

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 215.797 van 18 oktober 2011**

**in de zaak A. 201.793/XII-6703**

In zake: de NV DC INDUSTRIAL  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten William Timmermans en Evelyne Goossenaerts  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Havenlaan 86 C, bus 414  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Kaat Leus, Neil Braeckevelt en Frederick Ongena  
kantoor houdend te 1050 Brussel  
Louizalaan 99  
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV CEI-DE MEYER  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Stefaan Beele  
kantoor houdend te 8500 Kortrijk  
President Kennedypark 26a  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 20 september 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van Waterwegen en Zeekanaal, nv van publiek recht, van ongekende datum waarbij de opdracht voor de aanneming van werken ‘Onderhouds-baggerwerken stroomgebied Boven-Schelde, inclusief ontwatering en afvoer naar

definitieve bergingsplaats' (bestek 16EGGE/08/27\_BIS) wordt gegund aan CEI-De Meyer nv".

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 29 september 2011 heeft de nv CEI-De Meyer gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 oktober 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten William Timmermans en Evelyne Goossenaerts, verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Neil Braeckeveldt en Frederick Ongena, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Christophe Knockaert, die loco advocaat Stefaan Beele verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij maakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 november 2009 een aankondiging bekend voor een overheidsopdracht van werken, in de aankondiging genaamd "Onderhoudsbaggerwerken in het stroomgebied Boven-Schelde, inclusief ontwatering en afvoer naar definitieve

bergingsplaats”. Deze opdracht wordt gegund via een openbare aanbesteding en het bestek nr. 16EGGE/08/27 is van toepassing.

3.2. De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 2.515.602,5 euro, btw niet inbegrepen

3.3. Er worden acht offertes ingediend, onder meer door verzoekende partij en door de nv CEI-De Meyer.

3.4. Op 10 maart 2011 wordt een gunningsverslag opgesteld. Aangezien de offerte van de laagste regelmatige inschrijver nv CEI-De Meyer volgens het gunningsverslag ongeveer 2,4 maal hoger ligt dan de raming, wordt voorgesteld de opdracht niet te gunnen.

In het gunningsverslag stelt verwerende partij voorts onder meer dat de in de prijsvorming doorslaggevende posten zijn: de posten 1.6 tot en met 1.11 voor “Vervoer van de specie naar de verwerkingssite”, post 1.12 voor “Transport ontwaterde specie naar het Eilandje” en post 1.13 voor “Verwerken specie”. Zij vervolgt:

“In het bestek werd voor de post ‘verwerking-ontwatering’ de keuze van ontwateringstechniek vrij gelaten.  
Enkel Stad[s]bader-Flamand geeft voor de ontwatering een eenheidsprijs in de grootte-orde van de raming. Het gemiddelde van alle inschrijvers van deze post is 2,8 keer hoger dan de raming.  
[...]”.

3.5. Op 11 mei 2011 beslist de raad van bestuur van verwerende partij dat de betrokken opdracht wordt voortgezet volgens een onderhandelings-procedure zonder voorafgaande bekendmaking volgens artikel 17, § 2, 1°, d, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en dat alle inschrijvers die voldoen aan de minimumeisen op beroeps-, economisch en technisch vlak en die een offerte hadden ingediend die aan de formele eisen van de procedure voldeden opnieuw worden geraadpleegd. Het gaat om verzoekende partij, de nv Herbosch-Kiere, de nv CEI-De Meyer, de thv Jan De Nul-Envisan, de

nv Stadsbader-Flamand, de bv Van den Herik Kust- en Oeverwerken en de nv DEME Environmental Contractors.

Tevens wordt een -aangepast- bijzonder bestek 16EGGE/08/27\_BIS goedgekeurd.

Dit bestek bepaalt in deel II bij artikel 122:

“Art. 122. Onderhandelingsprocedure

Uitgaande van de door de inschrijvers ingediende offerte, zal de aanbestedende overheid op basis van onderhavig bestek een rangschikking opmaken.

De aanbestedende overheid kan onderhandelen met de best gerangschikte inschrijver, of met meerdere. De aanbestedende overheid behoudt zich het recht om gedurende de onderhandelingen het aantal inschrijvers dat wordt toegelaten tot verdere onderhandelingen, stelselmatig te beperken. De aanbestedende overheid behoudt zich het recht om geen onderhandelingen te voeren en de opdracht meteen aan de best gerangschikte te gunnen of de procedure alsnog stop te zetten.”

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt thans 3.561.420 euro, btw niet inbegrepen.

De offertes moeten bij het bestuur zijn toegekomen uiterlijk op 25 mei 2011 vóór 16 u.

3.6. Deze beslissing, het nieuwe bestek en de uitnodiging aan de geselecteerde, formeel regelmatige inschrijvers om een nieuwe offerte in te dienen wordt met blijkbaar aangetekend verzonden brieven gedateerd op 17 mei 2011 toegezonden aan onder meer verzoekende partij en de nv CEI-De Meyer.

Met een faxbericht van 23 mei 2011 worden nadere voorwaarden voor de indiening van de offerte meegedeeld in afwijking van artikel 104.

3.7. Er worden vervolgens zeven offertes ingediend onder meer door verzoekende partij en de nv CEI-De Meyer.

3.8. In een nieuw gunningsverslag van 23 augustus 2011 worden alle inschrijvers geselecteerd en wordt een “vergelijking van de ingediende offertes op basis van de gunningscriteria: prijs” doorgevoerd. Er worden geen rekenkundige fouten vastgesteld en de volgende rangschikking van de regelmatige -blijkbaar alle- inschrijvers wordt opgesteld:

|                                            |                    |
|--------------------------------------------|--------------------|
| - nv DC Industrial:                        | 3.961.295,00 euro, |
| - nv CEI-De Meyer:                         | 5.597.450,00 euro, |
| - nv DEC (DEME Environmental Contractors): | 5.770.520,00 euro, |
| - thv Jan De Nul-Envisan:                  | 5.845.866,80 euro, |
| - nv Herbosch-Kiere:                       | 6.895.720,00 euro, |
| - bv Van den Herik Kust- en Oeverwerken:   | 7.474.150,00 euro, |
| - nv Stadsbader-Flamand:                   | 8.737.905,81 euro. |

De vermelde bedragen zijn btw niet inbegrepen.

