

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.523 van 20 januari 2011
in de zaak A. 198.559/XII-6447**

In zake:

1. de NV BESIX
2. de NV PIERRE ROEGIERS & Co
3. de NV DEPRET
4. de NV VICTOR BUYCK STEEL CONSTRUCTION
5. de NV EGEMIN
samen vormend de THV BESIX - ROEGIERS - DEPRET -
BUYCK - EGEMIN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te Sint-Denijs-Westrem
MG Building II
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 december 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot handhaving en aanvulling van het bijzonder bestek 16/EF2008/05 betreffende de openbare aanbesteding voor aanneming van werken ‘Haven van Antwerpen. Waaslandhaven: bouwen van 2^e sluis’, waarvan de datum aan de verzoekende partijen onbekend is, doch van welke beslissing de verzoekende partijen kennis

kregen n.a.v. het terechtwijzend bericht 2, gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen op 10 december 2010 en in het Europees Publicatieblad eveneens op 10 december 2010”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 januari 2011, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat David D’Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen schrijft een overheidsopdracht voor aanneming van werken, onder de vorm van een openbare aanbesteding, uit voor de bouw van een tweede sluis in de Waaslandhaven.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie op 3 september 2010 en in het Bulletin der Aanbestedingen op 6 september 2010.

3.3. Op de opdracht zijn de bepalingen van het bijzonder bestek “Haven van Antwerpen. Waaslandhaven: bouwen van een 2^e sluis”, met nr. 16EF/2008/05 van toepassing.

3.4. Zowel in de aankondiging als in het bestek wordt vermeld dat op woensdag 13 oktober 2010 een toelichtingsvergadering zal worden gehouden waarop de aanbestedende overheid toelichting zal geven over de opdracht en dat de inschrijvers voorafgaand schriftelijk vragen kunnen stellen over de opdracht.

Zo wordt op bladzijde 35-36 van het bestek het volgende bepaald:

“Zonder dat dit op enige wijze afbreuk mag doen aan de verplichtingen van de inschrijvers vermeld onder punt 9, organiseert de aanbestedende overheid in het auditorium van het Havenhuis van het Gemeentelijk Havenbedrijf Entrepotkaai 1, 2000 Antwerpen, op woensdag 13 oktober 2010 om 9 u een toelichtingsvergadering, waarop de aanbestedende overheid of diens afgevaardigde een toelichting zal geven over de aanneming.

De inschrijvers kunnen voorafgaand schriftelijk vragen stellen over de opdracht van het onderhavig bestek. [...]

Indien de aanbestedende overheid dit wenselijk of nodig acht, kan de betrokken inschrijver gevraagd worden om nadere toelichting te verstrekken bij de vragen.

Deze vooraf ingediende schriftelijke vragen en zo mogelijk alle antwoorden zullen aan bod komen op de toelichtingsvergadering. Het verslag van de toelichtingsvergadering met deze vragen en antwoorden zal digitaal ter beschikking worden gesteld op een internetlocatie, die in een terechtwijzend bericht in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschap en het Bulletin der Aanbestedingen zal worden bekendgemaakt. Bovendien zal het verslag voor eenieder ter beschikking liggen bij de aanbestedende overheid (p/a Havenhuis, Entrepotkaai 1, 2000 Antwerpen) en bij de afdeling Maritieme Toegang (p/a Kallosluis - Sluisgebouw bus 2, Steenlandlaan, 9130 Kallo) en kan het op eenvoudige schriftelijke vraag opgestuurd worden”.

3.5. Er worden diverse vragen gesteld door de kandidaat-inschrijvers.

3.6. Vervolgens wordt de publicatie van een terechtwijzend bericht goedgekeurd op het directiecomité van 8 november 2010 en op de raad van bestuur van 9 november 2010. Het terechtwijzend bericht omvat een deel A waarin de vragen en antwoorden gesteld op de toelichtingsvergadering worden opgenomen en een deel B met “aanvullingen en rechtzettingen” van het bestek, onder meer betreffende besteksbepalingen inzake de staalprijs.

3.7. Dit terechtwijzend bericht blijkt te zijn bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 november 2010 en het Publicatieblad van de Europese Unie van 18 en 24 november 2010. In het terechtwijzend bericht wordt verwezen naar de vindplaats waar de rectificaties aan de aanbestedingsstukken gratis gedownload kunnen worden.

3.8. Volgens de verzoekende partijen wordt de tekst van het terechtwijzend bericht hun op 18 november 2010 ter beschikking gesteld.

3.9. Bij faxbericht en aangetekend schrijven van 26 november 2010 wijzen de verzoekende partijen verwerende partij op de onwettigheid van een aantal besteksbepalingen en vragen zij haar om deze te schrappen en om zo nodig de datum van de opening van de offertes, die bepaald is op 17 december 2010, te verdagen. Tevens wordt meegedeeld dat men graag een bevestiging in positieve zin ontvangt uiterlijk vóór 3 december 2010.

3.10 Met een ter post aangetekend verzoekschrift van 6 december 2010 vorderen de verzoekende partijen vervolgens de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijk van de tenuitvoerlegging van de inhoud van het eerste terechtwijzend bericht. Deze vordering wordt door de Raad van State verworpen bij arrest nr. 210.192 van 30 december 2010 aangezien ze werd ingesteld buiten de wettelijke vereiste termijn van 15 dagen.

3.11. Op 7 december 2010 keurt de raad van bestuur van verwerende partij een tweede terechtwijzend bericht goed. In dit terechtwijzend bericht wordt de datum voor de opening van de inschrijvingen uitgesteld naar 14 januari 2011. Daarnaast wijst het tweede terechtwijzend bericht nog op een “beperkt aantal aangepaste technische besteksbepalingen”.

