

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 181.877 van 10 april 2008
in de zaak A. 78.304/XII-1232.**

In zake : de NV WANNYN,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat J. Vander Schelden,
 kantoor houdende te Oudenaarde,
 Voorburg 3

tegen :

de STAD KORTRIJK,
die woonplaats kiest bij
advocaat B. Van Dorpe,
kantoor houdende te Kortrijk,
Loofstraat 39.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Wannyn op 25 mei 1998 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- “1. de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Kortrijk d.d. 9 april 1998 houdende gedeeltelijke intrekking van de eerdere beslissing van hetzelfde college d.d. 26 februari 1998, zoals het werd geschorst door uw Raad met arrest nr. 72.885 van 31 maart 1995 en houdende een nieuwe beslissing waarbij de kandidatuur van verzoekster opnieuw niet wordt weerhouden voor de beperkte aanbesteding van de herinrichting van de Grote Markt en het verbreed gedeelte van de Graanmarkt in Kortrijk.
2. de vergunningsbeslissing van het college van de burgemeester en schepenen van de stad Kortrijk waarvan de datum verzoekster niet bekend is en waarbij de beperkte aanbesteding van de herinrichting van de Grote Markt en het verbreed gedeelte van de Graanmarkt aan een derde-aannemer wordt gegund, wellicht de tijdelijke vereniging nv Wagrovan-bvba Descamps”;

Gelet op het arrest nr. 73.117 van 20 april 1998 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de eerste bestreden beslissing wordt verworpen;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 18 juni 2002 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 10 oktober 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 november 2007;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat S. Van De Putte, die loco advocaat J. Vander Schelden verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat B. Van Dorpe, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De verwerende partij doet in de Bouwkroniek van 16 januari 1998 een “oproep tot kandidaatstelling voor beperkte aanbesteding” met het oog op de heraanleg van de Grote Markt en de Graanmarkt te Kortrijk.

In de oproep wordt vermeld dat de kandidaten erkend moeten zijn in klasse 6, categorie C, en dat bij de kandidatuurstelling de volgende inlichtingen gevoegd moeten worden :

“[...]
- lijst van referenties van gelijkaardige werken over de laatste 5 jaar ('93-'97) uitgevoerd in volle centrum van een stad. Deze lijst bevat bedrag, tijdstip, uitvoeringstermijn en plaats van het werk”.

2. De verzoekende partij stelt zich met een brief van 11 februari 1998 kandidaat. In haar kandidatuur geeft zij op dat zij erkend is in klasse 6, categorie C (“klasse 6 : werken tot 130.000.000 cat C : algemene aannemingen van wegenbouwkundige werken”). Zij voegt een lijst van referenties bij.

3. Met een 13 maart 1998 gedateerde brief meldt de verwerende partij aan de verzoekende partij :

“[...]”

Tot onze spijt moeten wij u echter meedelen dat in zitting van het College van Burgemeester en Schepenen van 26 februari 1998 uw kandidatuur niet werd weerhouden om reden dat :

- 1/. De meeste van uw referenties niet vergelijkbaar waren met de aard van de uit te voeren werken zoals gevraagd in de kandidaatstelling.
- 2/. De wel vergelijkbare referenties te kleinschalig zijn t.o.v. de hier bedoelde opdracht”.

Van die beslissing vordert de verzoekende partij bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging.

