.990 van 29 juli 2005
in de zaak A. 164.455/XII-4492.**

In zake : de nv AERTSSEN AANNEMINGSBEDRIJF,
die woonplaats kiest bij
advocaten C. DE WOLF en J. TIMMERMANS,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF ANTWERPEN
NIEUW NOORD (ANN),
dat woonplaats kiest bij
advocaat C. COEN,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 210A

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv AERTSSENS AANNEMINGSBEDRIJF op 20 juli 2005 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het autonoom gemeentebedrijf ANTWERPEN NIEUW NOORD houdende haar niet-selectie voor de beperkte aanbestedingsprocedure tot gunning van de overheidsopdracht voor het “aanleggen van een stedelijk landschapspark Antwerpen-Noord: grondwerken, rioolaansluitingen, drainage- en filtersysteem, nieuwe verharding en funderingen, sporttoestellen, straatmeubilair, aanplantingen en bezaaiingen, oprichten van kiosken, restauratie gemetselde muren”;

Gezien het gelijktijdig ingediend verzoekschrift waarbij dezelfde verzoekende partij vraagt dat, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000.000 euro, aan de verwerende partij het verbod zou opgelegd worden om over te gaan tot het openen van de ingediende offertes hetzij gedurende de termijn van 40 dagen na de kennisgeving van het bestek wanneer het bestreden besluit geschorst wordt en zij alsnog geselecteerd wordt -om haar toe te laten een offerte in te dienen-, hetzij gedurende een termijn van 20 dagen wanneer het bestreden besluit geschorst wordt en zij opnieuw niet geselecteerd wordt -om haar toe te laten een vordering tot schorsing in te dienen-, hetzij tot aan de uitspraak ten gronde wanneer het bestreden

besluit geschorst wordt en de verwerende partij beslist te wachten op het vernietigingsarrest van de Raad van State;

Gezien de nota's van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 25 juli 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 juli 2005, om 10.00 uur;

Gehoord het verslag van staatsraad A. VANDENDRIESSCHE;

Gehoord de opmerkingen van advocaten C. DE WOLF en J. TIMMERMANS, die verschijnen voor de verzoekende partij, en van advocaat C. COEN, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. VERMEIRE;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt:

1.1. In het EG Publicatieblad van 11 mei 2005 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 mei 2005 wordt een aankondiging van opdracht gepubliceerd voor de beperkte aanbesteding, door het autonoom gemeentebedrijf Antwerpen Nieuw Noord, van de overheidsopdracht voor aanneming van volgende werken “Aanleggen van een stedelijk landschapspark Antwerpen Noord : grondwerken, rioolaansluitingen, drainage- en filtersysteem, nieuwe verharding en funderingen, sporttoestellen, straatmeubilair, aanplantingen en bezaaiingen, oprichten van kiosken, restauratie gemetselde muren”;

Volgens deze aankondiging gaat het om een opdracht met een duur of uitvoeringstermijn van 300 werkdagen met start van de werken voorzien in het najaar van 2005. De uiterste termijn voor ontvangst van offertes of aanvragen tot deelneming is bepaald op 10 juni 2005 om 10 uur. Deze aankondiging bevat in punt III.2 de voorwaarden voor deelneming en somt de inlichtingen en bewijzen op die de inschrijvers moeten voorleggen voor de beoordeling van de minimaal vereiste economische, financiële en technische capaciteit. Aldus wordt inzake de verlangde bewijsstukken inzake technische bekwaamheid onder meer verwezen naar: referenties

van gelijkaardige projecten tijdens de laatste tien jaar, referenties en profiel van het kaderpersoneel, voorstelling projectteam en bouwonderneming en onderaannemers, beschrijving van de werken die de hoofdaannemer uitvoert en opgave van werktuigen, materieel en technische uitrusting en methode coördinatie. Volgens punt IV.1.4. is de aanbestedende dienst voornemens minimum 5 en maximum 7 ondernemingen uit te nodigen tot inschrijving.

1.2. In het aanbestedingsdocument “Park Spoor Noord Besteknummer: SLSN/05/AB001 Oproep tot kandidatuurstelling”, “Oproep tot kandidatuurstelling met het oog op het samenstellen van een lijst geselecteerde aannemers klasse 8, categorie C - dit betreft algemene aannemingen van wegenbouwkundige werken, registratie 00, 05 of 08 Stedelijk Landschapspark Spoor Noord”, wordt in punt 1 een algemene omschrijving van de werken gegeven : het opbreken van de bestaande infrastructuur (+/- 2,5 %), het uitvoeren van grondwerken (+/- 7,5 %), het bouwen van nieuwe rioolaansluitingen (+/- 2,2 %), het bouwen van een drainage- en filtratiesysteem (+/- 6,5 %), het aanleggen van nieuwe verharding en hun funderingen (+/- 28 %), het leveren en plaatsen van straatmeubilair (+/- 1 %), het uitvoeren van aanplantingen en bezaaiingen, inclusief het onderhoud gedurende de garantieperiode (+/- 24,5 %), het oprichten van kiosken (samengesteld uit stalen structuurelementen) (+/- 2 %) en het uitvoeren van alle andere werken en werken noodzakelijk voor een goede uitvoering van de genoemde werken (+/- 26 %).