Het tweede terechtwijzend bericht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 december 2010 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van dezelfde datum en vormt het voorwerp van de voorliggende vordering.

3.12. Een derde terechtwijzend bericht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 december 2010 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 29 december 2010. In dit bericht wordt de datum voor de opening van de offertes nogmaals uitgesteld tot 2 februari 2011 en worden nog diverse besteksbepalingen, waaronder prijsherzieningsclausules, aangepast.

Ook hiertegen stellen de verzoekende partijen, op 12 januari 2011, een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State. Deze zaak is gekend onder het rolnummer A. 198.799/XII-6467.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. 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.

De aankondiging van de in het geding zijnde opdracht werd echter bekendgemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is 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, te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van

10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Volgens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus 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.

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.

V. Onderzoek van de middelen

Eerste en enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. Verzoekende partijen voeren in een eerste en enig middel de schending aan van “de artikelen 10 - 11 van de Grondwet, van artikel 7 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 57 van de wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen, van artikel 6 en artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek, van artikel 3 van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het

zorgvuldigheidsbeginsel, van het gelijkheidsbeginsel, van het transparantiebeginsel en van het algemeen beginsel waardoor elke overheid verplicht wordt haar beslissing op deugdelijke gronden te motiveren/ de materiële motiveringsplicht”.

Eerste onderdeel

6. Het eerste onderdeel van het middel heeft volgens zijn opschrift betrekking op artikel 13, § 1 “Prijsherziening”, artikel 90, § 2 “bij de inschrijving te voegen bescheiden” en artikel 16, § 2 “klachten en verzoeken” - blijkbaar artikelen van het bestek.

6.1. Volgens verzoekende partijen zijn overeenkomstig artikel 57, § 2, van de voormelde wet van 30 maart 1976 prijsherzieningsformules maar geldig, indien ze verwijzen naar alle parameters die de reële kosten vertegenwoordigen.

Dit principe wordt volgens hen wat overheidsopdrachten betreft nog explicieter verwoord in artikel 7, § 1, van de voormelde wet van 24 december 1993 dat bepaalt ingeval in een prijsherziening wordt voorzien in het bestek, de herziening moet tegemoet komen aan de prijsevolutie van de bijzonderste componenten van de kostprijs. Dit impliceert volgens verzoekende partijen dus niet alleen de lonen en sociale lasten, doch wel degelijk ook materiaalcomponenten, die een belangrijk deel van de kostprijs uitmaken.

Zij voeren aan dat indien een prijsherzieningsformule wordt opgenomen, deze formule parameters betreffende alle bijzonderste componenten van de kostprijs moet bevatten.

Door in de door het eerste terechtwijzend bericht vastgelegde en door het tweede terechtwijzend bericht gehandhaafde prijsherzieningsformules voor zowel de posten “leveren van damplanken” en “wapeningsstaal, ankeringen en verankeringen in staal, stiftdeuvels”, als voor de posten “gewalst staal en smeedstaal” en “vormgietstaal en gietijzer”, in de gebruikelijk gehanteerde

prijsherzieningsformules telkens de parameter of component “materiaal staal” te schrappen, heeft verwerende partij gehandeld in strijd met voormelde bepalingen. In de mate dat verwerende partij verwijst naar artikel 13, § 1, van de algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor concessies voor openbare werken (hierna: “AAV”), bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken (hierna: “besluit AUV”), merken verzoekende partijen op dat deze bepaling enkel bevestigt wat is bepaald in voormeld artikel 7, § 1, tweede lid, van de wet van 24 december 1993.

6.2. Voorts houdt de besteksbepaling dat de onvoorzienbare evolutie van de staalprijzen op zich voorzienbaar is en dus niet als een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 16, § 2, AAV, zal worden beschouwd, volgens verzoekende partijen een regelrechte uitholling in van voormeld artikel 16, § 2. Zij zien trouwens niet in hoe onvoorzienbare prijsstijgingen überhaupt voorzienbaar kunnen zijn. Minstens dient te worden vastgesteld dat verwerende partij voor deze fundamentele afwijking geen enkele bijzondere eis, eigen aan de betreffende opdracht aanvoert, die dergelijke afwijking kan verantwoorden, zodat tevens artikel 3, § 1, van het besluit AUV wordt geschonden.

Voorts wijzen verzoekende partijen erop dat de motieven die verwerende partij in het eerste en tweede terechtwijzend bericht aanvoert om haar beslissing te staven dat de inschrijvers vaste en onherzienbare staalprijzen tot einde 2015 moeten handhaven absoluut niet deugdelijk zijn en ook feitelijk onjuist. Precies omdat de staalprijzen onstabiel zijn, kunnen staalleveranciers niet zonder meer bereid worden gevonden om vaste staalprijzen tot en met eind 2015 te geven. Ook op de verzekeringsmarkt zouden zeer moeilijk zo niet geen verzekeraars bereid worden gevonden om dergelijk risico te verzekeren.

6.3. Daarnaast zou er ook een schending zijn van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, evenals van het zorgvuldigheidsbeginsel, nu een vaste, duidelijk afgebakende basis op grond waarvan de inschrijvers hun prijs kunnen opmaken zou ontbreken. Dit leidt volgens verzoekende partijen tot speculatie en concurrentievervalsing en maakt een correcte vergelijking van de inschrijvingen

onmogelijk. De inschrijvers zullen immers de meest uiteenlopende risico-hypothesen hanteren. Volgens verzoekende partijen is het evenmin denkbeeldig dat bepaalde inschrijvers, aangezien zij de laagste prijs willen bieden, geen risico's zullen incalculeren, daarbij al dan niet speculerend op de onwettigheid van de voorliggende besteksbepalingen inzake de prijsherziening en de onmogelijkheid om artikel 16, § 2, in te roepen voor onvoorzienbare prijsverhogingen.