4. Bij zijn arrest nr. 72.885 van 31 maart 1998 wijst de Raad van State die vordering toe. Hij bevindt het derde annulatiemiddel van de verzoekende partij ernstig. In dat annulatiemiddel wordt onder meer gesteld “dat met name de door haar opgegeven referentie ‘Oudenaarde : Renovatie stadscentrum 1995’, een opdracht van 33 miljoen frank, de vergelijking kan doorstaan met de referenties opgegeven door de in aanmerking genomen inschrijvers tijdelijke vereniging B.V.B.A. Aannemingen Vanlerberghe-N.V. Seru en Zonen, tijdelijke vereniging N.V. Wegrovan-B.V.B.A. Descamps en N.V. Koch-Ockier”. Om dat middel ernstig te bevinden overweegt de Raad “dat[...] niet zo maar valt in te zien waarom een referentie als de renovatie van het stadscentrum van Oudenaarde ten bedrage van 33 miljoen frank geen toegang zou verschaffen tot een kandidatenlijst waarop nog 3 kandidaten bijgeschreven kunnen worden terwijl voor andere kandidaten wel in aanmerking lijken te zijn genomen referenties als ‘Avelgem - heraanleg centrum - 44.876.548 fr.’ of ‘Waregem’ - herinrichting grote markt - 41 miljoen”; dat op zijn minst vereist lijkt te zijn dat de verwerende partij de bestreden beslissing omstandiger motiveert dan is gebeurd in de bestreden beslissing (‘Overwegende dat de vergelijkbare werken in de referentielijst van de n.v. Wannijn te kleinschalig zijn’) en in de gelijklopende brief waarbij aan verzoekster die beslissing wordt meegedeeld; dat met name dat argument van de kleinschaligheid op zich niet

overtuigt, de boven aangehaalde referenties van opdrachten te Avelgem en te Waregem in acht genomen”.

5. Het geschorste besluit wordt met het thans als eerste bestreden besluit van 9 april 1998 door het college van burgemeester en schepenen ingetrokken in zoverre het inhoudt dat de kandidatuur van onder meer de verzoekende partij niet in aanmerking wordt genomen. Het college besluit echter opnieuw die kandidatuur niet in aanmerking te nemen. De reden daarvan is dat het zich alweer niet laat overtuigen door de referenties van de verzoekende partij.

Het motiveert dat standpunt als volgt :

“- Referentielijst :

De referenties hebben, op 2 na, allemaal te maken met omgevingswerken, met verbeteringswerken aan wegenis (Sint-Martens-Latem) en met werken voor industrieën i.p.v. met echte wegenbouwkundige werken. Dergelijke werken zijn niet vergelijkbaar met de heraanleg van een groot plein zoals de Grote Markt, die in combinatie met rioleringswerken en de aanleg van verhardingen in diverse materialen, hoofdzakelijk dan nog in natuursteen. De referentie Opbrakel (15.000.000 F) is te kleinschalig om geloofwaardig te zijn).

De referentie Oudenaarde (33.000.000 F blijkt na controle bij het Stadsbestuur van Oudenaarde volledig onjuist te zijn (zie faxbericht dd. 07.04.1998 van de Stad Oudenaarde). De nv Wannijn voegt hier een aantal aparte dossier voor infrastructuurwerken in Oudenaarde samen tot één aanbestedingsopdracht. In werkelijkheid werden door de nv Wannijn tussen 1991 en 1996 zes verschillende aannemersopdrachten uitgevoerd. Ontleding van deze referenties leert dat (de eindafrekening geeft de juiste bedragen) de renovatie van de Nederstraat (18.400.000 F) niet in aanmerking komt, aangezien deze referentie meer dan 5 jaar oud is. De referenties Matersplein (fase 1 en 2), Beverstraat en Hoogstraat zijn niet bruikbaar, aangezien ze veel te kleinschalig zijn. De renovatie Hoogstraat en Markt (voetpaden + riolering), ten bedrage van 21.500.000 F, heeft in hoofdzaak betrekking op werken in een straat (Hoogstraat) terwijl zeer beperkte werken op de Markt zelf gebeurd zijn. Aangezien de nv Wannijn geen werken van een voldoende grootte-orde of van een vergelijkbare aard (pleinwerken) kan voorleggen kunnen zij geen referenties voorleggen die in aanmerking komen.

[...]

- Besluit :

Het bedrijf is vooral gespecialiseerd in omgevingswerken en eerder kleinschalige wegeniswerken. De enig bruikbare referentie, die werd voorgelegd, blijkt bovendien onjuist te worden voorgesteld als één opdracht maar bestaat in feite uit een reeks kleinschalige en/of niet vergelijkbare opdrachten. Bijgevolg kan deze kandidatuur niet worden weerhouden”.