Punt 3.2 van het document handelt over de selectiecriteria. Voor de beoordeling van de technische bekwaamheid wordt aldus onder meer gevraagd:

- “stuk 10: Referenties van gerealiseerde gelijkaardige projecten uitgevoerd tijdens de laatste 10 jaar, met vermelding van de periode van realisatie, de naam van de publiek- of privaatrechtelijke instanties voor wie ze besteld waren. Voor de belangrijkste 5 projecten wordt de projectplanning en een evaluatie van de opdrachtgever bijgevoegd”,
- “stuk 14: aan de hand van een voorbeeldreferentie, de beschrijving van de werken die door de hoofdaannemer zelf uitgevoerd worden (d.w.z. niet in onderaanneming). De opdrachtgever legt op dat deze minimaal 40 % van het totaalbedrag moeten vertegenwoordigen”
- “stuk 16: Voorstelling van de onderaannemers: - Voorstelling van de mogelijke onderaannemers voor de belangrijkste werken - Beschrijving van de methode van coördinatie met betrekking tot de kwaliteit en planning zowel intern in het bedrijf als extern met de werken die worden uitgevoerd door onderaannemers”.

1.3. Er worden op 10 juni 2005 vijf kandidaturen ingediend waaronder deze van verzoekende partij.

Haar kandidatuur bevat onder meer als stuk 10 een algemene referentielijst met een detailoverzicht van vijf gelijkaardige gerealiseerde projecten met getuigschriften; het gaat daarbij om :

- “Aanleg van het wachtbekken Brucargo op de luchthaven Brussel-Nationaal” omschreven als “aanleg golfterrein, aanleg geïntegreerde open grachten bekleed met breuksteen, aanleg schanskorven” (1994-1996) (2.969.726,925 euro);
- “Aanleg van een geluidsscherm achter de banen 25R en 20 fase 2” omschreven als “aanleg van een geluidsscherm éénzijdig samengesteld uit betonelementen incl. beplanting onder de helling 1/4 en aanleg beplantingen en bosplantsoenen” (2001-2002) (1.266.810 euro);
- “Ontmanteling van de kaaïen en slipway van de voormalige marinebasis te Lombardsijde ten behoeve van natuurherstel” omschreven als “Aanleg van duinen en 1 ha helmbepanting, aanleg van een slikken en schorrenzone in intertidaal gebied” (2000-2001) (1.351.339,32 euro);
- “Afgraven van de opgespoten terreinen van het Vlaams Natuurreservaat De iJzermonding ten behoeve van herstel slikken en schorren” omschreven als “Na afgraving van 10 ha opgespoten terreinen het realiseren van duinen en natuurlijke glooiingen en het beplanten met helm en rijsthout” (2002-2003) (3.713.399,73 euro);
- “Afbraak en natuurtechnische inrichting van het voormalige zwembadcomplex Swimming Pool” (te Knokke-Heist) omschreven als “Na afbraak milieutechnische inrichting met beplantingen van alle aard (helm, eik, rijsthout, ...)” (2004-2005) (408.507,04 euro).

Het stuk 14 van de verzoekende partij is een verdelingstabel van de werken in (onder)aanneming die verwijst naar 23,5 % werken in onderaanneming (nl. aanleggen nieuwe verhardingen en funderingen 8 %, plaatsen straatmeubilair 1 %, aanplantingen en bezaaiingen 12,25 % en oprichten van kiosken 2 %). Stuk 16 is een overzicht potentiële onderaannemers en een tabel interactie met onderaannemers.

1.4. Op 15 juni 2005 stelt de selectiecommissie voor alle kandidaten te selecteren om een offerte in te dienen behalve verzoekende partij omdat zij niet de vooropgestelde 60 % bereikt en ruim onvoldoende scoort op de belangrijkste selectiecriteria referenties, onderaannemers en voorbeeldreferentie.

Uit dat advies blijkt dat de commissie eerst de wegingsfactoren bepaalde waarbij beslist werd het grootste belang te hechten aan drie criteria ‘referenties’, ‘onderaannemers’ en ‘voorbeeldreferentie’ omdat de selectieronde tot

doel heeft een aannemer te selecteren die het kwalitatief hoogstaande ontwerp voor het stedelijk landschapspark Spoor Noord kan omzetten in een kwalitatief hoogstaande uitvoering, waarbij de geselecteerde kandidaten het multidisciplinaire project tot een goed einde moeten kunnen brengen en waarbij het logischerwijze van groot belang is dat elk onderdeel even veel kans op slagen krijgt. Tevens wordt voorgesteld om de grens om kandidaten toe te laten tot het indienen van de offerte, op 60 % (12/20) te bepalen. De vijf kandidaten worden tenslotte beoordeeld in het licht van de selectiecriteria. Vier kandidaten behalen meer dan 12 op 20 (resp. 13, 16, 17 en 20). Verzoekende partij behaalt slechts 9 op 20 door de lage score op de criteria 'referenties' (1 op 6 omdat geen enkele relevante referentie wordt opgegeven maar enkel grondwerken), 'voorbeeldreferentie- beschrijving eigen werken' (0 op 3 omdat het opgegeven percentage werken uitgevoerd door de kandidaat zelf, gezien diens activiteiten - afgeleid uit de referenties - en de enige opgegeven onderaannemer, niet overeenstemmen met de gevraagde 40 %) en 'voorstelling onderaannemers' (0 op 3 omdat de opgegeven onderaannemer groen geen sterke kandidaat is en specifiek een opgave van de onderaannemers werd gevraagd opdat de kandidaten zouden kunnen aantonen dat zij het multidisciplinair uitvoeringsproject aankunnen). Er wordt daarbij aangegeven dat verzoekende partij een betere kandidaat had kunnen zijn indien zij de moeite had genomen een aantal sterke onderaannemers aan te spreken.