Daarna wordt vastgesteld:

“Uit de prijsanalyse blijkt dat DC Industrial een duidelijke inspanning geleverd heeft om een zeer gunstige offerte aan te bieden.

Bij de prijsanalyse werd tevens de inschrijvingen en het beoordelingsrapport in het kader van het bestek 16EGGE/08/27 als achtergrondinformatie meegenomen.

DC Industrial nv heeft in het bijzonder voor de post 1.9.1 – ontwateren tot steekvaste specie een zeer substantiële verlaging van de eenheidsprijs tov deze in de offerte 16EGGE/08/27 doorgevoerd. De overige inschrijvers hebben – tov hun offerte in het kader van bestek 16EGGE/08/27 slechts zeer beperkte aanpassingen aan eenheidsprijzen doorgevoerd”.

Vervolgens wordt het verloop van de onderhandelingen beschreven.

3.9.1. In een eerste onderhandelingsronde en verwijzend naar artikel 122 van het bestek deelt verwerende partij in blijkbaar aangetekend verzonden brieven gedateerd 1 juni 2011 (en blijkbaar ook met een faxbericht van dezelfde datum), niet aan verzoekende partij maar aan de nv CEI-De Meyer, de nv DEME Environmental Contractors, de thv Jan De Nul-Envisan en de nv Herbosch-Kiere, mee dat op grond van de ingediende offertes een rangschikking was opgesteld en dat met meerdere inschrijvers verder wordt

onderhandeld, en: “er wordt u de mogelijkheid geboden om nog een verbeterde offerte over te maken”. Daarbij wordt vermeld dat verwerende partij “in het bijzonder [...] graag [had] vernomen of u voor de post 1.9.1 -b23.42.51 - Ontwateren tot steekvaste specie - een verbeterde eenheidsprijs kan opgeven”. Er wordt gevraagd het antwoord ten laatste op 10 juni 2011 te bezorgen.

Volgens het gunningsverslag had verwerende partij uit de prijsanalyse afgeleid dat, indien van de nv CEI-De Meyer, de nv DEME Environmental Contractors, de thv Jan De Nul-Envisan of de nv Herbosch-Kiere, voor deze post 1.9.1 “ontwateren tot steekvaste specie” “een eenheidsprijs in de buurt van deze van DC Industrial kan bekomen worden, een voor de aanbestedende overheid nog iets gunstiger totaalofferte kan worden bekomen”, en had de “Dienst Algemene Technische Ondersteuning” van het Departement Mobiliteit en Openbare Werken op 31 mei 2011 bevestigd dat de raming van verwerende partij voor deze post laag, maar realistisch is. Deze dienst raamde de betrokken post op 57% van de totale prijs.

In de nota beklemtoont verwerende partij dat specifiek voor deze post de inschrijvingsprijs van diverse aannemers vrij sterk boven de geraamde eenheidsprijs (15 euro/m<sup>3</sup>) lag. Aangezien verzoekende partij de laagste offerte had ingediend en de prijzen van de andere inschrijvers vooral voor deze post aanzienlijk hoger lagen, vroeg verwerende partij volgens de nota in eerste instantie aan deze vier andere inschrijvers om een verbeterde prijs voor deze post 1.9.1 op te geven. De twee andere inschrijvers werden volgens de nota niet aangeschreven omdat hun prijzen sowieso te hoog lagen om nog nuttig te kunnen worden onderhandeld.

3.9.2. Deze vier inschrijvers antwoorden volgens het gunningsverslag tijdig.

Thv Jan de Nul-Envisan en nv DEME Environmental Contractors antwoorden, volgens het gunningsverslag, dat zij geen verbeterde eenheidsprijs voor deze post kunnen geven, terwijl nv Herbosch-Kiere antwoordt dat zij een commerciële korting kan geven en dat een grotere korting eventueel mogelijk is als ook de herzieningsformule voor deze post bespreekbaar is.

Nv CEI-De Meyer antwoordt in een brief van 10 juni 2011, en zoals is vermeld in het gunningsverslag van 23 augustus 2011 en in de nota, dat zij, na overleg met haar onderaannemer, op dat moment geen vermindering op de eenheidsprijs van post 1.9.1 kan geven, maar dat zij, “in functie van de resultaten van een lopend onderzoeksproject naar versnelde ontwatering van baggerspecie, mogelijkwerijs een vermindering op de inschrijving van 25 mei 2011 kunnen bieden in de orde van 1,5 - 2 miljoen euro”, maar dat deze beslissing pas genomen kan worden over ongeveer 1 maand. Zij verzoekt de aanbestedende overheid dan ook de gunning te willen uitstellen tot zij een definitief voorstel kan bezorgen.

3.9.3. Verwerende partij stelt vervolgens in het gunningsverslag van 23 augustus 2011 vast dat deze onderhandelingsronde niet onmiddellijk geleid heeft tot voor haar prijsgunstiger offertes – de eventuele kortingen voorgesteld door de nv Herbosch-Kiere zijn blijkbaar niet van die aard dat zij de offerte van verzoekende partij zal benaderen, maar dat “indien de door CEI-De Meyer nv geopperde vermindering op de inschrijving van 1,5 - 2 miljoen euro kan worden bekomen, [...] dit [kan] leiden tot een prijsgunstiger offerte voor de aanbestedende overheid”.

3.9.4. Met een aangetekende brief gedateerd 30 juni 2011, en blijkbaar ook via faxbericht, deelt verwerende partij aan de nv CEI-De Meyer mee dat zij bereid is haar voorstel in overweging te nemen. Zij krijgt tot uiterlijk 12 juli 2011 om 12 u om uitsluitel over de mogelijke korting te geven en een verbeterde offerte in te dienen. Anders wordt de offerte van 10 juni 2011 als definitief beschouwd.

