

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.018 van 3 maart 2016
in de zaak A. 217.752/XII-7972**

In zake: de NV MIDDELKERKE CASINO CURSAAL (MICAS)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gerard Soete
kantoor houdend te 8400 Oostende
Kerkstraat 8/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE MIDDELKERKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 december 2015, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de gemeenteraad van de gemeente Middelkerke van 6 juli 2015 houdende goedkeuring van de “gunningsleidraad ‘project Casino Middelkerke’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 februari 2016.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gerard Soete, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Barteld Schutyser, 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. Rechtspleging

3.1. Met een faxbericht van 18 januari 2016 en een ter post aangetekende brief van 19 januari 2016 heeft de verzoekende partij aan de Raad van State een “memorie van antwoord betreffende de nota met opmerkingen vanwege de gemeente Middelkerke op het verzoekschrift tot schorsing en nietigheid van het besluit van de gemeenteraad van de gemeente Middelkerke van 06 juli 2015” ingediend.

3.2. Het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’ voorziet niet in de mogelijkheid tot het indienen van een dergelijke memorie. Het stuk wordt bijgevolg uit het debat geweerd.

IV. Feiten

4.1. De verzoekende partij heeft met de gemeente Middelkerke een concessieovereenkomst gesloten voor de exploitatie van het Casino-Kursaal, die afloopt op 31 december 2016.

4.2. Op 16 december 2014 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke om in het kader van het project “Casino Middelkerke” te opteren voor een geïntegreerde marktbevraging, waarbij de marktbevraging voor het ontwerp, de bouw, de financiering en de uitbating van een nieuw casinogebouw, inclusief bijhorende functies, en de marktbevraging voor de nieuwe concessieovereenkomst voor de uitbating van de tijdelijke en toekomstige nieuwe speelzaal samen zullen worden verricht.

Vervolgens schrijft de gemeente Middelkerke een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit, met als benaming “Project Casino Middelkerke”.

4.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 januari 2015 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 24 januari 2015. Er volgt nog een verbeteringsbericht inzake de vereiste referenties dat wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 maart 2015 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 19 maart 2015.

Het voorwerp van de opdracht wordt in de aankondiging omschreven als volgt:

“Het Casinogebouw op de dijk van Middelkerke is één van de twee permanente constructies aan de zee kant van de zeedijk aan de Belgische kust. De gemeente Middelkerke heeft voor de uitbating van het Casino een concessieovereenkomst gesloten die op 31 december 2016 afloopt. Het bestaande Casinogebouw is weliswaar charmant, maar bouwtechnisch tegelijk verouderd en dringend aan vernieuwing toe. Bovendien heeft de gemeente Middelkerke behoefte aan een toeristische en architecturale landmark die de identiteit van de Gemeente als unieke kust- en

vrijtijdslocatie versterkt. Daarom heeft het gemeentebestuur niet gekozen voor een renovatie van het Oude Casinogebouw, maar voor afbraak van het gebouw en de bouw van een Nieuw Casinogebouw. Het Nieuwe Casinogebouw moet gebouwd worden op de plaats waar vandaag het Oude Casinogebouw van Middelkerke is gelegen, dit is op de zeedijk te Middelkerke. De afbraak van het Oude Casinogebouw en de bouw van een Nieuw Casinogebouw mag evenwel geen afbreuk doen aan de continuïteit van de uitbating van de Speelzaal. Het is, integendeel, van uiterst groot belang dat de continuïteit van de uitbating van de Speelzaal gedurende de gehele looptijd van het Project gewaarborgd blijft, dus rekening houdende met het aflopen van de huidige concessieovereenkomst met de gemeente Middelkerke op 31 december 2016, de vereiste termijn voor de afbraak van het Oude Casinogebouw en duur van de bouw van een Nieuw Casinogebouw. Met het oog op die continuïteit in de uitbating van de Speelzaal zal door de gemeente Middelkerke aan de Speelzaaluitbater een Tijdelijke Speelzaal ter beschikking worden gesteld. De Speelzaaluitbater zal evenwel zelf een Tijdelijke Speelzaal op het grondgebied van Middelkerke mogen aanbieden (of zal een combinatie van die twee mogelijkheden aangeboden worden). Na de realisatie van het Nieuwe Casinogebouw, zal de Nieuwe Speelzaal in het Nieuwe Casinogebouw worden onder gebracht.

De gemeente Middelkerke heeft ervoor gekozen om zowel de concessie voor de uitbating van een kansspelinrichting klasse I, als de opdracht voor het ontwerp, de ontwikkeling en de uitbating/vermarkting van een nieuw casinogebouw in één geïntegreerd Project te gunnen. Gelet echter op de onzekerheden die aan de uitwerking van het definitieve ontwerp van het Nieuwe Casinogebouw en het bekomen van definitieve en uitvoerbare Projectvergunningen verbonden zijn, heeft de gemeente het Project in een Vaste en Voorwaardelijke Tranche onderverdeeld.