1.5. Volgens de nota besliste de raad van bestuur van de verwerende partij op 1 juli 2005 tot selectie van alle kandidaten conform het advies van de selectiecommissie met uitzondering van de verzoekende partij. Bij de nota voegt zij een ontwerp van proces-verbaal van deze beslissing waaruit ook blijkt dat een kalender opgesteld is : mededeling bestek 4 juli 2005, indienen offertes 29 augustus 2005, toewijzing en kennisgeving gunning 9 september 2005 en begin werken 4 oktober 2005.

Het administratief dossier bevat een niet-goedgekeurde versie van de notulen van de vergadering van de raad van bestuur.

Uit het dossier blijkt wel dat de geselecteerde kandidaten met een telefax van 4 juli 2005, uitgaande van de werfcoördinator Park Spoor Noord, werden uitgenodigd het bestek te komen afhalen bij de stad Antwerpen.

1.6. Met een brief gedateerd op 21 juni 2005, maar volgens het verzoekschrift pas ontvangen op 7 juli 2005, deelt de voorzitter van de raad van bestuur van de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij niet geselecteerd is.

De verzoekende partij vraagt dezelfde dag om mededeling van de motieven van deze beslissing met verzoek niet over te gaan tot sluiting van het contract tot zij de rechtsgeldigheid van die beslissing heeft kunnen nagaan.

Met een brief van 12 juli 2005 deelt de verwerende partij mee

“(…)
dat alle kandidatuurstellingen getoetst werden aan vooraf opgestelde criteria zoals beschreven in de oproep tot kandidatuurstelling.

Gezien de omvang van de geplande werken en het substantieel pakket “groenaanleg” werd met de criteria beoogd een lijst van kandidaten samen te stellen welke voldoende garantie op kwaliteit kunnen bieden. Door de commissie werd aan elk criterium een waarde toegekend en werd in overleg de minimum te behalen totaalscore bepaald.

Uw kandidatuur werd niet aanvaard omdat de minimum totaalscore niet werd bereikt”.

In een aangetekend verzonden brief van 15 juli 2005 deelt de raadsman van verzoekende partij aan verwerende partij mee dat dit geen afdoend en draagkrachtige motivering is.

Met een aangetekend verzonden brief van 19 juli 2005 deelt de secretaris van de verwerende partij een uitgebreide motivering van de beslissing tot niet-selectie mee. Die brief luidt als volgt :

“(…)
De eerste selectieronde had als doel aannemers te selecteren die het kwalitatief hoogstaande ontwerp voor het stedelijk landschapspark Spoor Noord kunnen omzetten in een kwalitatief hoogstaande uitvoering. De geselecteerde kandidaten moeten derhalve in staat zijn om dit multidisciplinaire project tot een goed einde te brengen. Hierbij is het logischerwijs van groot belang dat elk onderdeel van de parkaanleg naar bevrediging van de bouwheer wordt uitgevoerd.

Daarom hechtte de commissie het meeste belang aan de criteria ‘referenties’, ‘onderaannemers’ en ‘voorbeeldreferentie’ (waarbij de hoofdaannemer diende op te geven welke werken hij voor eigen rekening zal nemen, met een opgelegd minimum van 40%).

De wegingsfactoren werden daarom als volgt verdeeld :

Criteria	wegingsfactor
Financiële draagkracht	2
Referenties	6
Kaderpersoneel	1
Projectteam & strategie	2
Voorstelling onderneming	2
Voorbeeldreferentie- beschrijving eigen werken	3
Werktuigen/materieel	1

Voorstelling onderaannemers	3
Totaal	20

Uw firma werd niet geselecteerd omdat er onvoldoende punten behaald werden. Specifiek was dit te wijten aan onvoldoendes voor de volgende criteria.

- Stuk 10 : Referenties : U gaf volgens de selectiecommissie geen enkele relevante referentie inzake parkaanleg op (voornamelijk grondwerken werden als referentie opgegeven).

- Stuk 14 : Voorbeeldreferentie- beschrijving eigen werken : de commissie stelde vast dat het opgegeven % werken uitgevoerd door de kandidaat zelf, gelet op diens activiteiten (afgeleid uit de referenties) niet overeenstemmen met de in het bestek bepaalde minimale 40 %. De opgegeven 76,5 % werken in eigen aanneming blijkt dus niet uit de ingediende referenties.