6. Met arrest nr. 73.117 van 20 april 1998 verwerpt de Raad van State de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de voornoemde beslissing van 9 april 1998.

7. Op 23 april 1998 beslist het college de opdracht toe te wijzen aan de TV NV Wegrovan-BVBA Descamps, de laagste regelmatige inschrijver.

De gegrondheid van het beroep.

8. De verzoekende partij voert als eerste middel in haar verzoekschrift aan :

“Eerste middel : schending van de artikelen 14 t.e.m. 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten. Schending van de artikelen 16 t.e.m. 20 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. Schending van art. 11 van het K.B. van 26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken”.

In hoofddorde betoogt zij daartoe dat “benevens de erkenning, geen andere en meer bijzondere referenties [kunnen] worden gevraagd, dan deze waarvan sprake in het artikel 19, 2 van het KB van 8 januari 1996, zijnde ‘de lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar, en gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken. Deze getuigschriften bevatten het bedrag, het tijdstip en de plaats van uitvoering van de werken en geven duidelijk weer of deze uitgevoerd werden volgens de regels van de kunst en/of ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht. In voorkomend geval zullen deze getuigschriften door de bevoegde overheid rechtstreeks aan de aanbestedende overheid toegezonden worden”. Volgens haar hebben de in die bepaling geviseerde referenties enkel tot doel kandidaten met “slechte” referenties met betrekking tot hun technische capaciteit te weren. Zij stelt dat de referenties waarvan te dezen sprake in de aanbestedingsaankondiging echter niet peilen naar de kwaliteit van de uitgevoerde werken, want getuigschriften van goede uitvoering worden niet gevorderd - maar dat zij een andere bedoeling hebben dan de referenties toegelaten door artikel 19 voormeld, namelijk nagaan of de aannemers die een offerte wensen in te dienen “ervaren” zijn.

In bijkomende orde betoogt zij dat indien het voor gespecialiseerde werken al mogelijk zou zijn naast de eis van de erkenning, bijkomende referenties inzake technische bekwaamheid te eisen, daar te dezen in elk geval geen reden toe was, omdat de uit te voeren werken noch een uitzonderlijk karakter vertonen, noch een bijzondere techniek vergen. Voorts stelt de

verzoekende partij dat het “aan de hand van de uiterst summiere aanduiding in de aankondiging voor de aannemers” en dus ook voor haar onmogelijk was “inzicht te krijgen in omschrijving van een kwaliteitsselectiecriterium dat de gevraagde erkenning te boven zou gaan, laat staan in de pertinentie ervan”. Ten slotte doet de verzoekende partij gelden dat de aannemers geen enkele indicatie kregen van de verwachte omvang van de opdracht.

In haar memorie van wederantwoord en laatste memorie herneemt de verzoekende partij dit betoog en beklemtoont dat in de aankondiging sprake is van “gelijkaardige werken” terwijl deze notie niet voorkomt in het voornoemde artikel 19, eerste lid, 2/.

9. De verzoekende partij koppelt in haar betoog haar grieven enkel aan artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. Dit luidt onder meer :

“Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken, kan de technische bekwaamheid van de aannemers aangetoond worden door één of meer van de volgende referenties :

1/ [...]

2/ door de lijst van werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar, en gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken. Deze getuigschriften bevatten het bedrag, het tijdstip en de plaats van uitvoering van de werken en geven duidelijk weer of deze uitgevoerd werden volgens de regels van de kunst en of ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht. In voorkomend geval zullen deze getuigschriften door de bevoegde overheid rechtstreeks aan de aanbestedende overheid toegezonden worden;

3/ [...]

De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van opdracht of in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan, welke van deze referenties zij verlangt”.