3.9.5. Op 12 juli 2011 dient de nv CEI-De Meyer vervolgens een verbeterde offerte in met volgens de nota een bijkomende korting van 1.804.250 euro, btw niet inbegrepen. Volgens verwerende partij in de nota ligt deze aanzienlijke korting niet enkel in een gedaalde eenheidsprijs voor de post “ontwateren tot steekvaste specie” maar ook, en vooral, voor de met deze post gepaard gaande gedaalde transportkost.

3.9.6. Dit alles leidt tot een nieuwe rangschikking van de offertes in het gunningsverslag van 23 augustus 2011 waarbij de nv CEI-De Meyer met 3.793.200 euro, btw niet inbegrepen, de laagste inschrijvingsprijs biedt.

Verzoekende partij biedt met 3.961.295 euro, btw niet inbegrepen, nog steeds de tweede laagste inschrijvingsprijs. “Aangezien het door CEI-De Meyer nv ingediende verbeterde prijsvoorstel concurrentieel is t.o.v. het aanbod van DC Industrial”, wordt volgens het gunningsverslag beslist met deze twee inschrijvers een tweede onderhandelingsronde op te starten om:

- “- een verdere prijsoptimalisatie te bekomen;
- DC Industrial in de gelegenheid te stellen om nog een beter bod te doen. Deze inschrijver is immers op heden nog niet betrokken in deze eerste onderhandelingsronde”.

3.9.7. Het gunningsverslag licht dit alles als volgt toe:

“1ste onderhandelingsronde

Uit de prijsanalyse is af te leiden dat indien CEI-De Meyer nv, DEC nv, thv De Nul-Envisan en Herbosch Kiere nv voor de post 1.9.1 – ontwateren tot steekvaste specie – een eenheidsprijs in de grootte orde van deze van DC Industrial kan bekomen worden, een voor de aanbestedende overheid nog iets gunstiger totaalofferte kan worden bekomen.

Op 17/5/2011 werd ATO verzocht om een advies over te maken m.b.t. de raming horende bij bestek 16EGGE/08BIS die als basis dient voor het voeren van de onderhandelingen. Uit hun advies d.d. 31/5/2011 blijkt dat de als raming gehanteerde eenheidsprijs voor de post 1.9.1 laag is doch realistisch.

Daarom werd besloten om over te gaan tot een eerste onderhandelingsronde en aan de hoger genoemde 4 inschrijvers de mogelijkheid te bieden om een verbeterde offerte over te maken, met name voor de post 1.9.1 - b23.42.51 - ontwateren tot steekvaste specie een verbeterde eenheidsprijs op te geven.

Bij aangetekend schrijven d.d. 1/6/2011 werden volgende aannemers aangeschreven:

- Herbosch-Kiere nv te Kallo;
- CEI - De Meyer nv te Zele;
- Jan De Nul - Envisan thv te Hofstade - Aalst;
- DEME Environmental Contractors nv te Zwijndrecht.

Het antwoord diende op 10/6/2011 overgemaakt te worden.

Alle inschrijvers hebben tijdig een antwoord overgemaakt (zie PV van opening d.d. 10/6/2011).

Herbosch-Kiere nv deelde mee dat zij een commerciële korting kunnen toekennen op de post 1.9.1. Een grotere korting is eventueel mogelijk als ook de herzieningsformule voor deze post bespreekbaar is.

Rekening houdende met de toegekende commerciële korting brengt dit hun verbeterde offerte op 6.760.720 euro (excl. BTW).

CEI - De Meyer nv deelde mee dat zij, na overleg met de onderaannemer, geen vermindering op de eenheidsprijs van post 1.9.1 kunnen geven. Echter melden zij dat, in functie van de resultaten van een lopend onderzoeksproject naar versnelde ontwatering van baggerspecie, mogelijkerwijs een vermindering op de inschrijving van 25 mei 2011 kunnen bieden in de orde van 1,5-2 miljoen euro. Echter kan deze beslissing pas genomen worden over ca 1 maand. Zij verzoeken dan ook de gunning te willen uitstellen tot zij [e]en definitief voorstel kunnen overmaken.

Bij brief dd. 10 juni 2011 deelde Jan De Nul-Envisan thv mee dat zij voor de post 1.9.1 hun beste prijs gegeven hebben en genoodzaakt zijn om de prijs voor deze post te handhaven.

Deme Environmental Contractors nv deelde mee dat zij geen verbeterde eenheidsprijs voor de post 1.9.1 kunnen geven, doch steeds bereid zijn verdere toelichting bij de offerte te verschaffen.

Bespreking:

Er dient besloten dat deze eerste onderhandelingsronde niet onmiddellijk heeft geleid tot prijsgunstiger offertes voor de aanbestedende overheid. Immers de door Herbosch Kiere nv aangeboden commerciële korting is niet van dien aard dat zij de offerte van DC Industrial benader[t]. De eventuele grotere korting die zou bespreekbaar zijn i.f.v. een herziening van de herzieningsformule op de post 1.9.1, zal tevens niet van dien aard zijn dat de prijsofferte van DC Industrial nv zal benaderen.

Echter indien de door CEI-De Meyer nv geopperde vermindering op de inschrijving van 1,5-2 miljoen euro kan worden bekomen, kan dit leiden tot een prijsgunstiger offerte voor de aanbestedende overheid.

Bij aangetekend schrijven (en per fax) d.d. 20/6/2011 werd aan CEI-De Meyer nv meegedeeld dat de aanbestedende overheid bereid is hun voorstel in overweging te nemen en hun de mogelijkheid te bieden een verbeterde offerte over te maken. Echter diende deze offerte ten laatste op dinsdag 12 juli om 12.00u te zijn ingediend. Bij ontstentenis van een verbeterde offerte wordt de offerte/brief d.d. 10/6/2011 als definitief meegenomen in de procedure.

CEI-De Meyer nv diende tijdig een verbeterde offerte- inclusief een samenvattende opmetingsstaat in (zie PV van opening d.d. 12/7/2011).

De ingediende samenvattende opmetingsstaat is behoorlijk ondertekend door de daartoe bevoegde personen.