- Stuk 16 : Voorstelling onderaannemers : Vanuit de beoogde kwaliteit voor het park oordeelde de commissie dat inzake de onderaannemers 'groen', er geen garanties werden geboden op een kwalitatieve uitvoering. Zo werden er bv geen referenties inzake parkaanleg van deze onderaannemers mee ingediend wat hier logischerwijs toch uitermate van belang is.

Dit resulteerde in volgende punten :

Criteria	Aertssen
Financiële draagkracht	2/2
referenties	1/6
Kaderpersoneel	1/1
Projectteam & strategie	2/2
Voorstelling onderneming	2/2
Voorbeeldreferentie- beschrijving eigen werken	0/3
Werktuigen/materieel	1/1
Voorstelling onderaannemers	0/3
Totaal	9/20

Inzake de verdere procedure kunnen wij u melden dat de geselecteerde aannemers intussen het bestek hebben ontvangen en dat zij op 29 augustus 2005 hun inschrijving dienen in te dienen.

Overeenkomstig de bepalingen van artikel 21bis §2 van de wet van 24 december 1993 kennen wij u een termijn van 10 kalenderdagen toe, ingaande vanaf de dag die volgt op de verzendingsdatum van deze brief, om ons schriftelijk te melden bij aangetekend schrijven of u al dan niet een administratiefrechtelijke of gerechtelijke beroepsprocedure heeft ingesteld tegen onze beslissing om uw firma niet te selecteren.

(...).”;

2.1. Overwegende dat de verzoekende partij zich, na raadpleging van het administratief dossier, vragen stelt bij het bestaan van een uitvoerbare beslissing, in die zin dat haar op 7 juli 2005 met een brief die de datum van 21 juni 2005 draagt,

medegedeeld is dat zij niet geselecteerd was voor het opmaken van een offerte, terwijl de verwerende partij ook een niet goedgekeurd proces-verbaal van de vergadering van haar raad van bestuur van 1 juli 2005 voorlegt;

2.2. Overwegende dat uit het dossier van de zaak blijkt dat de raad van bestuur van de verwerende partij op 1 juli 2005 besloten heeft de beslissing van de selectiecommissie van 15 juni 2005 ten aanzien van de bepaling van de wegingsfactoren en de beoordeling van de kandidaten bij te vallen; dat dit de bestreden beslissing is; dat de omstandigheid dat het desbetreffende verslag van de vergadering van 1 juli 2005 nog niet goedgekeurd is een probleem kan stellen voor het bewijs van het bestaan van het bestreden besluit, maar dat in dit geval het bestaan van een uitvoerbaar besluit afdoende blijkt uit de kennisgeving die de voorzitter van de raad van bestuur op 7 juli 2005 heeft gedaan en uit de vraag van 4 juli 2005 aan de geselecteerden om het dossier van de zaak af te halen met het oog op de redactie van hun offerte tegen uiterlijk 28 augustus 2005;

3.1. Overwegende dat de verwerende partij ter terechtzitting betoogt dat de vordering onontvankelijk is bij gebrek aan belang aangezien de verzoekende partij niet kan voldoen aan de selectiecriteria die voor de opdracht zijn vastgesteld, met name aan het criterium van de vereiste referenties inzake de aanleg van parken; dat zij betoogt dat de verzoekende partij een aannemer van grondwerken is die evenwel geen know-how bezit op het vlak van de aanleg van parken en dat geen enkele van haar referenties betrekking heeft op en dat zij geen enkele ervaring heeft met de aanleg van een stedelijk landschapspark;

3.2. Overwegende dat de exceptie samenhangt met het middel; dat de verzoekende partij ten gronde met name betwist dat er initieel referenties inzake “parkaanleg” werden gevraagd, dat zij die referenties in ieder geval voorlegde, terwijl ook niet zonder meer aangenomen mag worden dat zij die referenties niet zou kunnen verkrijgen via onderaannemers;

4. Overwegende dat overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden, dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen, en dat de zaak hoogdringend is;

5.1.1. Overwegende, wat de tweede schorsingsvoorwaarde betreft, dat de verzoekende partij betoogt dat zij door de niet-selectie dreigt onherroepelijk de mogelijkheid te verliezen om zelf de opdracht uit te voeren en aldus een belangrijke bijkomende referentie te verwerven, terwijl zij, in geval van selectie, in omstandigheden verkeert -actuele aanwezigheid ter plaatse; opportuniteiten voor wegvoeren van as en aanvoeren van teelaarde- die haar toelaten een zeer concurrentiële offerte in te dienen;

5.1.2. Overwegende, wat de derde voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij erop wijst dat in de aankondiging van de opdracht bepaald is dat de start van de werken, waarvan de uitvoeringstermijn 300 werkdagen bedraagt, voorzien is voor het najaar 2005 en dat, rekening houdend met het plantseizoen, aangenomen kan worden dat op korte termijn tot de gunning van de werken overgegaan zal worden, hetgeen bevestigd wordt door het feit dat de verwerende partij het bestek reeds aan de geselecteerde aannemers medegedeeld heeft, dat de offertes op 29 augustus 2005 geopend zullen worden en dat kort daarna tot gunning zal worden overgegaan;

