

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 78.755 van 16 februari 1999
in de zaak A. 82.342/XII-1812.**

In zake : de n.v. P. ROEGIERS & Co,
die woonplaats kiest bij
advocaten J. GHYSELS, P. FLAMEY en
E. EMPEREUR,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Aarlenstraat 25

tegen :

1. het Gemeentelijk Havenbedrijf ANTWERPEN,
dat woonplaats kiest bij
advocaten D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Henri Wafelaertsstraat 47-51,
2. het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd
door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. RONSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 523.

tussenkommende partijen :

1. de n.v. Aannemingsbedrijf AERTSSEN,
2. de n.v. CORDEEL,
samenvormend de "Tijdelijke Vereniging
CORDEEL-AERTSSEN",
die woonplaats kiezen bij
advocaat M. SENELLE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Terhulpesteenweg 110.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de
n.v. P. ROEGIERS & Co op 4 februari 1999 heeft ingediend
om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing
te vorderen van de tenuitvoerlegging van de beslissing
genomen op 6 oktober 1998 door de raad van bestuur van
het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen waarbij het
bouwen van een containergetijdendok in de Waaslandhaven

wordt gegund aan de tijdelijke vereniging
CORDEEL-AERTSSEN;

Gezien de nota's van de verwerende partijen;

Gelet op de beschikking van 5 februari 1999
waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 februari
1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter
J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaten
J. GHYSELS, P. FLAMEY en K. WAUTERS, die verschijnen
voor de verzoekende partij, van advocaat D. D'HOOGHE,
die verschijnt voor de eerste verwerende partij, van
advocaat K. RONSE, die verschijnt voor de tweede verwe-
rende partij, en van advocaten M. SENELLE en C. DE WOLF,
die verschijnen voor de tussenkomende partijen;

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;

Overwegende dat de n.v. Aannemingsbedrijf
AERTSSEN en de n.v. CORDEEL, samen vormend de tijdelijke
vereniging "CORDEEL-AERTSSEN" met een ter terechtzitting
neergelegd verzoekschrift hebben gevraagd om in het
administratief kort geding te mogen tussenkomen;

Overwegende dat het de raad van bestuur van
het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen op 1 april 1998
besluit een openbare aanbesteding uit te schrijven met
het oog op de bouw van een kaaimuur voor
containerschepen aan de noordzijde van het geplande

containerdok in de Waaslandhaven, zijnde de eerste fase van de bouw van dat dok; dat luidens het bestek de inschrijvers over een erkenning in klasse 8, categorie D, moeten beschikken; dat voorts in artikel 2, § 2, E.7, van dat bestek het volgende is bepaald:

"Benevens de documenten welke te leveren zijn volgens art. 78 van het K.B. van 10.1.1996, moet de aannemer op straffe van nietigheid bij zijn offerte in drie exemplaren alle hierna volgende bescheiden voegen :

7. Een lijst van referenties van gelijkaardige uitgevoerde werken door hoofd- en onderaannemers voor de verschillende onderdelen van het werk. Hiermede moet duidelijk de aanwezige know-how in de onderneming om de werken uit te voeren aangetoond worden. Een getuigschrift waaruit blijkt dat de inschrijver erkend is in een repertorium der erkende aannemers en geregistreerd onder de vereiste categorie (01: Waterbouwkundige werken) en klasse";

dat bij de opening der inschrijvingen op 4 september 1998 blijkt dat tien inschrijvers een offerte hebben ingediend, waarvan de laagste door de tijdelijke vereniging CORDEEL-AERTSSEN, voor een bedrag, na verbetering, van 2.081.870.918 fr., exclusief BTW, en de tweede laagste door de verzoekende partij, voor een verbeterd bedrag van 2.097.975.235 fr.; dat blijkens het aanbestedingsverslag de laagste inschrijver voldoet aan alle voorwaarden; dat m.b.t. de hiervoren overgeschreven besteksvoorwaarde in dat verslag het volgende te lezen staat, hetwelk zal worden overgenomen in de hierna te vermelden beslissing van 6 oktober 1998 :

"E.7. Er werd een lijst van gelijkaardig uitgevoerde werken door hoofd- en onderaannemers, voor de verschillende onderdelen van het werk, voorgelegd. Hieruit blijkt dat de aannemerscombinatie in staat is de verschillende onderdelen van het werk met succes te voltooien. De aannemer is geregistreerd onder de vereiste categorie en klasse";

dat de raad van bestuur van de eerste verwerende partij op 6 oktober 1998 besluit de opdracht te gunnen aan de tijdelijke vereniging CORDEEL-AERTSSEN, met dien verstande dat de gunningsbrief haar echter slechts zal

worden toegezonden nadat een aantal bijkomende voorwaarden zijn vervuld, zoals de instemming van de bevoegde Vlaamse minister met de gunning en inzake financiering, het verkrijgen van de bouwvergunning en de verwerving van de benodigde gronden; dat de instemming van de minister, naar de tweede verwerende partij mededeelt, intussen verkregen zou zijn; dat aan de andere voorwaarden echter nog niet is voldaan; dat de verzoekende partij met brief van 27 januari 1999 de informatie opvraagt als bedoeld in artikel 111, § 1, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, welke informatie haar met brief van 28 januari 1999 wordt bezorgd en door haar, naar zij verklaart, ontvangen wordt op 2 februari 1999;