Na ontvangst van de verbeterde offertes is de rangschikking de volgende:

| Inschrijver                                               | Inschrijvingsprijs excl. btw |
|-----------------------------------------------------------|------------------------------|
| 1. CEI-De Meyer nv te Zele                                | 3.793.200,00 euro            |
| 2. DC Industrial nv te Brussel                            | 3.961.295,00 euro            |
| 3. DEC nv te Zwijndrecht                                  | 5.770.520,00 euro            |
| 4. Jan De Nul - Envisan thv te Hofstade -Aalst            | 5.845.866,80 euro            |
| 5. Herbosch-Kiere nv                                      | 6.760.720,00 euro            |
| 6. Van den Herik Kust- en Oeverwerken bv<br>te Sliedrecht | 7.474.150,00 euro            |
| 7. Stadsbader-Flamand nv te Harelbeke                     | 8.737.905,81 euro            |

Aangezien het door CEI-De Meyer nv ingediende verbeterde prijsvoorstel concurrentieel is t.o.v. het aanbod van DC Industrial, is het aangewezen om een tweede onderhandelingsfase op te starten met deze twee inschrijvers ten einde

- een verdere prijsoptimalisatie te bekomen;
  - DC Industrial in de gelegenheid te stellen om nog een beter bod te doen.
- Deze inschrijver is immers op heden nog niet betrokken in deze eerste onderhandelingsronde.

Besluit 1ste onderhandelingsronde:

Conform art. 122 van het bestek kan de aanbestedende overheid gedurende de onderhandelingen het aantal inschrijvers dat wordt toegelaten tot verdere onderhandelingen stelselmatig beperken. Uit de eerste onderhandelingsronde blijkt dat het aangewezen is om met de twee laagste inschrijvers verder te onderhandelen.

Op de Raad van Bestuur d.d. 13 juli 2011 (ref. van het uittreksel: DOC 26BIS) werd beslist:

De Raad:

- neemt akte van de stand van zaken van de lopende onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking voor het uitvoeren van onderhoudsbaggerwerken in het stroomgebied van de Boven-Schelde, inclusief ontwateren en afvoer naar definitieve bergingsplaats (bestek 16EGGE/08/27BIS);
- gaat akkoord om verder te onderhandelen met de inschrijvers CEI-De Meyer en DC Industrial ten einde hen in de mogelijkheid te stellen een 'best and final offer' uit te brengen;
- machtigt tot en met 13 september 2011 de Voorzitter en de gedelegeerd bestuurder tot het verder afhandelen van deze onderhandelingsprocedure en het gunnen van de opdracht;

- draagt de directie op genomen beslissingen voor bekrachtiging aan de Raad van 14 september 2011 voor te leggen.

CEI-De Meyer nv en DC Industrial werden uitgenodigd om deel te nemen aan de volgende onderhandelingsfase.

De offertes van de inschrijvers DEC nv, thv Jan De Nul-Envisan, Herbosch Kiere nv, Van de Herik Kust- en Oeverwerken bv alsook Stadsbader-Flamand nv worden als niet prijsgunstig beoordeeld. Deze inschrijvers worden niet langer uitgenodigd om deel te nemen aan de verdere onderhandelingen”.

3.9.8. Met blijkbaar aangetekend verzonden brieven gedateerd 14 juli 2011 en een faxbericht van dezelfde datum worden de nv CEI-De Meyer en verzoekende partij, in het kader van deze tweede onderhandelingsronde uitgenodigd om een BAFO (“best and final offer”) in te dienen tegen vrijdag 5 augustus om 12.00u.

Beide inschrijvers dienen tijdig een BAFO in.

Met een brief van 4 augustus 2011 deelt verzoekende partij aldus mee dat haar basisofferte integraal geldig blijft, zonder meer- of minprijs en voegt zij twee varianten aan haar basisofferte toe.

Op 5 augustus 2011 deelt de nv CEI-De Meyer mee dat de verbeterde inschrijving van 12 juli 2011, ten belope van 3.793.200,00 euro, btw niet inbegrepen, als BAFO kan worden beschouwd.

3.9.9. In het gunningsverslag van 23 augustus 2011 stelt verwerende partij inzake deze BAFO’s en de tweede onderhandelingsronde:

“2de onderhandelingsronde

Bij aangetekend schrijven (en per fax) d.d. 14/7/2011 werden CEI-De Meyer nv alsook DC Industrial uitgenodigd om een Best And Final Offer (BAFO) in te dienen, en dit ten laatste op vrijdag 5 augustus 2011 om 12.00u. Beide inschrijvers hebben tijdig een BAFO ingediend (zie PV van opening d.d. 5/8/2011).

CEI-De Meyer nv stelt dat hun verbeterde offerte d.d. 12/7/2011 als hun BAFO dient beschouwd.

DC Industrial hebben een aanvullend voorstel op hun offerte zoals ingediend d.d. 25/5/2011. De hoger genoemde basisofferte blijft integraal geldig, zonder min- of meerprijs.

Er worden tevens twee varianten voorgesteld met name variant offerte: gebruik site Noorderwal alsook variante offerte: overname slib.

Variante 1: gebruik site Noorderwal

De site Noorderwal wordt voor de duur van het project in exploitatie overgenomen van W&Z nv.

Variante 2: overname slib

De inschrijver is kandidaat om het slib volledig over te nemen vanaf de baggerplaats.

Besluit van de varianten:

De aanbestedende overheid wenst niet in te gaan op deze varianten. De onderhandelingen werden immers gevoerd over de prijs en niet over het voorwerp van de opdracht. Hoewel de aanbestedende overheid ter zake over enige bewegingsruimte beschikt, meent de aanbestedende overheid dat deze varianten al te veel afwijken van [...] het voorwerp van de opdracht om te kunnen worden in overweging genomen.