5.2.1. Overwegende dat niet betwist wordt dat de bestreden beperkte aanbestedingsprocedure valt binnen het toepassingsgebied van de richtlijn 89/665/EEG van 21 december 1989 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken; dat in dat kader, behoudens tegenaanwijzingen, de vaststelling dat de verzoekende partij er zich terecht over beklagt dat zij werken van belangrijke waarde zelf niet meer zal kunnen uitvoeren, volstaat als bewijs van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel; dat in dit geval de verzoekende partij zich inderdaad in wezen beroept op de mogelijkheid om zelf de opdracht te kunnen uitvoeren en aldus een belangrijke referentie te verwerven, hetgeen zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat de bestreden beslissing tot niet-selectie voor de verzoekende partij definitief griefhoudend is en haar elke kans ontnemt om de opdracht die een belangrijke waarde heeft te mogen uitvoeren; dat het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel wordt aanvaard;

5.2.2. Overwegende dat, gelet op het feit dat de geselecteerde kandidaten het bestek reeds ontvingen en hun offerte uiterlijk op 29 augustus 2005 moeten indienen, de toewijzingsbeslissing -waarvoor overigens enkel het criterium van de prijs onderzocht moet worden- spoedig daarna kan genomen worden en het contract

kort daarna tot stand kan komen; dat in geval zulk contract tot stand komt, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zal worden afgewezen; dat het bestaan van die overeenkomst de betrachting van de verzoekende partij om dezelfde opdracht uit te voeren ernstig zou bemoeilijken en een mogelijk herstel in natura verderaf zou brengen; dat kan worden aanvaard dat de verzoekende partij de vordering instelt volgens de procedure van de hoogdringendheid om aldus over een uitspraak te beschikken vooraleer de offertes geopend worden en vooraleer de toewijzingsbeslissing tot stand komt en zij betekend wordt; dat de verwerende partij ook niet betwist dat de verzoekende partij haar vordering zonder dralen ingediend heeft;

5.2.3. Overwegende dat de tweede en derde schorsingsvoorwaarde vervuld is;

6.1. Overwegende dat de verzoekende partij in haar enig middel onder meer aanvoert dat de motivering waarop het bestreden besluit berust en die haar met de brief van 19 juli 2005 medegedeeld is, kennelijk onjuist is en zeker niet draagkrachtig; dat zij onder meer betoogt dat uit de door haar overgelegde referenties en bewijsstukken onbetwistbaar blijkt dat zij, als een gereputeerde onderneming, over de technische bekwaamheid beschikt om het multidisciplinair project in ontwerp kwaliteitsvol te realiseren; dat naar haar oordeel de motieven waarop de verwerende partij haar waardering voor de rubrieken ‘referenties’ -stuk 10- en ‘voorstelling onderaannemer’ -stuk 16- baseert, onregelmatig zijn in die zin dat in de aankondiging van de opdracht enkel algemene referenties van gerealiseerde werken werden gevraagd en geen specifieke referenties inzake ‘parkaanleg’, dat zij die algemene referenties bij haar kandidaatstelling voegde maar dat de verwerende partij nadien van de uitgevoerde werken inzake groenaanleg een noodzakelijke en zelfs doorslaggevende referentie gemaakt heeft door de afwezigheid van die specifieke referenties tot een slechte quotering voor die criteria om te buigen; dat zij in rechte verwijst naar de schending van artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 - dat vereist dat de aanbestedende overheid in de aankondiging van de opdracht moet aangeven welke referenties zij verlangt met het oog op de beoordeling van de technische bekwaamheid - en naar de schending van het patere legem quam ipse fecisti - dat de overheid verplicht bij de selectie uitsluitend rekening te houden met de referenties die zij in de aankondiging had vermeld - dat volgens haar die kritiek des te meer klemmt doordat het aandeel ‘parkaanleg’ in het geheel van de opdracht sterk gerelativeerd moet worden, aangezien blijkens de oproep tot de kandidaten de uitvoering van aanplantingen en bezaaiingen slechts 24,5 % van het geheel van de uit te voeren werken

omvat; dat zij in dat verband ook stelt dat de stelling van de verwerende partij dat haar referenties “voornamelijk grondwerken” zouden betreffen, onterecht is aangezien het gaat om “werken betreffende de herinrichting van natuurgebieden (of) om werkzaamheden met het oog op natuur-herstel en bijgevolg onbetwistbaar om werken die effectief ‘gelijkaardig’ zijn aan de uit te voeren opdracht”, te weten het aanleggen van een stedelijk landschapspark, dat “hoofdzakelijk algemene grond- en infrastructuurwerken omvat”;