Zij merken op dat verwerende partij de reële kans op speculatie erkent door een nieuwe bepaling op te nemen in het tweede terechtwijzend bericht volgens welke bepaling de inschrijvers door de indiening van hun offerte onvoorwaardelijk akkoord gaan met de inhoud van het bestek en de terechtwijzende berichten en de wettigheid van de litigieuze besteksbepalingen aanvaarden. Verzoekende partijen wijzen erop dat deze bepaling eveneens onwettig is aangezien op grond van artikel 1134 B.W. overeenkomsten slechts tot wet strekken van diegenen die ze hebben aangegaan, voor zover ze wettig zijn aangegaan. Overeenkomstig artikel 6 B.W. kan door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk worden gedaan van wetten die de openbare orde betreffen. Uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt volgens hen dat het onvoorwaardelijk inschrijven op een bestek dat ongeldige afwijkingen op de algemene aannemingsvoorwaarden bevat, de aannemer niet het recht ontnemt om de nietigheid daarvan later bij de uitvoering van de opdracht in te roepen. Het “vast burgerrecht” dat de herzieningsclausules inmiddels hebben verworven, zou worden bevestigd in tal van omzendbrieven. Zelfs indien deze omzendbrieven niet van toepassing zouden zijn, bevestigen zij volgens verzoekende partijen toch minstens dat het voorzien van prijsherzieningsformules met een correcte staalcomponent van behoorlijk en zorgvuldig bestuur getuigt.

Beoordeling van het eerste onderdeel

7.1. Luidens artikel 1, § 1, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, worden de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in naam van de aanbestedende overheden

bedoeld in artikel 4 van de wet gegund na mededinging en op een forfaitaire grondslag.

Artikel 7, § 1, eerste en tweede lid, van deze wet bepaalt verder dat voormeld basisprincipe inzake de forfaitaire grondslag van de overheidsopdrachten, geen belemmering is voor de herziening van de prijzen uit hoofde van bepaalde economische of sociale factoren op voorwaarde dat deze herziening in het bestek of in de overeenkomst voorzien is. De herziening moet overeenkomstig deze bepalingen dan wel tegemoet komen aan de prijsevolutie van de bijzonderste componenten van de kostprijs, overeenkomstig de door de Koning te voorziene modaliteiten.

Artikel 13, § 1, AAV, bepaalt dat voor de opdrachten voor aanneming van werken de opdracht in de modaliteiten voorziet voor een prijsherziening.

In een arrest van 15 mei 2009 bevestigde het Hof van Cassatie recent nog dat krachtens voormeld artikel 7, § 1, van de wet van 24 december 1993 de prijs van de overheidsopdrachten in de regel forfaitair wordt bepaald, tenzij in het bestek of in de overeenkomst is voorzien in de herziening van de prijzen uit hoofde van bepaalde economische of sociale factoren. Voorts oordeelde het Hof dat artikel 13, § 1, AAV, aan de aanbestedende overheid de mogelijkheid verleent om een herzieningsbepaling in de opdracht op te nemen, zonder echter aan de aannemer een recht op prijsherziening te verlenen, wanneer daar niet in het bestek of de overeenkomst is in voorzien.

Het standpunt van verzoekende partijen dat herzieningsclausules inmiddels “een vast burgerrecht” zouden uitmaken, lijkt op het eerste gezicht dan ook niet te kunnen worden aanvaard.

Indien een aanbestedende overheid beslist om een prijsherzieningsclausule op te nemen, zoals te dezen gebeurd is, dient deze clausule niettemin te beantwoorden aan een aantal vereisten.

Zoals vastgesteld kan de aanbestedende overheid voorzien in de herziening van de prijzen uit hoofde van bepaalde economische of sociale factoren, in welk geval de herziening overeenkomstig voormeld artikel 7 van de wet van 24 december 1993 tegemoet moet komen aan de prijsevolutie van de bijzonderste componenten van de kostprijs, overeenkomstig de door de Koning te bepalen modaliteiten.

Daarnaast dient ook rekening gehouden te worden met voormeld artikel 13, § 1, AAV, dat luidt:

“§ 1 Opdrachten voor aanneming van werken

Voor de opdrachten voor aanneming van werken voorziet de opdracht in de modaliteiten voor een prijsherziening wegens schommelingen van de lonen en de sociale lasten van de op de bouwplaats tewerkgestelde arbeiders. Zij kan ook een prijsherziening inhouden aan de hand van andere elementen, inzonderheid voor de materialenprijzen.”

Op het eerste gezicht lijkt uit voormelde bepaling te kunnen worden afgeleid dat bij aanneming van werk de prijsherzieningsformule in ieder geval een parameter dient te bevatten inzake de lonen en sociale lasten en dat deze formule daarnaast ook andere elementen kan bevatten.

Voorts dient ook rekening te worden gehouden met het in het middel geschonden geacht artikel 57 van de wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen, dat luidt:

“§ 1. Niettegenstaande alle strijdige wettelijke, reglementaire en contractuele bepalingen, met inbegrip van deze bedongen in de op het ogenblik van het in werking treden van deze wet bestaande contracten en niettegenstaande de op deze datum toegepaste prijzen, is elke formule van indexatie van de industriële en of commerciële prijzen, van de tarieven en de parameters van prijzenfluctuatiefomules in functie van het indexcijfer van de consumptieprijzen, of van enig ander indexcijfer, verboden. Elk beding of elke toepassing strijdig met dit verbod is van rechtswege nietig.

§ 2. De contracten mogen slechts prijsherzieningsbedingen bevatten in de mate dat deze toepasselijk zijn tot een bedrag van maximum 80 pct. van de eindprijs en voorzover ze verwijzen naar parameters die de reële kosten vertegenwoordigen; ieder parameter is alleen toepasselijk op dat gedeelte van de prijs dat beantwoordt aan de kosten die het vertegenwoordigt. De

Minister van Economische Zaken kan niettemin, per sector van het toegelaten maximum afwijken.
[...].”.