Artikel 17 §2, 1° d) bepaalt immers dat de overheid volgens dit artikel kan onderhandelen (o.a.) op voorwaarde dat de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd worden. De aanbestedende overheid oordeelt dat deze varianten niet binnen deze beperking vallen. Bovendien wordt de site Noorderwal nog tot maart 2012 gebruikt door de aanbestedende overheid, in kader [van] een lopende aanneming. De site kan dus niet volledig aan DC Industrial worden toevertrouwd, een gecombineerd gebruik van de site wordt als niet aangewezen beoordeeld. Tot slot wordt de site aangeboden in kader van een andere onderhandelingsprocedure welke nog lopende is. Deze variant zou dus deze aanneming doorkruisen, wat uiteraard problematisch is.

Besluit BAFO:

Het BAFO door CEI-De Meyer ingediend, met name de verbeterde offerte d.d. 12/7/2011 is prijsgunstiger dan het BAFO door DC Industrial ingediend, met name de offerte d.d. 25/5/2011.”

3.9.10. Er wordt dan ook voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv CEI-De Meyer voor een bedrag van 3.793.200 euro, btw niet inbegrepen.

3.10. In een advies van 29 augustus 2011 sluit ATO zich bij dit voorstel aan.

3.11. Vervolgens beslist verwerende partij, volgens de nota op 2 september 2011, onder meer verwijzend naar het gunningsverslag van 23 augustus 2011, om de opdracht te gunnen aan de nv CEI-De Meyer voor een bedrag van 3.793.200 euro, btw niet inbegrepen. Dit is de bestreden beslissing.

3.12. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd 5 september 2011 en met een faxbericht van dezelfde datum deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen. De gunningsbeslissing en het gunningsverslag worden bijgevoegd.

3.13. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingediend op 20 september 2011.

#### *IV. Tussenkost*

4. Verzoekende partij in tussenkost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

#### *V. Ontvankelijkheid van de vordering*

5. Ter terechtzitting dringt tussenkomende partij niet langer aan op de excepties die zij betreffende termijnvereiste en uiterst dringende noodzakelijkheid in haar verzoekschrift tot tussenkost had opgeworpen.

#### *VI. De schorsingsvoorwaarden*

6. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige

middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

7. Evenwel is te dezen de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 bepaalt uitdrukkelijk dat deze bepalingen ook van toepassing zijn op opdrachten die de Europese drempels niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

## *VII. Onderzoek van de middelen*

### *Uiteenzetting van het eerste middel*

8. In het eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van “artikel 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 122 van het bestek, van het gelijkheids-, onpartijdigheids-, transparantie-, fair-play- en redelijkheidsbeginsel”.

In een tweede middelonderdeel acht zij deze rechtsnormen geschonden:

“doordat, tweede onderdeel, verwerende partij ten onrechte aan CEI-De Meyer nv, alsook aan de andere inschrijvers heeft meegedeeld voor welke post zij een verbeterde offerte moesten indienen om eventueel nog als laagste inschrijver te kunnen worden gerangschikt, waarbij dergelijke informatie niet werd meegedeeld aan verzoekende partij; er werd verzoekende partij aldus niet meegedeeld voor welke posten zij zwakker scoorde dan de andere inschrijvers en er werd haar dus (*a fortiori*) ook geenszins de mogelijkheid geboden om haar offerte voor deze posten op geïnformeerde wijze te verbeteren, hetgeen aan andere inschrijvers wél werd toegestaan; zodoende beschikte verzoekende partij niet over dezelfde informatie als CEI-De Meyer nv en werden haar ook niet dezelfde kansen geboden om een concurrentiële BAFO in te dienen; terwijl verwerende partij verplicht is het gelijkheidsbeginsel na te leven, alle inschrijvers op gelijke wijze te behandelen en hen op een transparante wijze gelijke kansen te bieden in de gunningsprocedure, ook als het gaat om een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking”.

In de toelichting bij het middel doet zij, wat het tweede onderdeel betreft, gelden dat de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, eerlijke mededinging, transparantie, en “*patere legem quam ipse fecisti*” het concrete verloop van de onderhandelingsprocedure moeten beheersen; dat de verplichting tot transparantie inhoudt dat elke potentiële inschrijver in alle fasen van de procedure van een passende mate van openbaarheid moet genieten, zodat de eerlijke mededinging gegarandeerd is, terwijl in het kader van de voorliggende onderhandelingsprocedure kan worden vastgesteld dat verwerende partij de inschrijvers op een ongelijke wijze heeft behandeld met betrekking tot de uitwisseling van informatie. Verwerende partij heeft immers aan de inschrijver nv CEI-De Meyer, alsook aan de andere inschrijvers nv DEC, thv De Nul-Envisan en nv Herbosch-Kiere, meegedeeld voor welke post zij een verbeterde offerte konden indienen om eventueel nog als laagste inschrijver te kunnen worden gerangschikt, terwijl dergelijke informatie niet werd meegedeeld aan verzoekende partij. Weliswaar heeft deze laatste de mogelijkheid gekregen om in het kader van de tweede onderhandelingsronde een BAFO in te dienen, doch er was haar voordien geenszins aangegeven voor welke posten haar oorspronkelijke offerte zwakker scoorde dan de offertes van haar concurrenten en dit in tegenstelling tot de nv CEI-De Meyer die een dergelijke informatie wel had verkregen. Zodoende

beschikte verzoekende partij niet over dezelfde informatie als de nv CEI-De Meyer en werden haar niet dezelfde kansen geboden om een concurrentiële BAFO in te dienen.

Ten slotte verwijst verzoekende partij inzake dit onderdeel naar artikel 122<sup>ter</sup>, § 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, bepaling die weliswaar enkel toepasselijk is bij onderhandelingsprocedures indien het geraamde bedrag van de opdracht het bedrag voor de Europese bekendmaking bereikt maar die volgens haar niettemin duidelijk aantoont dat het gelijkheidsbeginsel verbiedt dat een aanbestedende overheid discriminerende informatie geeft die sommige inschrijvers kan bevoordelen tegenover andere, hetgeen in dit geval gebeurd is.

Ook het onpartijdigheidsbeginsel en het fairplaybeginsel zijn volgens verzoekende partij geschonden doordat verwerende partij op selectieve wijze informatie heeft doorgegeven aan sommige inschrijvers, die zij niet op analoge wijze ter beschikking heeft gesteld aan de eerst gerangschikte inschrijver.