6.2. Overwegende dat de verwerende partij in essentie uiteenzet dat in de motivering van het bestreden besluit gesteld is dat de verzoekende partij “geen enkele referentie kon opgeven met betrekking tot de aanleg van een stedelijk landschapspark of gelijkaardig”, maar dat haar referenties voornamelijk betrekking hebben op grondwerken; dat zij voorts stelt dat de kandidaten uit de bekendgemaakte documenten duidelijk konden opmaken dat zij referenties moesten geven voor de realisatie van het ‘stedelijk landschapspark Antwerpen-Noord’ en dat zij dienden te bewijzen 40% van de opdracht zelf te kunnen uitvoeren, waaruit zij duidelijk konden opmaken dat referenties inzake parkaanleg bij de beoordeling betrokken zouden worden;

6.3. Overwegende dat de verwerende partij niet betwist dat de eigenlijke motieven waarop het bestreden besluit steunt, deze zijn welke in de brief van 19 juli 2005 aan de verzoekende partij medegedeeld zijn; dat daaruit blijkt:

- dat de verzoekende partij voor het criterium ‘referenties’ 1 punt op 6 behaald heeft om reden dat zij “geen enkele relevante referentie inzake parkaanleg” opgaf, maar integendeel “voornamelijk grondwerken” vermeldde;
- dat de verzoekende partij voor het criterium “voorbeeldreferentie-beschrijving eigen werken” 0 punten op 3 behaalde om reden dat “de opgegeven % werken, uitgevoerd door de kandidaat zelf, gelet op diens activiteiten (zoals die blijken uit de referenties) niet overeenstemmen met de in het bestek bepaalde minimale 40 %. De opgegeven 76,5 % werken in eigen aanneming blijkt dus niet uit de ingediende referenties.”;
- dat de verzoekende partij voor het criterium “voorstelling onderaannemers” 0 punten op 3 behaalde om reden dat er onder meer met referenties niet was aangetoond dat de voorgestelde onderaannemers ‘groen’ zouden kunnen instaan voor een kwalitatieve uitvoering van de opdracht;

Overwegende dat die motieven overgenomen zijn uit het verslag van 15 juni 2005 van de selectiecommissie; dat de selectiecommissie toen eerst

besloten had dat een kwaliteitsvolle uitvoering van het project rechtvaardigde dat groot belang gehecht zou worden aan de criteria ‘referenties’, ‘onderaannemers’ en ‘voorbeeldreferentie’, dat die criteria daarom zouden beoordeeld worden op respectievelijk 6 en 3 punten op een totaal van 20 en dat de kandidaten tot de volgende ronde toegelaten zouden worden indien zij 60% van de punten (12/20) zouden behalen;

6.3.1. Overwegende dat de verzoekende partij met de algemene verwijzing naar het feit dat zij een belangrijke onderneming is die reeds veel belangrijke en multidisciplinaire projecten tot een goed einde heeft gebracht het bewijs niet levert dat de beoordeling van de selectiecommissie voor de rubrieken ‘referenties’, ‘voorbeeldreferenties’ en ‘onderaannemers’ kennelijk onjuist is;

6.3.2. Overwegende, wat betreft de kritiek dat in de aankondiging van de opdracht slechts algemene referenties werden gevraagd terwijl de selectiecommissie een keuze gemaakt heeft met inachtneming van specifieke referenties inzake parkaanleg, dat aan de kandidaten was gevraagd referenties voor te leggen van gerealiseerde gelijkaardige projecten gedurende de laatste tien jaar en dat de selectiecommissie geoordeeld heeft dat de verzoekende partij ‘geen enkele relevante referentie’ opgegeven heeft, aangezien haar referenties ‘enkel grondwerken’ betreffen; dat in de brief van 19 juli 2005 aan de verzoekende partij medegedeeld is dat haar referenties ‘voornamelijk grondwerken’ betroffen; dat die beoordeling niet betekent dat de selectiecommissie alleen referenties inzake parkaanleg relevant vond; dat de verwerende partij met die beoordeling ook geen nieuwe beoordelingscriteria op het vlak van de referenties heeft toegevoegd en de verzoekende partij daarmee verschalkt heeft, aangezien het voorwerp van de opdracht bepaald was als het “aanleggen van een stedelijk landschapspark” met inbegrip van aanplantingen en bezaaiingen, het plaatsen van sporttoestellen en straatmeubilair en het oprichten van kiosken, en de kandidaten zich er in redelijkheid mochten aan verwachten dat zij ook zouden beoordeeld worden op basis van hun mogelijkheden om kwaliteitsvol een park of een groenstructuur aan te leggen; dat de selectiecommissie met die beoordeling wel tot uiting brengt dat zij bij de deliberatie over de voorgelegde stukken ook belang gehecht heeft aan de bekwaamheden inzake park- of groenaanleg die uit de voorgelegde referenties konden blijken; dat, binnen de discretionaire bevoegdheid waarover de selectiecommissie beschikt, het leggen van dergelijk accent niet onredelijk is, ook niet ten aanzien van de vaststelling dat de waarde van de parkaanleg en -onderhoud niet meer dan een vierde van de waarde van de gehele opdracht

behelst, aangezien die groenaanleg een zichtbaar gegeven is dat van groot belang is om de kwaliteitsvolle uitvoering van het project vast te stellen;