Voormelde tweede paragraaf lijkt te betekenen dat de parameters de reële kosten moeten vertegenwoordigen en dat iedere parameter alleen toepasselijk is op dat gedeelte van de prijs dat beantwoordt aan de kosten die het vertegenwoordigt.

Uit voormelde bepalingen lijken de volgende voorwaarden te kunnen worden afgeleid waaraan een prijssherzieningsformule dient te voldoen, indien de aanbestedende overheid besluit om er een op te nemen in het bestek:

1. de prijssherziening mag slechts betrekking hebben op 80 % van de prijs;
2. de prijssherziening mag in geen geval afhangen van de index van de consumptieprijzen of enig ander indexcijfer;
3. de prijssherzieningsformule moet verwijzen naar parameters die reële kosten vertegenwoordigen;
4. elk van de gebruikte parameters kan slechts betrekking hebben op het reële deel van de prijs dat wordt vertegenwoordigd door de parameter in kwestie;
5. bij aanneming van werk moet de prijssherzieningsformule in ieder geval een parameter inzake de arbeidskost (lonen en sociale lasten) bevatten.

Op het eerste gezicht tonen de verzoekende partijen niet aan dat de litigieuze prijssherzieningsformules niet aan voormelde vereisten zouden voldoen.

Net zoals er geen verplichting blijkt te bestaan om prijssherzieningsclausules op te nemen gelet op het principe van de forfaitaire prijs als uitgangspunt in het overheidsopdrachtenrecht, lijkt uit voormelde bepalingen op het eerste gezicht evenmin een verplichting voort te vloeien om alle parameters die de reële kosten vertegenwoordigen in de prijssherzieningsformule op te nemen.

Indien het aandeel van elke opgenomen parameter overeenstemt met het aandeel van deze parameter in de werkelijke kostenstructuur, lijkt deze

formule te voldoen aan de vereisten van artikel 57, § 2, van de voormelde wet van 30 maart 1976.

Wat betreft de beweerde onwettigheid van de prijsherzienings-clausule dient dan ook te worden vastgesteld dat het eerste middel niet ernstig is.

7.2. In het kader van het eerste onderdeel van het enig middel betwisten de verzoekende partijen ook nog de volgende bepaling van het eerste terechtwijzend bericht:

“[...]De aannemer wordt met name in het bijzonder geacht rekening te hebben gehouden met de hiernavolgende omstandigheden bij zijn prijszetting, zijn tijdsplanning en zijn organisatie voor de opdracht. Deze omstandigheden zijn op voorhand gekend en kenbaar en zullen dan ook geen onvoorzienbaar karakter vertonen en ook geen aanleiding geven tot schadeloosstelling, verlenging van de uitvoeringstermijn of andere herziening van de overeenkomst in de zin van artikel 16, § 2 AAV. Deze omstandigheden zijn:[...]”

3. De onvoorzienbare evolutie van de staalprijzen is op zich voorzienbaar en de aannemer kan dit risico indekken. Het valt dan ook onder het aannemersrisico en zal niet als een onvoorziene omstandigheid in de zin van art.16, §2 worden beschouwd.[...]”.

Overeenkomstig artikel 16, § 2, 1°, AAV, heeft de aannemer in beginsel geen recht op enige wijziging van de contractuele voorwaarden wegens onverschillig welke omstandigheden waaraan de aanbestedende overheid vreemd is. De aannemer kan nochtans, hetzij om verlenging van de uitvoeringstermijnen, hetzij, wanneer hij een zeer belangrijk nadeel heeft geleden, om herziening of verbreking van de overeenkomst vragen, door omstandigheden te doen gelden, die hij redelijkerwijze niet kon voorzien bij het indienen van de offerte of de gunning van de opdracht, die hij niet kon ontwijken en waarvan hij de gevolgen niet kon verhelpen alhoewel hij al het nodige daarvoor heeft gedaan.

In punt 2° van voormelde bepaling wordt voorts opgemerkt dat als onder 1° bedoelde omstandigheden dienen te worden beschouwd, de ongunstige weersomstandigheden en de gevolgen hiervan, doch slechts in de mate

waarin ze door de aanbestedende overheid als abnormaal worden erkend, voor de plaats en voor het seizoen.

7.2.1. Op het eerste gezicht lijkt te moeten worden aangenomen dat het loutere feit dat de staalprijzen aan een onvoorzienbare evolutie onderhevig zijn, inderdaad voorzienbaar is. In die interpretatie vormt voormelde bepaling dan ook geen afwijking op artikel 16, § 2, 1°, AAV, aangezien de aannemer slechts toepassing van deze bepaling kan vragen in de mate dat hij kan aantonen dat hij de betrokken omstandigheid redelijkerwijze niet kon voorzien.

7.2.2. Enkel in zoverre voormelde besteksbepaling geïnterpreteerd zou worden in die zin dat ook in geval van “abnormale” prijsstijging van materialen de toepassing van artikel 16, § 2, 1°, in elk geval uitgesloten is, - interpretatie die verwerende partij ter terechtzitting tot de hare verklaart - lijkt er sprake te kunnen zijn van een afwijking van artikel 16, § 2, AAV.

Overeenkomstig artikel 3 van besluit AUV kan er niet van de algemene aannemingsvoorwaarden worden afgeweken dan voor zover de bijzondere eisen van de beschouwde opdracht dit noodzakelijk maken. Bovendien moet volgens dat artikel een afwijking van artikel 16, AAV, uitdrukkelijk worden gemotiveerd in het bestek. Aangezien slechts uitzonderlijk van de AAV mag worden afgeweken lijkt de verantwoording naar de bijzondere eisen van de opdracht en de motivering strikt te moeten worden geïnterpreteerd en lijkt de bewijslast bij de aanbestedende overheid te liggen.

