

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 73.117 van 20 april 1998
in de zaak A. 78.304/XII-1232.**

In zake : de n.v. WANNIJN,
die woonplaats kiest bij
Advocaat D. VAN HEUVEN,
kantoor houdende te KORTRIJK,
Koning Leopold I straat 19

tegen :

de stad KORTRIJK,
die woonplaats kiest bij
Advocaat B. VAN DORPE,
kantoor houdende te KORTRIJK,
Beverlaai 10.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de n.v. WANNIJN op 17 april 1998 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 9 april 1998 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Kortrijk waarbij haar kandidatuur voor de beperkte aanbesteding voor de herinrichting van de Grote Markt en het verbreed gedeelte van de Graanmarkt in Kortrijk niet in aanmerking wordt genomen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 17 april 1998 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 20 april 1998;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter
J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat D. VAN HEUVEN, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van Advocaat B. VAN DORPE, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur J. STEVENS;

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. De verwerende partij richt op 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 volgende inlichtingen gevoegd moeten worden :

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

1.2. Verzoekster 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 (algemene aannemingen van wegenbouwkundige werken tot 130.000.000 F). Zij voegt een lijst van referenties bij.

1.3. Met een 13 maart 1998 gedateerde brief meldt de verwerende partij aan verzoekster :

"...

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 verzoekster de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

1.4. Bij zijn arrest nr. 72.885 van 31 maart 1998 wijst de Raad die vordering toe. Hij bevindt ernstig het derde annulatiemiddel van verzoekster. In dat annulatiemiddel stelt verzoekster onder meer "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 gelijkluidende 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";

1.5. Met het thans bestreden besluit van 9 april 1998 trekt het college van burgemeester en schepenen zijn geschorst besluit in in zoverre het inhoudt dat de kandidatuur van onder meer verzoekster 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 verzoeksters referenties.

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 dossiers 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), Beverestraat 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".

2. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte of verordening kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte of verordening een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

2.1. Overwegende dat in haar eerste annulatiemiddel verzoekster de wetgeving en reglementering geschonden noemt; dat ze bepaaldelijk de schending aanvoert van artikel 19, 2°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken;

2.1.1. Overwegende dat verzoekster in hoofddorde betoogt 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"; dat volgens haar de in die bepaling geïndiceerde referenties die enkel tot doel hebben kandidaten met "slechte" referenties met betrekking tot hun technische capaciteit te weren; dat zij stelt dat de referenties waarvan te dezen sprake in de aanbestedingsaankondiging niet peilen naar de kwaliteit van de uitgevoerde werken, want getuigschriften van goede uitvoering worden niet gevorderd - , dat zij een andere bedoeling hebben dan de referenties toegelaten door artikel 19, 2°, voormeld, namelijk nagaan of de aannemers die een offerte wensen in te dienen ervaren zijn;

2.1.2. Overwegende dat verzoekster in bijkomende orde betoogt dat bijaldien het voor gespecialiseerde werken mogelijk is eisen te stellen naast de eis van de erkenning, daar te dezen geen reden toe was, daar de uit te voeren werken noch een uitzonderlijk karakter vertonen, noch een bijzondere techniek vergen;

2.2.1. Overwegende dat in de huidige stand van het geding het betoog in hoofddorde van verzoekster niet overtuigt; dat het door haar geciteerde artikel 19 aanvangt als volgt : "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 :"; dat die bepaling inhoudt dat met toepassing van het

bewuste artikel 19 voor de technische bekwaamheid strengere eisen gesteld kunnen worden dan die welke uit de erkenning blijkt; dat een van die eisen kan zijn de lijst van werken waarvan sprake in het door verzoekster ingeroepen artikel 19, 2°; dat moeilijk valt in te zien hoe die lijst slechts tot doel zou mogen hebben te peilen naar de kwaliteit van de uitvoering van de opgegeven werken, alleen al omdat niet voor alle werken, maar alleen voor de belangrijkste werken getuigschriften van goede uitvoering worden geëist; dat vooralsnog een meer redelijke interpretatie van artikel 19, 2°, lijkt te zijn 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;