6.3.3. Overwegende dat wel de vraag blijft of de selectiecommissie, afgaande op de referenties die de verzoekende partij haar had voorgelegd, wel terecht tot het besluit is kunnen komen dat de door haar uitgevoerde werken voornamelijk grondwerken betroffen en dat zij daarom voor het criterium ‘referenties’ -dat in ieder geval ruimer is dan park- of groenaanleg- slechts 1 punt op 6 verdiende; dat de referenties naar het oordeel van de verzoekende partij toch betrekking hadden op de herinrichting van natuurgebieden of werkzaamheden met het oog op natuurherstel en dus onbetwistbaar gelijkaardig waren met de uit te voeren opdracht;

6.3.4.1. Overwegende dat de verzoekende partij in haar kandidaatstelling vijf gerealiseerde projecten heeft beschreven; dat zij van die werken de volgende “korte omschrijving” gegeven heeft:

- Project “Aanleg van het wachtbekken Brucargo”: “Aanleg golfterrein, aanleg geïntegreerde open grachten bekleed met breuksteen, aanleg schanskorven.”
- project “Aanleg van een geluidsscherm” op de luchthaven Zaventem: “Aanleg van een geluidsscherm éénzijdig samengesteld uit betonelementen incl. beplanting onder helling 1/4 en aanleg beplanting en bosplantsoenen”
- project “Ontmanteling van de kaaien en slipway van de voormalige marinebasis te Lombardsijde ten behoeve van natuurherstel”: “Aanleg van duinen en 1 ha helmbepanting, aanleg van een slikken en schorrenzone in intertidaal gebied”;
- project “Afgraven van de opgespoten terreinen (...) De IJzermonding”: “Na afgraving van 10 ha opgespoten terrein het realiseren van duinen en natuurlijke glooiingen en het beplanten met helm en rijshout”;
- project “Afbraak en natuurtechnische inrichting van het voormalige zwembad-complex Swimming Pool”: “Na afbraak milieutechnische inrichting met beplanting van alle aard (helm, eik, rijshout, ...);

6.3.4.2. Overwegende dat de selectiecommissie de feitelijke juistheid van de door de verzoekende partij voorgelegde gegevens niet betwist;

Overwegende dat de aldus geschetste werken duidelijk meer inhouden dan grondwerken; dat de aanleg van een golfterrein, beplanting onder helling, aanplanten van bomen en struikgewas zeker know-how oplevert die dienstig zal zijn bij de aanleg van een park zoals dat hier gepland is; dat niet blijkt dat de selectiecommissie dat aspect van de uitgevoerde werken in haar besluitvorming

betrokken heeft; dat de beslissing om die reden geen steun vindt in het dossier; dat de vaststelling dat in de referenties wel degelijk aspecten vervat zijn die op park-aanleg betrokken kunnen worden, tot gevolg heeft dat de exceptie van het gebrek aan belang niet opgaat;

Overwegende, ten aanzien van dezelfde rechtsvraag, dat de selectiecommissie de verzoekende partij voor het criterium ‘referenties’ slechts 1 punt op 6 gegeven heeft; dat gewis de Raad van State zich niet in de plaats van het bestuur kan stellen bij de beoordeling van de feitelijke gegevens die aan de commissie waren voorgelegd, maar dat het wel bevreemdend voorkomt dat, nu de selectiecommissie geen kritiek uitbrengt op de referenties van de verzoekende partij wat het aspect ‘grondwerken’ betreft, zij dan toch maar 1 punt op 6 behaalt, hetgeen niet te verzoenen lijkt met de beoordeling van een andere kandidaat -de derde die zij in haar verslag bespreekt- die, hoewel hij “weinig relevante referenties” opgaf omdat het “hoofdzakelijk infrastructuurwerken” betrof, toch 4 punten op 6 gekregen heeft; dat, vanuit dat oogpunt, de quoterings van de verzoekende partij de vraag oproept of de selectiecommissie in haar geval de beoordeling van de voorgelegde referenties dan toch niet exclusief toegespitst heeft op het aspect park- of groenaanleg en het onderhoud daarvan; dat in dat geval de selectiecommissie kennelijk haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid, die een beoordeling van de referenties vereiste in functie van de globale eisen van het nieuwe project, te buiten gegaan is en het betreffende beoordelingscijfer niet beantwoordt aan de gegevens van het dossier;

6.3.5. Overwegende dat een en ander doet besluiten dat de selectiecommissie ten onrechte voorbijgegaan is aan het aspect groenaanleg dat de verzoekende partij met haar referenties had aangebracht en dat er ook geen deugdelijke rechtvaardiging bestaat voor de kwotering van 1 op 6 voor de rubriek ‘referenties’; dat nochtans een quoterings op hetzelfde niveau als de kandidaat die “hoofdzakelijk infrastructuurwerken” uitvoert - 4 op 6 -, haar puntentotaal op 12/20 zou hebben gebracht, waarmee zij op de lijst van geselecteerde kandidaten was gekomen; dat het middel, gesteund op de schending van de materiële motiveringsverplichting, ernstig is;

7. Overwegende dat de drie voorwaarden waaronder de Raad van State de schorsing van het bestreden besluit kan bevelen, vervuld zijn;