Te dezen blijkt het eerste terechtwijzend bericht dienaangaande de volgende motivering te bevatten:

“De bepaling van artikel 16 werd aangepast om op een duidelijkere wijze tot uitdrukking te brengen wat bij het indienen van de offerte als voorzienbaar kan worden beschouwd en om de aannemer er maximaal toe aan te zetten de gekende en kenbare risico's mee te nemen bij planning, prijszetting en organisatie.

Al te vaak en zeker in crisistijden worden aannemers er toe gebracht om prijzen in te dienen die geen enkele marge overlaten, om vervolgens in het kader van de uitvoering van de opdracht de noodzakelijke marges te

creëren op grond van claims allerhande, doorgaans gesteund op de artikelen 16.1 en 16.2. Het gaat om een verwerpelijke praktijk, die concurrentievervalsing in de hand werkt. Van de aannemers mag worden verwacht dat zij zich inspannen om de gekende en kenbare risico's in kaart te brengen en deze te prijzen, resp. er zich voor in te dekken, veeleer dan deze aan te grijpen met het oog op het bekomen van schadevergoeding/prijsherziening.

Daarbij komt dat NV Deurganckdoksluis geen extra financiering kan aantrekken voor dergelijke prijsverhogende manoeuvres. Het is dus noodzakelijk dat NV Deurganckdoksluis van meetaf aan de prijs kent die aan de aannemer zal moeten worden betaald, met in aanmerkingneming van alle vandaag reeds voor ervaren en gespecialiseerde aannemers-professionelen gekende of kenbare risico's".

In de mate er dus sprake zou zijn van een afwijking van de algemene aannemingsvoorwaarden lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat verwerende partij in het bestek dus wel degelijk daarvoor motieven heeft opgegeven.

Uit de samenlezing van het tweede motief met de rest van de besteksbepalingen lijkt te kunnen worden begrepen dat verwerende partij, precies omdat in de huidige opdracht geen prijssherziening wordt toegepast op het materiaal staal, met voormelde afwijking van artikel 16, § 2, beoogt te vermijden dat aannemers prijzen zouden indienen die geen enkele marge overlaten, om vervolgens in het kader van de uitvoering van de opdracht de noodzakelijke marges te creëren op grond van vorderingen gesteund op artikel 16, § 2, AAV. In het derde motief verwijst zij verder naar het feit dat de NV Deurganckdoksluis geen extra financiering zou kunnen aantrekken lopende de uitvoering van de opdracht.

Op het eerste gezicht lijken het tweede en derde motief, indien feitelijk correct, verband te houden met de bijzondere eisen van de beschouwde opdracht, waarbij althans in het kader van de huidige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en de gegevens waarover de Raad van State op dit ogenblik beschikt, niet uit te sluiten valt dat deze als valabele motieven zouden kunnen worden aangemerkt gelet op het belang van de staalcomponent voor deze opdracht.

In elk geval rijst de vraag of er überhaupt veel marge is voor een beweerde “abnormale” stijging van de staalprijzen nu verzoekende partijen in hun verzoekschrift zelf erkennen dat de staalprijzen “zeer onstabiel” en “bij uitstek volatiel” zijn.

7.3. Voorts tonen verzoekende partijen op het eerste gezicht niet aan dat het vereiste dat de inschrijver een schriftelijke bevestiging aan zijn offerte dient toe te voegen dat indien de werken aan hem gegund worden zijn staalprijzen vast en niet herzienbaar zijn tot 31 december 2015 op zich onwettig is. Zij lijken vooral vraagtekens te plaatsen bij de haalbaarheid ervan. De vraag of er inschrijvers hiertoe bereid zullen worden gevonden, lijkt echter pas te zullen worden beantwoord op de datum van de opening van de inschrijvingen. Ook de vraag of het al dan niet mogelijk is voor potentiële inschrijvers om zich via een leverancier of verzekering tegen de evolutie van de staalprijzen in te dekken, is een vraag die in haar algemeenheid, door een rechter, die de Raad van State is, en zeker in de huidige stand van het geding, niet passend kan worden onderzocht, te meer daar de offertes nog niet zijn ingediend. Bovendien lijkt de aannemer op het eerste gezicht ook rekening te kunnen houden met het risico waaraan hij wordt blootgesteld bij zijn prijszetting. Verwerende partij geeft in haar nota te kennen dat zij bereid is die bijkomende kostprijs te betalen.

7.4. Voorts blijken voormelde besteksbepalingen inzake de prijsherzieningsformule en betreffende artikel 16, § 2, AAV, op gelijke wijze te gelden voor alle potentiële inschrijvers zodat op het eerste gezicht en in de huidige stand van het geding - waarin nog geen offertes blijken te zijn ingediend - niet wordt aangetoond dat er sprake zou zijn van een schending van het gelijkheidsbeginsel of van onvergeliijkbare offertes.

7.5. Nu niet aangetoond is dat voormelde besteksbepalingen uit het eerste terechtwijzend bericht onwettig zouden zijn, lijkt evenmin aangenomen te moeten worden dat de bepaling in het tweede terechtwijzend bericht, die voorschrijft dat de inschrijver door de indiening van zijn offerte onvoorwaardelijk akkoord gaat met de inhoud van het bestek en de daaropvolgende berichten en dus ook voormelde litigieuze bepalingen, onwettig zou zijn. Aldus lijkt evenmin

aangetoond dat de artikelen 6 en 1134 van het Burgerlijk Wetboek zijn geschonden.

7.6. Het eerste onderdeel van het enig middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

8. Het tweede onderdeel van het enig middel heeft betrekking op artikel 5, § 1 “borgtocht” en artikel 15, § 1 “betaling van werken” van het bestek.