### *Beoordeling*

9. De kritiek in dit middel betreft niet de keuze van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking maar wel het concrete verloop ervan.

Het flexibele kader dat door de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking aan de aanbestedende overheid wordt geboden, waarbij zij met de inschrijvers kan onderhandelen en een grotere vrijheid heeft om de procedure in te richten en te doorlopen, belet niet dat deze flexibiliteit wordt beperkt, naast het wettelijke en reglementaire kader, door de toepassing van onder meer het gelijkheidsbeginsel en het “*patere legem quam ipse fecisti*”-beginsel.

10. In het voormelde tweede onderdeel wordt in essentie betoogd dat de inschrijvers op ongelijke wijze werden behandeld inzake de mededeling van informatie, omdat aan de inschrijvers van de eerste onderhandelingsronde

waaronder de nv CEI-De Meyer werd meegedeeld “voor welke post zij een verbeterd voorstel dienden te formuleren om alsnog concurrentieel te zijn”, terwijl verzoekende partij in het kader van de tweede onderhandelingsronde weliswaar een BAFO kon indienen maar zonder dat gelijkaardige informatie werd meegedeeld.

11. In de mate dat verzoekende partij in dit verband artikel 122*ter*, § 2 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, citeert, dat onder meer bepaalt dat de aanbestedende overheid tijdens de onderhandelingen de gelijke behandeling van alle inschrijvers waarborgt en meer bepaald geen discriminerende informatie geeft die sommige inschrijvers kan bevoordelen tegenover andere, antwoordt verwerende partij terecht dat dit artikel te dezen niet toepasselijk is. Het gaat te dezen inderdaad niet om een onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor een opdracht waarvan het geraamde bedrag het bedrag voor Europese bekendmaking bereikt.

Verzoekende partij verwijst echter zelf ook enkel ten overvloede naar deze bepaling en haar betoog is ook niet alleen door die verwijzing onderbouwd. Ook buiten dit artikel 122*ter*, § 2, dient de onderhandelingsprocedure te verlopen in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel.

12. Te dezen kan in de huidige stand van het geding worden vastgesteld dat verwerende partij in de eerste onderhandelingsfase aan de nv CEI-De Meyer, de nv DEME Environmental Contractors, de thv Jan De Nul-Envisan en de nv Herbosch-Kiere meedeelde dat overeenkomstig artikel 122 van het bestek op grond van de ingediende offertes een rangschikking was opgesteld, dat met meerdere inschrijvers verder wordt onderhandeld, en dat hun de mogelijkheid wordt geboden om nog een verbeterde offerte over te maken. Daarbij wordt echter uitdrukkelijk vermeld dat verwerende partij “in het bijzonder [...] graag [had] vernomen of u voor de post 1.9.1 -b23.42.51 - Ontwateren tot steekvaste specie - een verbeterde eenheidsprijs kan opgeven”.

Tijdens de tweede onderhandelingsronde wordt aan de nv CEI-De Meyer en verzoekende partij met een brief van 14 juli 2011 zonder meer meegedeeld: “Verwijzend naar art. 122 -Onderhandelingsprocedure- van

hoger genoemd bestek, werd op basis van de (verbeterde) offertes een nieuwe rangschikking opgemaakt en wordt met meerdere inschrijvers verder onderhandeld. Ik vraag u daarom een ‘best and final offer’ uit te brengen” en zulks tegen 5 augustus 2011.

Aldus kan worden vastgesteld dat in de eerste onderhandelingsronde de vier voornoemde inschrijvers waaronder de nv CEI-De Meyer niet alleen de kans kregen een verbeterde offerte in te dienen maar dat hun tegelijk werd meegedeeld voor welke post in het bijzonder het bestuur graag een verbeterde eenheidsprijs had gekregen. Verzoekende partij kreeg in de tweede onderhandelingsronde weliswaar de kans een BAFO in te dienen maar zonder dat haar specifiek werd gevraagd op een bepaalde post een verbeterde eenheidsprijs in te dienen.

Alhoewel de voormelde vier inschrijvers aldus niet uitdrukkelijk werd gezegd dat deze verbeterde eenheidsprijs noodzakelijk was om eventueel als beste inschrijver gerangschikt te worden, lijkt dit *prima facie* geen afbreuk te doen aan de vaststelling dat zij gerichter een verbeterde offerte konden indienen dan dat verzoekende partij haar BAFO kon indienen.

13. Verwerende partij benadrukt in de nota terecht dat zij op geen enkel moment aan de vier inschrijvers betrokken in de eerste onderhandelingsfase meedeelde dat zij voor bepaalde posten beter dan wel slechter dan andere inschrijvers scoorden. Dit doet er echter geen afbreuk aan dat de betrokken inschrijvers, zo lijkt het, door de specifieke vraag inzake post 1.9.1, konden weten waar een verbetering verwacht werd. Aan deze vaststelling lijkt geen afbreuk te worden gedaan door de argumentatie van verwerende partij dat de post “Ontwateren tot steekvaste specie”, samen met de daaraan gekoppelde kosten voor (mogelijks) transport van baggerspecie een aanzienlijk aandeel van de totaalprijs van de opdracht betreft en dat, aangezien deze post voor deze vier inschrijvers duidelijk hogere prijzen bevatte dan de prijs die door verwerende partij voor deze post werd geraamd, het logisch is dat verwerende partij zich op deze post steunde om een zo marktconform mogelijke totaalprijs van de inschrijvers, via onderhandelingen, te verkrijgen. De grief lijkt immers niet zozeer te zijn dat deze

vraag werd gesteld maar wel dat aan verzoekende partij geen gelijkaardige informatie werd gegeven.