Die bepaling houdt in dat met toepassing ervan voor de technische bekwaamheid strengere eisen kunnen worden gesteld dan die welke tot de erkenning hebben geleid. Een van die strengere eisen kan zijn de lijst van werken waarvan sprake in het door de verzoekende partij ingeroepen artikel 19, eerste lid, 2/. Niet in te zien valt waarom, in de zienswijze van de verzoekende partij, die lijst slechts tot doel zou mogen hebben te peilen naar de kwaliteit van de uitvoering van de opgegeven werken : alleen al omdat volgens de betrokken bepaling niet voor alle werken, maar alleen voor de belangrijkste werken getuigschriften van goede uitvoering worden geëist. Een meer zinvolle interpretatie van artikel 19, tweede lid,

2/, is dat een lijst van werken mag worden gevraagd die getuigen van een specifieke geschiktheid voor de uit te voeren opdracht - bijvoorbeeld ervaring met werken als die welke het voorwerp zijn van de opdracht, met dien verstande dat dan toch voor de belangrijkste van de opgegeven werken bovendien -alleen maar bovendien- moet worden aangetoond dat ze goed zijn uitgevoerd.

Wat het betoog in bijkomende orde betreft mag de Raad van State slechts dan het door het bestuur ingenomen standpunt met betrekking tot de bijzondere aard van de opdracht afwijzen wanneer het de perken van de redelijkheid te buiten gaat. De verwerende partij verwijst in dat verband naar de motieven die aan de keuze voor een beperkte aanbesteding ten grondslag lagen en die zijn uitgedrukt in de beslissing van 10 oktober 1997 van de gemeenteraad luidend :

- “Overwegende dat wegens
- de sterk gespecialiseerde aard der werken :
 - gebruik van natuursteen
 - de ingewikkelde legverbanden die hier dienen gebruikt te worden)
 - de zeer belangrijke rioleringswerken
 - de grote omvang van de werken
 - de splitsing der werken in verschillende fasen
 - het werken in volle stadscentrum
- er wordt gekozen voor de procedure van beperkte aanbesteding met voorafgaandelijke publicatie voor oproep van kandidaten als wijze van gunnen, waarbij voorzien wordt in minstens 5 en hoogstens 10 geselecteerden”.

Er wordt niet aangetoond dat deze motivering overtuigingskracht mist, minstens wordt door de Raad van State vastgesteld dat de grieven van de verzoekende partij feitelijke grond missen, in zoverre in de aankondiging immers is vermeld :

“Heraanleg van de Grote Markt en de Graanmarkt met kleinschalige natuursteenmaterialen (+/- 10.760 m²). Heraanleg van rioleringen tot [diameter] 1.000. Bouwen van opstaande muurconstructies in natuursteen. Voor alle uit te [voeren] werken wordt een zeer hoge afwerkingsgraad vereist. De uitvoering geschiedt in 6 opeenvolgende fasen. Klasse 6 - categorie C”.

Zulks verduidelijkt genoegzaam de aard van de opdracht, samen genomen met de eis van referenties voor “gelijkaardige” werken. Ten slotte konden de kandidaten de omvang van de opdracht afleiden uit de vereiste klasse 6 inzake erkenning.

Het middel is niet gegrond.

10. In een tweede middel gaat de verzoekende partij uit van de veronderstelling -die ze in hoofddorde niet aanvaardt- dat de verwerende partij referenties vermocht op te vragen betreffende ervaring van de kandidaten buiten de erkenning.

Zij roept de schending in van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, en het “algemeen rechtsbeginsel dat elke overheid verplicht haar beslissingen formeel en materieel te motiveren”. Zij betoogt daartoe dat de verwerende partij haar referenties ten onrechte als niet deugdelijk heeft beschouwd.

Meer bepaald wil zij de volgende vaststellingen weerleggen :

- (a) Oudenaarde is de enige bruikbare referentie;
- (b) de referentie Oudenaarde is onjuist;
- (c) de opdrachten binnen de referentie Oudenaarde -en daarbuiten- zijn te kleinschalig en
- (d) de opdracht Oudenaarde is niet vergelijkbaar.

In een derde middel worden het gelijkheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel geschonden geacht.

11. Hiervoor is onder randnummer 5 gezien om welke redenen de referenties van de verzoekende partij in het bestreden besluit zijn afgewezen.