Overwegende dat luidens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen die de vernietiging van de aangevochten rechtshandeling kunnen verantwoorden worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende dat de verzoekende partij als eerste middel de schending aanvoert van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 98 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, van de bestekbepalingen, meer bepaald artikel 2, § 2 E, nr. 7 (blz. 23-25 bestek B4/8525a), van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheids-, het gelijkheids- en het materieel en

formeel motiveringsbeginssel en het patere legem-beginssel,

doordat, de tijdelijke vereniging CORDEEL-AERTSSEN geen enkele lijst van referenties van gelijkaardige uitgevoerde werken heeft neergelegd bij de indiening van haar offerte of ten minste niet in staat was een regelmatige lijst van referenties neer te leggen, met betrekking tot de verschillende onderdelen van het werk,

terwijl, krachtens artikel 2, § 2, E, nr. 7 van het bestek nr. B4/8525a, alle gegadigden op straffe van nietigheid (zie blz. 23 bestek) bij hun offerte een lijst van referenties van gelijkaardige uitgevoerde werken door hoofd- en onderaannemers dienden te voegen of tenminste een regelmatige lijst; dat de aanbestedende overheid de verplichting heeft, krachtens de in het middel vermelde bepalingen, een onderzoek te doen naar de regelmatigheid van de offertes, en zij ook de plicht heeft de overheidsopdracht enkel te gunnen aan de gegadigde met een regelmatig ingediende offerte;

Overwegende dat de verzoekende partij ter staving van dat middel uiteenzet dat de tijdelijke vereniging CORDEEL-AERTSSEN niet zoals vereist een geldige referentielijst bij haar inschrijving had kunnen voegen omdat haar partners geen ervaring hadden in het soort werk dat gegund wordt en dat een essentieel watergebonden karakter heeft : de n.v. Aannemingsbedrijf AERTSSEN heeft wel een erkenning klasse 8, categorie B, doch heeft als grondwerker geen feitelijke ervaring met watergebonden werken, in casu het bouwen van kaaimeuren, terwijl de n.v. CORDEEL geen erkenning heeft in klasse 8, categorie B; dat volgens de verzoekende partij deze laatste dan ook geen ervaring en referenties wat dat betreft kan voorleggen; dat volgens haar het ook niet volstaat dat, overeenkomstig artikel 11 van de wet van 20 maart 1991 betreffende de erkenning van aannemers, minstens één van de deelgenoten beschikt over de

vereiste erkenning - in casu klasse 8, categorie B - omdat bijkomend een referentielijst werd geëist welke de aanbestedende overheid in staat moet stellen na te gaan of de gegadigden of hun onderaannemers de nodige know-how, in de zin van ervaring bij "gelijkaardige" werken, bezitten voor alle onderdelen van het werk; dat de verzoekende partij ook nog aanvoert dat de eerste verwerende partij niet naar behoren heeft nagegaan en gemotiveerd in hoeverre de tijdelijke vereniging CORDEEL-AERTSSEN een regelmatige referentielijst heeft neergelegd;

Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending aanvoert van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, van de bestekbepalingen, meer bepaald artikel 2, § 2 E, nr. 7 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheids-, het gelijkheids- en het materieel en formeel motiveringsbeginsel en het patere legembeginsel,

doordat, de verwerende partij de tijdelijke vereniging CORDEEL-AERTSSEN heeft geselecteerd voor de gunning van de litigieuze opdracht, zonder dat deze laatste een regelmatige referentielijst van gelijkaardige uitgevoerde werken neerlegde, wat toch als één van de meest essentiële selectiecriteria moet beschouwd worden voor huidige opdracht;

Overwegende dat de verzoekende partij ook ter adstructie van dit middel aanvoert dat krachtens de ingeroepen bepalingen de eerste verwerende partij de plicht had de tijdelijke vereniging CORDEEL-AERTSSEN te weren wegens het niet voorleggen van een geldige referentielijst;

Overwegende dat tijdens de debatten is verduidelijkt dat het uit te voeren werk uit drie grote onderdelen bestaat: 1) de bemaling, 2) de grondwerken en 3) betonwerken, met name de eigenlijke bouw van een kaaimuur; dat het meer bepaald met betrekking tot dat laatste onderdeel is, uit te voeren door de n.v. CORDEEL, dat de verzoekende partij aanvoert dat de nodige know-how niet voorhanden is omdat de n.v. CORDEEL vooreerst niet over een erkenning in klasse 8, categorie B - m.a.w. waterbouwkundige werken - beschikt en voorts nog nooit de bouw van een kaaimuur heeft uitgevoerd, m.a.w. geen referentie van een "gelijkaardig" werk kan voorleggen; dat de stelling van de verzoekende partij er in essentie op neerkomt dat ook de aannemer, lid van de tijdelijke vereniging of de onderaannemer, die verantwoordelijk is voor de bouw van de kaaimuur, moet kunnen laten blijken van ervaring op het stuk van bouwen van betonconstructies die in contact staan met het water, of zoniet, na hun bouw aan de directe invloed van het water blootgesteld worden;