8.1. Overwegende dat de verzoekende partij als voorlopige maatregel vraagt dat het verbod zou worden opgelegd om gedurende een zekere tijd over te

gaan tot de opening van de ingediende offertes; dat zij van oordeel is dat de verwerende partij daarmee gedwongen kan worden het schorsingsarrest correct uit te voeren, aangezien zij kritisch staat tegenover het eigen initiatief van de verzoekende partij en dat de Raad van State reeds heeft aangenomen dat voorlopige maatregelen kunnen opgelegd worden met het oog op de duidelijkheid in het rechtsverkeer, ook wanneer het schorsingsarrest op zich reeds tot gevolg heeft dat met de offertes van de geselecteerde kandidaten geen rekening kan gehouden worden;

8.2. Overwegende dat de verwerende partij stelt dat er geen noodzaak is om voorlopige maatregelen op te leggen en dat de verzoekende partij met haar vraag enkel wil verkrijgen dat uitvoering van de opdracht uitgesteld wordt; dat zij ook stelt dat zij, in geval van schorsing, verplicht zal zijn een nieuwe beslissing te nemen, dat zij daarbij wel de keuze zal hebben tussen een beslissing waarbij de verzoekende partij onder voorbehoud van een later annulatiearrest voorlopig wordt toegelaten tot de verdere procedure en een definitief besluit na de intrekking van het hier bestredene, met dien verstande dat zij de verzoekende partij wel voldoende tijd zal geven om een offerte in te dienen om aldus haar rechten in ieder geval te garanderen;

8.3.1. Overwegende dat de schorsing van de beslissing om de verzoekende partij niet in de selectie voor de opdracht op te nemen, de verwerende partij niet belet het besluitvormingsproces voor de toewijzing van de opdracht voort te zetten; dat de geselecteerde kandidaten overigens reeds het bestek hebben ontvangen en uitgenodigd zijn hun offerte in te dienen tegen 29 augustus 2005; dat met de eerst gevraagde voorlopige maatregel -het opleggen van het verbod om, wanneer de verzoekende partij alsnog zou ingeschreven worden op de lijst van de geselecteerden, de offertes te openen binnen de 40 dagen na de kennisgeving van het bestek aan de verzoekende partij- de gelijke behandeling van de inschrijvers verzekerd wordt; dat om die reden op die vraag van de verzoekende partij wordt ingegaan;

8.3.2. Overwegende dat de Raad van State geen reden ziet om een van de andere gevraagde voorlopige maatregelen te bevelen; dat immers, in geval de verzoekende partij na een schorsingsarrest wederom niet geselecteerd wordt, zulks gebeurt op grond van een nieuwe beslissing waartegen de verzoekende partij zich opnieuw in rechte kan voorzien, met alle waarborgen die de wet haar verschaft op het vlak van de uitvoerbaarheid van dat besluit; dat het de Raad van State niet toekomt thans reeds vast te stellen dat die nieuwe beslissing gedurende een zekere tijd niet uitgevoerd zal kunnen worden; dat, in geval de verwerende partij geen nieuwe

beslissing neemt over de kandidatuur van de verzoekende partij, de verwerende partij de opdracht in geen geval geldig kan toewijzen, zodat de opening van de offertes op zich de belangen van de verzoekende partij niet aantast;

9. Overwegende dat de verzoekende partij niet aantoont dat de verwerende partij de haar opgelegde voorlopige maatregelen niet zal naleven; dat er geen reden is om een dwangsom op te leggen;

10. Overwegende dat de verzoekende partij haar verzoekschrift om voorlopige maatregelen gezegd heeft, terwijl het procedurereglement die betaling niet voorschrijft; dat deze kosten aan de verzoekende partij terugbetaald dienen te worden,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het besluit van 1 juli 2005 van de raad van bestuur van het autonoom gemeentebedrijf ANTWERPEN NIEUW NOORD waarbij de nv AERTSSEN AANNEMINGSBEDRIJF niet toegelaten wordt tot het indienen van een offerte voor de beperkte aanbesteding tot gunning van de overheidsopdracht stedelijk landschapspark Antwerpen Noord.

Artikel 2.

Bij wege van voorlopige maatregel wordt aan de verwerende partij bevolen dat zij, in geval het schorsingsarrest gevolgd wordt door een beslissing waarbij de verzoekende partij op de lijst van de geselecteerden wordt opgenomen, niet overgaat tot de opening van de offertes gedurende 40 dagen na de kennisgeving van het bestek aan de verzoekende partij, om haar toe te laten een offerte in te dienen.

Artikel 3.

De vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen wordt voor het overige verworpen.

Artikel 4.

De vordering tot het opleggen van een dwangsom wordt verworpen.

Artikel 5.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

Het door de verzoekende partij ten onrechte gekweten zegelrecht ten belope van 175 euro op het verzoekschrift tot het bevelen van voorlopige maatregelen bij uiterst dringende noodzakelijkheid met dwangsom dient haar te worden terugbetaald.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negenentwintig juli 2000 en vijf, door :

De H.	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad, wnd. kamervoorzitter,
Mevr.	V. WAUTERS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

V. WAUTERS.

A. VANDENDRIESSCHE.