Verzoekende partijen wijzen erop dat via het eerste terechtwijzend bericht een geheel nieuwe afwijking is ingevoerd op artikel 5, § 1, AAV, waarbij aan de aannemer wordt opgelegd om, door middel van een bankgarantie op eerste verzoek, een omvangrijke bijkomende zekerheid te stellen voor de toepassing van het dienstorder LIN 2003/16 en de daarin voorziene te betalen voorschotten voor de materialen nog aanwezig in de werkplaats. Ook artikel 15, § 1, AAV, wordt aangevuld en gewijzigd in die zin dat zonder het stellen van die bijkomende borg de overeenstemmende bedragen niet worden betaald. In het tweede terechtwijzend bericht wordt deze afwijking zonder meer gehandhaafd, zonder dat echter valabele bijkomende argumenten daartoe worden aangevoerd.

De regeling komt er volgens verzoekende partijen op neer dat op piekmomenten tot 80 % van de waarde van dat onderdeel van het contract (metaalconstructies) zal moeten worden gewaarborgd, dit om de in het dienstorder LIN 2003/16 voorgeschreven betalingen te kunnen ontvangen.

Aldus schendt deze van artikel 5, AAV, afwijkende besteksbevestiging artikel 3, besluit AUV, bij gebreke aan bijzondere eisen eigen aan de opdracht die de afwijking noodzakelijk maken, en is ze dus onwettig.

Bovendien is volgens verzoekende partijen de materiële motiveringsplicht geschonden aangezien de motivering ook feitelijk onjuist zou zijn gelet op het feit dat de algemene borgtocht van 5 % dit risico, indien het al zou bestaan, ruimschoots zou dekken. Bovendien wordt de financiële draagkracht

immers ook al onderzocht in het kader van de kwalitatieve selectie. Daarnaast zijn de partners van de tijdelijke handelsvennootschap solidair en hoofdelijk aansprakelijk zodat verwerende partij terzake alle zekerheid zou behouden.

Wat de aanvulling van artikel 15, § 1, AAV, betreft, geldt volgens verzoekende partijen bovendien het bepaalde in artikel 3, § 1, laatste lid, besluit AUV, dat de betalingstermijnen in geen geval kunnen worden verlengd, dus ook niet met een motivering op grond van bijzondere eisen eigen aan de opdracht. Bovendien betreffen de aangebrachte motieven hoe dan ook geen bijzondere eisen eigen aan de opdracht en zijn deze volgens verzoekende partijen ook feitelijk inhoudelijk onjuist.

Beoordeling van het tweede onderdeel

9. Artikel 5,§1, eerste lid, AAV, voorziet in een borgstelling van 5 % van de oorspronkelijke aannemingssom, die dient als onderpand voor het nakomen van de verplichtingen van de aannemer tot de opdracht volledig is uitgevoerd.

Met het eerste terechtwijzend bericht (blz. 59-60) voorziet het Havenbedrijf in een bijkomende borgstelling door middel van een bankgarantie op eerste verzoek voor een deel van de opdracht, met name in geval van toepassing van lid 8 van het dienstorder LIN 2003/16 (metaalconstructies):

“Een bijkomende borgstelling door middel van bankgarantie op eerste verzoek wordt opgelegd aan de aannemer, ingeval van toepassing van (lid 8 van) het dienstorder LIN 2003/16 (metaalconstructies):

Samen met elke factuur mbt. de goedgekeurde vorderingsstaat dient de aannemer het bewijs te leveren dat een bijkomende borg (boven de 5% van de aannemingssom die bij aanvang wordt gestort) werd gesteld dmv. een bankgarantie op eerste verzoek, die overeenkomt met het bedrag dat is opgenomen in de vorderingsstaat voor het aandeel van de posten mbt staalconstructie (nog aanwezig in de werkplaats) overeenkomstig het eerste geval vermeld in lid 8 van het dienstorder LIN 2003/16, te weten:

‘a. Uitvoering van de metaalconstructie in de werkplaats

Inzake de betaling van de stalen gedeelten in de constructiewerkplaats, met name van gewalst staal, van smeedstaal en van vormgietstaal, gelden de volgende regels:

1e geval - De kosten voor de proefmontage in de werkplaats maken het voorwerp uit van afzonderlijke posten in de opmetingsstaat

1 De massa, in kg, van de in de werkplaats aangevoerde en gekeurde materialen wordt in rekening gebracht volgens eenheidsprijzen, gelijk aan 4/10 van de eenheidsprijzen die de aannemer opgegeven heeft in de bij zijn offerte behorende samenvattende opmetingsstaat; deze hoeveelheden mogen niet groter zijn dan die welke in de opmetingsstaten of ramingsstaten en de goedgekeurde verrekeningen zijn bepaald.

2 De massa, in kg, van de afgewerkte stukken, d.w.z. op maat gesneden, geplooid of gebogen, wordt na uitvoering en na goedkeuring door de aanbestedende overheid van al de in de werkplaats te verrichten las-, bouten klinknagelverbindingen, voor betaling in mindering in rekening gebracht naar verhouding van een bijkomend 3/10 van de eenheidsprijzen die de aannemer opgegeven heeft in de bij zijn offerte behorende samenvattende opmetingsstaat; deze hoeveelheden mogen niet groter zijn dan die welke in de opmetingsstaten of ramingsstaten en de goedgekeurde verrekeningen zijn bepaald.

3 Na het aanbrengen van de eerste laag van de bescherming tegen corrosie en na goedkeuring door de aanbestedende overheid, wordt de massa, in kg, van de betrokken stukken voor betaling in mindering in rekening gebracht naar verhouding van een bijkomend 1/10 van de eenheidsprijzen die de aannemer opgegeven heeft in de bij zijn offerte behorende samenvattende opmetingsstaat.