Overwegende vooreerst dat het argument als zou de n.v. CORDEEL alleen al op grond van haar gemis van erkenning in categorie B niet in staat mogen worden geacht om dergelijke constructies te verwezenlijken en dan ook geen ervaring op dat gebied zou kunnen opdoen, tegengesproken lijkt te moeten worden door haar erkenning in klasse 8, categorie E, welke volgens het ministerieel besluit van 27 september 1991 tot nadere bepaling van indeling van de werken volgens hun aard in categorieën en ondercategorieën met betrekking tot de erkenning van aannemers, inzonderheid omvat: "de complexe opdrachten inzake realisatie van kunstwerken die niet in de categorie B zijn ondergebracht zoals de structuren van kunstwerken in gewapend of voorgespannen beton, ... aquaducten, tunnels ..., watertorens, ... de burgerlijke bouwkunde van waterzuiveringsinstallaties, sluizen en dammen gebouwd in droge bedding, ..."; dat in

het droge en niet rechtstreeks in contact met het water gebouwde kaaimuren, zoals dat laatste wel vereist is voor categorie B, redelijkerwijze onder categorie E moeten kunnen worden gerekend of er gelijkwaardig mee zijn; dat voorts verwezen dient te worden naar artikel 11, § 1, van de wet van 20 maart 1991, luidens welk de tijdelijke verenigingen van aannemers tot de uitvoering der werken worden toegelaten voor zover ten minste één der deelgenoten over de voor het werk vereiste erkenning beschikt; dat ter zake aan die voorwaarde is voldaan aangezien de n.v. AERTSSEN beschikt over een erkenning in categorie 8, klasse B;

Overwegende dat wat de eigenlijke geldigheid betreft van de referentielijst van gelijkaardige werken ingediend door de n.v. CORDEEL, vooreerst moet worden opgemerkt dat het bestek het heeft over "gelijkaardige" werken en niet over "identieke" werken; dat voorts de zin van een tijdelijke vereniging van aannemers en van de wetsbepaling welke de nodige erkenning van maar één der deelnemers vergt, onder meer is dat op het gebied van de desbetreffende erkenning de kunde van de ene die van de andere aanvult; dat ter zake zulks betekent dat de n.v. CORDEEL de kaaimuur in gewapend beton optrekt en voor de specifiek waterbouwkundige problemen welke daarbij zouden kunnen rijzen kan betrouwen op de know-how van de n.v. AERTSSEN; dat overigens de verzoekende partij geen concreet gegeven aanbrengt om aan te tonen waarom het bouwen van een betonnen kaaimuur in droge bedding een specifieke know-how zou vereisen welke verschilt van die vereist bij de bouw van betonconstructies voor bijvoorbeeld waterzuiveringsstations; dat in die omstandigheden redelijkerwijze niet valt in te zien waarom de bouw van belangrijke en complexe betonconstructies niet als "gelijkaardig" zou kunnen worden beschouwd met de bouw op het droge van een betonnen kaaimuur;

Overwegende tenslotte dat de verzoekende partij ter terechtzitting het tegenargument niet weerlegt als zou de enige referentie welke zij zelf kan voorleggen en die betrekking heeft op een "gelijkaardig" werk zoals zij dat opvat - namelijk een kaaimuur bestemd om in contact te worden gebracht met diep water - de bouw van kaaimuren aan het Verrebroekdok is, welk werk zij echter nog niet heeft voltooid en dat niet is opgeleverd; dat haar argument zich tegen haarzelf keert, daar een aannemer zich evident maar kan beroepen op de referentie van een bepaald werk, indien hij dat werk tot een goed einde heeft gebracht;

Overwegende dat uit het hiervoren overgeschreven uittreksel van het aanbestedingsverslag, hetwelk letterlijk werd overgenomen in de gunningsbeslissing, blijkt dat de raad van bestuur van de eerste verwerende partij de regelmatigheid van de offerte van de tijdelijke vereniging CORDEEL-AERTSSEN op het stuk van de referenties vereist krachtens artikel 2, § 2, E.7, beoordeeld en conform bevonden heeft; dat dit conform bevinden een der motieven vormt ter rechtvaardiging van de toewijzing aan die tijdelijke vereniging; dat de wettelijke verplichting tot uitdrukkelijke motivering niet inhoudt dat ook de motieven van de motieven in de gunningsbeslissing moeten worden opgenomen;

Overwegende dat uit wat voorafgaat volgt dat de aangevoerde middelen niet als ernstig kunnen worden beschouwd; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing af te wijzen zonder dat de aangevoerde ontvankelijkheidsexcepties moeten worden onderzocht,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de n.v. Aannemingsbedrijf AERTSSEN en de n.v. CORDEEL, samen vormend de vrijwillige vereniging "CORDEEL-AERTSSEN" in de vordering tot schorsing wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

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

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op tienduizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zestien februari 1900 negenennegentig, door :

de H.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.