In het tweede middel zoals ontwikkeld in het inleidend verzoekschrift wordt in hoofdzaak de referentie Oudenaarde te berde gebracht.

In haar memories stelt de verzoekende partij weliswaar dat ook andere referenties “bruikbaar” zouden zijn of “vergelijkbaar”.

Wat de “onjuistheid” van de referentie Oudenaarde betreft, moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij bij haar offerte omtrent die referentie vermeldde :

“Oudenaarde - Renovatie stadscentrum 1995
- Markt
- Nederstraat
- Hoogstraat
- Beverestraat
- Matersplein 33.000.000 fr.”

De vaststelling van verwerende partij dat die referentie onjuist is omdat de werken het voorwerp uitmaken van zes afzonderlijke opdrachten, omdat een aantal van die werken niet werden uitgevoerd in 1995 en omdat de werken in de Nederstraat zelfs werden uitgevoerd in 1991, is juist.

Met een stuk 8 (verklaring van de stad Oudenaarde) gevoegd bij het inleidend verzoekschrift poogt de verzoekende partij aan te tonen dat twee opdrachten binnen haar referentie Oudenaarde mochten worden beschouwd als één opdracht (Nederstraat en twee jaren Hoogstraat). Zij ontkent echter niet dat dit stuk niet bij de oorspronkelijke offerte was gevoegd. Voorts neemt de verzoekende partij het in haar laatste memorie de verwerende partij ten onrechte kwalijk dat zij geen bijkomende inlichtingen heeft gevraagd betreffende die referentie : artikel 20, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat de aanbestedende overheid “kan” verlangen dat de inschrijvers de overgelegde getuigschriften en documenten aanvullen of toelichten. De verzoekende partij toont echter niet aan dat de in die bepaling vervatte beleidsvrijheid door de verwerende partij foutief is gebruikt.

De referentie Oudenaarde is dienvolgens terecht als onjuist niet in aanmerking genomen.

Hoewel de argumenten van de verzoekende partij in hoofdzaak die laatstgenoemde referentie betreffen, betoogt zij ook dat deze niet de “enig bruikbare” referentie was. In haar inleidend verzoekschrift beperkt zij dit middelonderdeel echter tot de algemene kritiek dat in de eerste bestreden beslissing helemaal niet wordt geargumenteed waarom haar overige referenties niet “bruikbaar” zouden zijn “terwijl het tegendeel nochtans waar is”. Zij verwijst dan naar de “onlangs afgewerkte werf te Halle”. Deze referentie mag echter op voldoende concrete grond als verworpen worden beschouwd onder de collectieve motivering “dergelijke (o.a. omgevingswerken) zijn niet vergelijkbaar met de heraanleg van een groot plein zoals de Grote Markt, dit in combinatie met rioleringswerken en de aanleg van verhardingen in diverse materialen, hoofdzakelijk dan nog in natuursteen”.

Ten slotte argumenteert de verzoekende partij betreffende de “vergelijkbaarheid” maar de Raad van State valt haar niet bij in zoverre zij ervan

uitgaat dat het bedoelde “pleinwerk” niet als een werk van bijzondere aard mocht worden beschouwd.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de referenties van de verzoekende partij zonder schending van de materiële motiveringsverplichting zijn afgewezen. De verzoekende partij heeft voorts in haar beroep, door haar uitvoerige kritiek op de motieven, ervan blijk gegeven dat ze deze motieven kende waardoor het doel van de formele motiveringsplicht is bereikt, zodat zij op dat vlak geen belang heeft bij het tweede middel. Het tweede middel wordt afgewezen.

Gelet op hetgeen voorafgaat moet worden vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij terecht is geweerd. Aldus wordt niet ingezien hoe door die beslissing de in het derde middel bedoelde beginselen zouden zijn geschonden.

Ook het derde middel is niet gegrond.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
tien april 2008, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH. D. VERBIEST,
J. LUST,
C. ADAMS,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
staatsraad,
staatsraad,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.