14. In de mate dat verwerende partij nog benadrukt dat de brief van 14 juli 2011 door de verwijzing naar “verbeterde offertes” en “nieuwe rangschikking” op duidelijke en transparante wijze aangeeft dat de BAFO-fase volgt op een eerdere onderhandelingsfase en dat verzoekende partij in haar verzoekschrift niet correct kan beweren dat zij geen kennis had van de eerste onderhandelingsfase, lijkt verzoekende partij dit in ieder geval in het tweede onderdeel van het middel zoals geformuleerd in het verzoekschrift ook niet te beweren maar lijkt zij er aanstoot aan te nemen dat haar, anders dan onder meer de nv CEI-De Meyer in de eerste onderhandelingsfase, niet werd meegedeeld voor welke post in het bijzonder, een verbeterde eenheidsprijs werd gevraagd.

Alhoewel verzoekende partij, naar verwerende partij stelt, zoals de nv CEI-De Meyer, de kans had om een verbeterd prijsvoorstel in te dienen en dit kon doen voor alle posten en dus ook voor de posten die in het verbeterd voorstel van de nv CEI-De Meyer aanzienlijk waren gedaald, volgens de nota “niet alleen de kost voor ontwatering, maar -vooral- de transportkosten”, lijkt dit, anders dan verwerende partij meent, niet te beletten dat verzoekende partij tijdens de onderhandelingen over minder informatie beschikte dan de vier voornoemde inschrijvers betrokken bij de eerste ronde: deze wisten dan meer bepaald dat in het bijzonder een verbeterde eenheidsprijs werd gevraagd voor post 1.9.1 en verzoekende partij kreeg daarentegen geen informatie over de post of posten waarvoor een verbeterde prijs werd gevraagd.

Verwerende partij benadrukt terecht dat de nv CEI-De Meyer in de BAFO-fax weliswaar slechts dezelfde informatie kreeg als verzoekende partij, maar dit doet geen afbreuk aan het feit dat de nv CEI-De Meyer in de eerste onderhandelingsfase beter geïnformeerd een verbeterde offerte kon indienen. Het is overigens ook deze offerte die haar BAFO werd in de tweede onderhandelingsfase. Anders dan de nota stelt, lijkt het uit het dossier en een vergelijking van de als vertrouwelijk voorgelegde eerste offerte en de meetstaat bij de brief van 12 juli 2011 met de verbeterde offerte waarvan ook de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd, trouwens dat de totaalprijs van de nv CEI-De Meyer

in absolute cijfers niet vooral is gedaald door de daling van de transportkosten maar wel door de daling van de prijs voor post 1.9.1 en dat zonder de daling van de prijs voor post 1.9.1 haar verbeterde offerte wat de prijs betreft niet vóór de offerte van verzoekende partij zou zijn gerangschikt.

15. Verwerende partij stelt nog dat het feit dat verzoekende partij in haar BAFO geen enkele wijziging aan haar prijs aanbrengt in geen geval aan verwerende partij kan worden verweten, dat verzoekende partij zich, door een BAFO in te dienen die louter de prijs van de basisofferte overneemt, bloot stelt aan de mogelijkheid dat, zoals *in casu*, een andere inschrijver een beter finaal voorstel indient en dat dit tevens aantoont dat verzoekende partij in haar eerste offerte tijdens de onderhandelingsfase al haar beste prijs had ingediend en derhalve sowieso op geen enkele post blijkbaar nog ruimte voor prijsoptimalisatie had. Dit lijkt echter geen afbreuk te doen aan de voorgaande feitelijke vaststellingen dat de nv CEI-De Meyer haar verbeterde offerte in de eerste fase en dus haar BAFO offerte in de tweede fase kon indienen op grond van de specifieke vraag de eenheidsprijs voor post 1.9.1 te verbeteren en dus met meer informatie dan verzoekende partij haar BAFO kon indienen.

In de mate dat verwerende partij hiermee zou aanvoeren dat verzoekende partij geen belang zou hebben bij dit onderdeel aangezien zij reeds haar beste offerte initieel had ingediend, rijst in de eerste plaats de vraag of de nv CEI-De Meyer, zonder de concrete vraag om mee te delen of voor post 1.9.1 een verbeterde eenheidsprijs kan worden opgegeven, dezelfde verbeterde offerte had ingediend voor post 1.9.1. Zonder de vermindering van haar prijs voor deze post zou, zoals al gezegd, haar verbeterde offerte qua prijs niet vóór de offerte van verzoekende partij zijn gerangschikt.

Anderzijds kan worden vastgesteld dat, terwijl verzoekende partij in de eerste rangschikking de laagste offerte had ingediend, zij in de tweede rangschikking niet meer de laagste prijs bood. Indien de nv CEI- De Meyer in de eerste onderhandelingsfase concreet werd gevraagd mee te delen of zij voor post 1.9.1 een verbeterde eenheidsprijs kon bieden, blijktens het gunningsverslag omdat, indien de eenheidsprijs van verzoekende partij wordt benaderd, haar totaalprijs beter wordt, lijkt het gelijkheidsbeginsel minstens te veronderstellen dat ook aan

verzoekende partij, samen met de vraag om een BAFO in te dienen, zou worden gevraagd of voor post 1.9.1 nog een verbeterde prijs mogelijk was. Het enkele feit dat haar prijs voor die post initieel al lager was dan deze van de andere inschrijvers en meer in de buurt van de raming, leidt niet tot een andere conclusie. Er kan immers niet worden uitgesloten dat zij, na dergelijke specifieke vraag, alsnog een verbeterde prijs voor deze post had ingediend. Gelet op het kleine totaalverschil tussen de offerte van verzoekende partij en de verbeterde offerte van de nv CEI-De Meyer (3.961.295 - 3.793.295 of 168.095 euro) en het belang van deze post voor het totaal, lijkt niet te kunnen worden uitgesloten dat een zelfs beperkte vermindering door verzoekende partij van haar eenheidsprijs voor deze post 1.9.1, haar offerte wat prijs betreft terug de voordeligste maakt.

Daargelaten de vraag of verzoekende partij, in het licht van de verwijzing naar een nieuwe rangschikking en verbeterde offertes, en nu zij tot dan in de onderhandelingsprocedure niet was gevraagd een verbeterde offerte in te dienen, misschien niet kon weten dat er een betere offerte was, had zij, zo lijkt het, in de eerste fase een analoge specifieke uitnodiging moeten krijgen of wel minstens in de tweede onderhandelingsfase.