4 Het saldo wordt in rekening gebracht na aanvoering, aflading en opslag op de bouwplaats.'

Voormelde aanvullende borgstellingen worden terug vrijgegeven op verzoek van de aannemer vanaf het ogenblik dat de materialen waarvoor borgstelling is gebeurd, op de werf worden geleverd conform het bestek.

De bijkomende waarborg wordt gesteld door een bankwaarborg op eerste verzoek, overeenkomstig bijgevoegd model”.

Het Havenbedrijf voorziet met andere woorden in een bijkomende borgstelling, naast de borgtocht van voormeld artikel 5, AAV, voor de betaling van staalconstructies die zich nog in de werkplaats bevinden, en dit tot op het ogenblik dat zij op de werf worden geleverd.

In tegenstelling tot de borgtocht van artikel 5, AAV, geldt deze borgstelling niet voor de gehele duur van de opdracht, doch blijkt deze beperkt te zijn in de tijd, met name tot aan de levering op de werf.

Aldus lijkt de kwestieuze bestekbepaling geen afwijking in te houden van artikel 5, AAV, maar wel slechts uitvoering te geven aan artikel 5, § 1, laatste lid, besluit AUV, dat bepaalt dat in geval van betaling van voorschotten, het bestek de waarborg dient te vermelden die de aannemer moet verstrekken. Op het eerste gezicht lijkt het immers niet te gaan om een borgtocht als onderpand voor het nakomen van de verplichtingen van de aannemer tot de opdracht volledig is uitgevoerd, doch wel om een tijdelijke waarborg die de aannemer dient te verstrekken in geval van betaling van voorschotten.

Voorts valt op het eerste gezicht niet in te zien waarom het feit dat de financiële draagkracht van elk van de kandidaat inschrijvers ook al wordt onderzocht in het kader van de kwalitatieve selectie, de litigieuze besteksbepaling inzake de zogenaamde bijkomende borgstelling onwettig zou maken.

Artikel 15, § 1, AAV, regelt de betaling van de werken. Deze bepaling luidt als volgt:

“§ 1 Betaling van de werken

1° Zowel voor de betalingen in mindering als voor de betaling van het saldo of van de enige betaling van de aannemingssom, is de aannemer verplicht een gedagtekende en ondertekende schuldvordering over te leggen die steunt op een gedetailleerde staat van de werken, welke zijns inziens, de gevraagde betalingen rechtvaardigen.

Deze gedetailleerde staat kan omvatten:

- a) de hoeveelheden uitgevoerd boven de vermoedelijke hoeveelheden die voorkomen in de posten van de prijslijst;
- b) de bijwerken uitgevoerd op schriftelijk bevel van de leidend ambtenaar;
- c) de werken uitgevoerd tegen de door de aannemer voorgestelde en door de aanbestedende overheid nog niet aanvaarde eenheidsprijzen.

2° De aanbestedende overheid ziet de ingediende staat van werken na en brengt er eventueel verbeteringen in aan; wanneer er niet tussen de partijen overeengekomen eenheidsprijzen in voorkomen, stelt ze deze prijzen ambtshalve vast met behoud van alle rechten van de aannemer.

Na ontvangst van elke verklaring van schuldvordering maakt ze onverwijld een proces-verbaal op met vermelding van het bedrag dat ze werkelijk verschuldigd acht te zijn en geeft de aannemer schriftelijk kennis van de staat van de werken die aldus voor betaling zijn aanvaard. Terzelfdertijd verzoekt de aanbestedende overheid de aannemer, binnen de vijf kalenderdagen, een faktuur in te dienen voor hetzelfde bedrag.

Enkel in de gevallen van betaling van het saldo van de opdracht of van enige betaling beschikt de aanbestedende overheid over een termijn van dertig kalenderdagen om deze verrichtingen uit te voeren. Deze termijn vangt aan op de dag dat de aanbestedende overheid de verklaring van schuldvordering bedoeld in 1° ontvangt.

3° De betaling van de aan de aannemer verschuldigde sommen, geschiedt binnen de zestig kalenderdagen vanaf de dag waarop de aanbestedende overheid de verklaring van schuldvordering heeft ontvangen.

De termijn van zestig kalenderdagen, bedoeld in het eerste lid, wordt verlengd naar rato van de overschrijding van de termijn van vijf kalenderdagen die krachtens 2° aan de aannemer wordt verleend om zijn faktuur in te dienen.

Enkel in de gevallen van betaling van het saldo van de opdracht of van enige betaling vangt de termijn van zestig kalenderdagen, bedoeld in het eerste lid, aan de dag na het verstrijken van de termijn van dertig kalenderdagen waarover de aanbestedende overheid beschikt om de verrichtingen vermeld in 2° uit te voeren en wordt hij ingekort naar rato van de overschrijding van deze termijn van dertig kalenderdagen”.

Artikel 3, § 1, besluit AUV, somt voormeld artikel 15, AAV, op als één van de bepalingen van de algemene aannemingsvoorwaarden waarvan slechts kan worden afgeweken met uitdrukkelijke motivering in het bestek. Overeenkomstig artikel 3, § 1, derde lid, besluit AUV, kunnen de termijnen waarbinnen volgens artikel 15, AAV, de betalingen worden geregeld, echter in geen geval door het bestek worden verlengd. Elke tegengestelde bepaling in het bestek wordt voor niet geschreven gehouden.