2.2.2. Overwegende dat verzoeksters betoog in bijkomende orde vooralsnog afstuit op het bezwaar dat de Raad van State slechts dan het door het bestuur ingenomen standpunt terzake van de bijzondere aard van de opdracht -een zaak van discretionaire bevoegdheid- vermag af te wijzen wanneer het tegen alle redelijkheid ingaat; dat de verwerende partij verwijst naar de motieven voor een beperkte aanbesteding -en dus voor een niet vrede nemen met de waarborgen voor technische bekwaamheid geboden door de erkenning- die zijn uitgedrukt in de desbetreffende beslissing van 10 oktober 1997 van de gemeenteraad : "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"; dat de Raad onmogelijk kan stellen dat deze motivering iedere overtuigingskracht mist;

2.3. Overwegende dat het eerste annulatiemiddel niet ernstig is;

3.1. Overwegende dat in navolging van wat verzoekster zelf ter terechtzitting heeft gedaan, de Raad het tweede en het derde annulatiemiddel van verzoekster samen behandelt; dat in deze beide annulatiemiddelen verzoekster zich in de hypothese plaatst dat, in tegenstelling met wat zij in haar eerste annulatiemiddel staande houdt, de verwerende partij referenties mocht vragen; dat zij, in die hypothese meent dat de verwerende partij ten onrechte haar referenties als niet deugdelijk heeft beschouwd;

3.2. Overwegende dat onder 1.5. is gezien waarom in het bestreden besluit de verwerende partij de referenties van verzoekster heeft afgewezen; dat verzoekster niet betwist dat er maar één "bruikbare referentie" was; dat zij niet aantoont dat hetgeen de verwerende partij in het bestreden besluit uiteenzet om tot de conclusie te komen dat die ene referentie "onjuist" is, niet met de werkelijkheid overeenstemt, behalve wellicht waar zij stelt dat dan toch twee van de zes door haar samengevoegde opdrachten samengevoegd mochten worden; dat die mogelijke gedeeltelijke juistheid van de bewuste referentie echter niet volstaat om verzoekster te kunnen bijvallen waar zij meent : "Hoogstens kan verzoekster verweten worden dat zij wat slordig is geweest in de benaming van haar referentie te Oudenaarde"; dat de verwerende partij niet alleen het recht maar, vanuit het

oogpunt van de gelijke behandeling der kandidaten, ook de plicht had die onjuiste referentie te negeren;

Overwegende dat verzoekster een argument in haar voordeel meent te mogen putten uit het feit dat de verwerende partij in haar eerste besluit tot afwijzing van verzoekster niet heeft aangegeven dat de bewuste referentie "onjuist" was; dat dit eerste besluit onwettig was doordat zulks niet werd gedaan; dat andere kandidaten die onwettigheid tegen een in aanmerking nemen van verzoeksters kandidatuur hadden kunnen keren; dat verzoekster de zaken op hun processuele kop zet door die onwettigheid in haar voordeel te willen doen spelen;

Overwegende dat om de kandidatuur van verzoekster af te wijzen de verwerende partij kon volstaan met de vaststelling dat de enige bruikbare referentie onjuist is; dat aangezien het tweede en het derde annulatiemiddel ervan uitgaan dat die onjuistheid verzoekster niet kon worden tegengeworpen, zij niet voor ernstig gehouden kunnen worden;

4. Overwegende dat bij gebrek aan ernstige annulatiemiddelen de vordering moet worden afgewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op zeventuizend frank,
komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op twintig april 1900 achtennegentig,
door :

de H.	J. BORRET,	kamervoorzitter,
Mevr.	A. TRUYENS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. TRUYENS.

J. BORRET.