De Vaste Tranche van het Project bestaat uit (i) de inrichting en tijdelijke exploitatie van een kansspelinrichting klasse I, dit is de Tijdelijke Speelzaal, gedurende de ontwerp- en bouwphase van het nieuwe Casinogebouw door de Speelzaaluitbater en (ii) het uitwerken van het ontwerp voor het Nieuwe Casinogebouw op basis waarvan de Opdrachtnemer gekozen is, het bekomen van financiering en het aanvragen van de Projectvergunningen.

De Voorwaardelijke Tranche heeft betrekking op (i) de bouw, de financiering en de uitbating van het nieuwe Casinogebouw, exclusief de Nieuwe Speelzaal door de Opdrachtnemer en (ii) de inrichting en exploitatie van een kansspelinrichting klasse I in het Nieuwe Casinogebouw, dit is de Nieuwe Speelzaal, door de Speelzaaluitbater.”

Inzake de vereiste rechtsvorm van de combinatie van ondernemers waaraan de opdracht wordt gegund, bepaalt de aankondiging voorts:

“De Kandidaat kan zijn rechtsvorm vrij bepalen. Weliswaar zal er rekening mee te houden zijn dat de Concessieovereenkomst uitsluitend met de Speelzaaluitbater zal worden gesloten en de PPS-Overeenkomst met de Opdrachtnemer.

De Kandidaat kan een rechtspersoon of een combinatie van meerdere rechtspersonen zijn (bijvoorbeeld onder de vorm van een tijdelijke handelsvennootschap naar Belgisch recht).

Gelet op het voorwerp van het Project dient de Kandidaat minstens te beschikken over een team of een samenwerkingsverband bestaande uit een Ontwerper, een Aannemer, een Ontwikkelaar en een Speelzaaluitbater.

De Kandidaat verduidelijkt de aard van de verhoudingen tussen die partijen (deelgenoot in de combinatie of Genomineerde Onderaannemer).

De Ontwerper(s) kunnen in onderaanneming werken van een rechtspersoon die geen aannemer is, of van een projectvennootschap. De Ontwerper kan, daarentegen, niet rechtstreeks in onderaanneming werken van één of meerdere aannemers die deel van de Kandidaat uitmaken.

De Kandidaten verduidelijken, in het licht van hetgeen voorafgaat, hoe zij de relatie met de Ontwerper zullen vormgeven en op welke wijze zij de onafhankelijkheid van de ontwerper ten opzichte van de aannemer(s) zullen garanderen (artikel 6 van de Wet van 20 februari 1939 op de bescherming van de titel en van het beroep van architect).”

De opdracht wordt gegund bij wege van onderhandelings-procedure met bekendmaking.

In de aankondiging wordt er tevens op gewezen dat nadere inlichtingen met betrekking tot de opdracht en de procedure opgenomen zijn in de selectieleidraad die via e-mailbericht kan worden opgevraagd bij de in de aankondiging vermelde contactpersonen.

4.4. In de selectieleidraad, goedgekeurd door de gemeenteraad op 15 januari 2015, wordt verduidelijkt dat het project onder meer het sluiten beoogt van de volgende overeenkomsten:

“- Een Concessieovereenkomst met de Speelzaaluitbater met een duurtijd van in beginsel 15 jaar voor de uitbating van de Tijdelijke en Nieuwe Speelzaal, onverminderd de mogelijkheid voor de gemeente om de

voorwaardelijke tranche niet te laten uitvoeren (cf. infra). Het is de intentie van de gemeente om de duur van die Concessieovereenkomst verlengbaar te maken met twee maal een duurtijd van in beginsel telkens 15 jaar, onder voorwaarde van het behouden van een nieuwe vergunning klasse A zoals bedoeld in de Wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de weddenschappen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers, met dien verstande dat het verstrijken van de concessie uiterlijk samenvalt met het verstrijken van de duurtijd van de PPS-overeenkomst;

- Een PPS-overeenkomst met betrekking tot het ontwerp, de bouw, de financiering en de uitbating (met uitzondering van de Nieuwe Speelzaal) van een nieuw multi-functioneel Casinogebouw. Deze PPS-overeenkomst [...] zal een duurtijd van in beginsel minstens 27 jaar hebben en de globale juridische verhouding met betrekking tot het nieuwe Casinogebouw tussen de Gemeente en de Opdrachtnemer regelen.”

Ook het voorwerp van de opdracht wordt nader omschreven in de selectieleidraad.