Te dezen heeft het Havenbedrijf in het eerste terechtwijzend bericht aan het bestek de volgende aanvulling toegevoegd inzake artikel 15, § 1, 3°, AAV:

“De termijn van 60 kalenderdagen wordt verlengd naar rato van de overschrijding van de termijn van 5 dagen die in het 2° aan de aannemer wordt verleend om zijn factuur in te dienen met dien verstande dat de indiening van de factuur gepaard moet gaan met -indien van toepassing- de bankgarantie op eerste verzoek voor het bedrag dat is opgenomen in de vorderingsstaat voor het aandeel van de posten mbt staalconstructie (nog aanwezig in de werkplaats) overeenkomstig het eerste geval vermeld in lid 8 van het dienstorder LIN 2003/16 (zie de aanvulling van art 5§1 AAV mbt de Borgtocht in huidig bestek).” [Enkel het onderstreepte gedeelte vormt de aanvulling].

Deze aanvulling wordt door het Havenbedrijf als volgt gemotiveerd in het eerste terechtwijzend bericht (blz. 76):

“Samen met elke factuur mbt de goedgekeurde vorderingsstaat dient de aannemer het bewijs te leveren dat een bijkomende borg (boven de 5% van de aannemingssom die bij aanvang wordt gestort) werd gesteld dmv een bankgarantie op eerste verzoek die overeenkomt met het bedrag dat is opgenomen in de vorderingsstaat voor het aandeel van de posten mbt staalconstructie (nog aanwezig in de werkplaats) overeenkomstig het eerste geval vermeld in lid 8 van het dienstorder LIN 2003/16.

Deze afwijking staat in verband met de verhoogde borgstelling dmv bankgarantie die overeenkomstig art 5 van AAV aan de aannemer wordt opgelegd, ter bescherming tegen de insolventie van de aannemer in geval voorschotten worden betaald bij toepassing van het dienstorder LIN 2003/16, waarbij een bijkomende borg wordt opgelegd die het risico op verlies van het eigendomsrecht van reeds door het bestuur betaalde materialen moet indekken. Om deze waarborg effectief te garanderen, wordt de betalingstermijn van de factuur geschorst totdat de bankgarantie mee is afgeleverd. Deze afwijking betreft enkel het voorschotgedeelte van het factuur overeenkomstig het dienstorder LIN 2003/16.”

In het tweede terechtwijzend bericht wordt hierover nog opgemerkt dat er geen sprake is van een verlenging van de betalingstermijnen voor zover de voorziene garanties tijdig worden gesteld.

De door verzoekende partijen aangehaalde artikelen 3 en 15, AAV, moeten op het eerste gezicht ook worden samengelezen met artikel 5, § 2, besluit AUV, dat luidt :

“De voorschotten worden gerecupereerd door afhoudingen op de betalingen in mindering overeenkomstig de modaliteiten van het bestek. De betaling van voorschotten kan worden geschorst en ze kunnen worden gerecupereerd op de betalingen in mindering indien vastgesteld wordt dat de begunstigde zijn contractuele verplichtingen niet nakomt of de bepalingen van artikel 12 van de wet overtreedt.”

Op het eerste gezicht lijkt de geïmplementeerde besteks bepaling veeleer een toepassing te zijn van voormelde aangehaalde bepaling en meer bepaald een sanctie in te houden ingeval de aannemer zijn contractuele verplichting inzake het stellen van de bankgarantie op eerste verzoek niet nakomt.

Indien zou worden aangenomen dat die besteks bepaling een afwijking inhoudt van artikel 15, AAV, lijkt de besteks bepaling strikt genomen geen verlenging van de betalingstermijn zelf in te houden. Deze blijft immers behouden op 60 kalenderdagen verlengd naar rato van de overschrijding van de termijnen van 5 dagen die aan de aannemer wordt verleend om zijn factuur in te dienen. Er wordt daarentegen wel een modaliteit toegevoegd aan de wijze van indiening van de factuur, ingeval deze posten betreffende de staalconstructie nog aanwezig in de werkplaats omvat. Er lijkt dan ook geen schending aangetoond van artikel 3, § 1, laatste lid, besluit AUV, te meer daar zoals gezegd artikel 5, § 2, van het koninklijk besluit van 26 september 1996 expliciet erin voorziet dat de betaling van voorschotten kan worden geschorst.

Indien zou worden aangenomen dat de litigieuze besteks bepaling een afwijking vormt van artikel 15, AAV, dient op het eerste gezicht ook te worden vastgesteld dat de aanbestedende overheid de grenzen van de redelijkheid niet lijkt te buiten te gaan door op grond van voormelde motivering te laten gelden dat de bijzondere eisen van de beschouwde opdracht voormelde afwijking van artikel 15, AAV, noodzakelijk maken. Voorwaarde hiertoe lijkt wel te zijn dat deze afwijking enkel het voorschotgedeelte van de factuur overeenkomstig het dienstorder LIN

2003/16 betreft, zoals verwerende partij uitdrukkelijk zelf bevestigt in de motivering van voormelde besteksbepaling in het eerste terechtwijzend bericht.

Overigens lijkt voormelde besteksbepaling slechts toepassing te zullen vinden in geval van niet nakoming door de aannemer van de in het bestek voorgeschreven verplichtingen.

Nu op het eerste gezicht niet aangetoond is dat voormelde besteksbepalingen inzake de bijkomende borgstelling en de betalingstermijnen onwettig zouden zijn, lijkt evenmin te kunnen worden aangenomen dat de bepaling in het tweede terechtwijzend bericht, die voorschrijft dat de inschrijver door de indiening van zijn offerte onvoorwaardelijk akkoord gaat met de inhoud van het bestek en de daaropvolgende berichten en dus ook voormelde litigieuze bepalingen, onwettig zou zijn. Aldus lijkt evenmin te kunnen worden aangenomen dat de artikelen 6 en 1134 van het Burgerlijk Wetboek zouden zijn geschonden.

Ook het tweede onderdeel van het enig middel is niet ernstig.

VI. Besluit

10. Nu beide onderdelen van het eerste en enige middel niet ernstig werden bevonden dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 875 euro, elk voor een vijfde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 januari 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