16. Het antwoord van tussenkomende partij op dit onderdeel leidt evenmin *prima facie* tot een andere conclusie.

In de mate dat zij benadrukt dat de aanbestedende overheid in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking een ruime manoeuvreerruimte heeft die haar toelaat contacten te hebben met één of meerdere inschrijvers op verschillende tijdstippen zolang de verdiensten van elke offerte worden onderzocht, werd reeds benadrukt dat de flexibiliteit in de inrichting en het verloop van een onderhandelingsprocedure onder meer beperkt wordt door het gelijkheidsbeginsel. Dit geldt ook in de mate dat tussenkomende partij wijst op de grote vrijheid bij het “structureren” van de beoordelingswijze van de offertes. Zij benadrukt weliswaar dat verzoekende partij in die beoordeling op geen enkel moment ongelijk behandeld is maar gaat daarmee niet concreet in op de opgeworpen grief. In de mate dat zij voorts benadrukt dat de offertes werden vergeleken en dat duidelijk is waarom haar offerte de voorkeur geniet, lijkt dit vreemd aan de opgeworpen grief. Dit is ook het geval in de mate dat zij nog stelt

dat, mocht verzoekende partij kunnen aantonen dat haar varianten in haar BAFO regelmatig en toegelaten zijn, de bestreden beslissing uitvoerig motiveert waarom niet wordt ingegaan op deze varianten.

17. Het tweede onderdeel is dan ook ernstig in de mate dat de schending wordt ingeroepen van het gelijkheidsbeginsel en verantwoordt de gevraagde schorsing.

18. In de mate dat in dit onderdeel ook de schending wordt ingeroepen van het onpartijdigheids- en fairplaybeginsel is het onderdeel echter niet ernstig.

Zo dit al een onderscheiden rechtsbeginsel is, lijkt de schending van het eveneens ingeroepen “fairplaybeginsel” niet alleen een onzorgvuldig optreden te vereisen, maar bovendien dat hieraan moedwilligheid ten grondslag ligt, hetgeen veronderstelt dat verzoekende partij aantoont dat de overheid met kwade trouw zou hebben gehandeld en met opzet zou hebben gepoogd haar in de uitoefening van haar rechten te belemmeren.

In de mate dat verzoekende partij daartoe stelt dat “minstens [...] hierbij de schijn [wordt] gewekt dat verwerende partij alle middelen inzet om ervoor te zorgen dat de tweede laagst gerangschikte inschrijver toch nog een prijsverlaging zou aanbieden om vervolgens op de eerste plaats te komen, terwijl er in eerste instantie sprake is van een prijsverschil van 30% tussen de eerste offerte van verzoekende partij en die van CEI-De Meyer nv. Dit kan dan ook alleen maar de bevoordeling van de andere inschrijvers, en in het bijzonder van CEI-De Meyer nv betekenen, minstens is zulks het concrete gevolg geweest van de handelwijze van verwerende partij”, wordt echter niet *prima facie* aangetoond dat dit gevolg bedoeld was, laat staan dat kwade trouw of opzet bedoeld was zoals vereist voor de ingeroepen schending van het fairplaybeginsel. Er wordt ook niet *prima facie* aangetoond waarom dit dan wel een schending zou kunnen inhouden van het onpartijdigheidsbeginsel.

### *VIII. Belangenafweging*

19. Artikel 65/15, derde lid, van de voormelde wet van 24 december 1993 is middels artikel 65/31 van deze wet ook toepasselijk op opdrachten die de Europese drempels niet bereiken, en bepaalt:

“De verhaalinstantie houdt rekening met de vermoedelijke gevolgen van de schorsing van de uitvoering en van de voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsook met het openbaar belang, en kan beslissen om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden zijn dan hun voordelen”.

Onder “Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel”, verwijst tussenkomende partij in haar verzoekschrift naar deze bepaling en zij merkt op dat verzoekende partij meent de opdracht zelf te kunnen uitvoeren en dat “deze handelswijze [...] wel eens de uitvoering van de noodzakelijke werken sterk [zou] kunnen vertragen, waardoor de negatieve gevolgen groter zouden zijn dan de voordelen beoogd door verzoekende partij”.

20. Tussenkomende partij verduidelijkt niet welke betrokkenen negatieve gevolgen van de gevraagde schorsing zouden ondervinden en verwerende partij van haar kant wijst niet op de mogelijke negatieve gevolgen van een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing voor het openbaar belang. Voorts kan worden vastgesteld dat deze opdracht initieel uitgeschreven werd einde 2009 hetgeen de thans ingeroepen vertraging in de uitvoering van de noodzakelijke werken ingevolge een schorsingsarrest in elk geval lijkt te relativiseren. Tussenkomende partij vroeg in de eerste onderhandelingsfase trouwens ook zelf om een verlenging van de termijn om een verbeterde offerte in te dienen. Evenmin wordt aannemelijk gemaakt dat de aangenomen onwettigheid niet relatief snel hersteld kan worden. Tot de huidige onderhandelingsprocedure werd bijvoorbeeld beslist op 11 mei 2011 en de bestreden beslissing werd volgens de nota reeds genomen op 2 september 2011.

21. Er is dan ook geen reden om op grond van een belangenafweging de schorsing niet toe te staan.

## **BESLISSING**

**1. Het verzoek van de nv CEI-De Meyer tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.**

**2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 2 september 2011 van Waterwegen en Zeekanaal, naamloze vennootschap van publiek recht, om de overheidsopdracht voor de aanneming van werken “Onderhoudsbaggerwerken stroomgebied Boven-Schelde, inclusief ontwatering en afvoer naar definitieve bergingsplaats” (bestek 16EGGE/08/27\_BIS) te gunnen aan de nv CEI-De Meyer.**

**3. De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 oktober 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

|                 |                  |
|-----------------|------------------|
| Dierk Verbiest, | kamervoorzitter, |
| bijgestaan door |                  |
| Silja Doms,     | griffier.        |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Silja Doms**

**Dierk Verbiest**