Zo wordt erop gewezen dat het nieuwe casinogebouw multifunctioneel zal moeten zijn en, in beginsel, indicatief, volgende oppervlaktes en ruimtes moet omvatten:

- “• ca. 1200 m² netto bruikbare vloeroppervlakte voor de Nieuwe Speelzaal, met bijbehorende ruimte voor de croupiers, en inclusief een restaurant;
- ca. 2000 m² netto bruikbare vloeroppervlakte voor een Multifunctionele zaal, met een capaciteit van 1000 personen zittend of 2000 personen staand;
- ca. 2000 m² netto bruikbare vloeroppervlakte voor een hotel (voor een capaciteit van 60 kamers van 22 m²);
- ca. 400 m² bruikbare vloeroppervlakte voor een dancing met een capaciteit van 400 personen;
- ca. 900 m² bruikbare vloeroppervlakte voor restaurant(s), bistro('s), een lounge, een infopunt, een strandbar, etc;
- ca. 350 parkeerplaatsen voor voertuigen verdeeld over twee niveaus (ca 4500 m² X 2), met dien verstande dat in de gunningsleidraad bepaald zal worden welke partij die parking zal uitbaten (de gemeente of de Opdrachtnemer).”

Voorts wordt in de selectieleidraad ook opgemerkt dat de gemeente Middelkerke ervoor heeft gekozen zowel de concessie als de PPS-overeenkomst in één geïntegreerd project te gunnen en dat, gelet op de onzekerheden die aan de uitwerking van het definitieve ontwerp van het nieuwe casinogebouw en het bekomen van definitieve en uitvoerbare projectvergunningen zijn verbonden, de gemeente het project in een “Vaste Tranche” en “Voorwaardelijke Tranche” heeft onderverdeeld.

De “Vaste Tranche” en de “Voorwaardelijke Tranche” worden in de selectieleidraad als volgt omschreven:

“2.2 Vaste Tranche

De Vaste Tranche van het Project bestaat uit (i) de inrichting en tijdelijke exploitatie van een kansspelinrichting klasse I, dit is de Tijdelijke Speelzaal, gedurende de ontwerp- en bouwfase van het nieuwe Casinogebouw door de Speelzaaluitbater en (ii) het uitwerken van het ontwerp voor het Nieuwe Casinogebouw op basis waarvan de Opdrachtnemer gekozen is, het bekomen van financiering en het aanvragen van de Projectvergunningen. De concrete inhoud en draagwijdte van de verplichtingen die deel uitmaken van de vaste tranche zullen in de Gunningsleidraad en in de PPS-Overeenkomst bepaald worden.

De op de Uitbating betrekking hebbende Concessieovereenkomst met de Gemeente zal in overeenstemming met de geldende Kansspelreglementering worden gesloten. Meer bepaald is te verwijzen naar:

- De Wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de weddenschappen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers;
- Het Koninklijk Besluit van 26 juni 2002 betreffende de concessie-overeenkomsten afgesloten tussen de gemeenten en de kandidaat-exploitanten van een kansspelinrichting klasse I.

De Concessieovereenkomst zal worden gesloten onder de voorwaarde dat aan de concessiehouder een vergunning klasse A (te weten de vergunning vereist voor de exploitatie van kansspelinrichtingen klasse I of zgn. casino's) wordt verleend (overeenkomstig de artikelen 28 te.m. 33 van de Wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de weddenschappen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers).

De Speelzaaluitbater zal verplicht worden de nodige aanpassingen aan het door de Gemeente ter beschikking gestelde of door de Speelzaaluitbater zelf voorgesteld gebouw te doen teneinde de kansspelinrichting in

overeenstemming met de Kansspelreglementering in te richten en uit te baten.

Overeenkomstig artikel 10 van het KB van 26 juni 2002, zal de Speelzaaluitbater er, daarnaast, toe verplicht worden het personeel tewerkgesteld door de vorige casino-uitbater aan te werven, met behoud van de verworven rechten.

2.3 Voorwaardelijke Tranche

De Voorwaardelijke Tranche heeft betrekking op (i) de bouw, de financiering en de uitbating van het nieuwe Casinogebouw, exclusief de Nieuwe Speelzaal door de Opdrachtnemer en (ii) de inrichting en exploitatie van een kansspelinrichting klasse I in het Nieuwe Casinogebouw, dit is de Nieuwe Speelzaal, door de Speelzaaluitbater. De voorwaardelijke tranche omvat dus, en onlosmakelijk met het voorgaande verbonden, de verdere exploitatie van de Nieuwe Speelzaal, die, na de oplevering ervan, in het nieuwe Casinogebouw zal worden ondergebracht.

De Voorwaardelijke Tranche zal slechts gegund worden indien aan een aantal objectieve voorwaarden voldaan is. Die voorwaarden zullen in de Gunningsleidraad bepaald worden maar zullen minstens betrekking hebben op 1) het uitwerken van het ontwerp op basis waarvan de Opdrachtnemer gekozen is 2) het indienen en bekomen van de Projectvergunningen, 3) het bekomen van financiering en 4) de goedkeuring van een uitvoeringsdossier door de gemeente.

Van de Opdrachtnemer wordt verwacht dat hij instaat voor een volledig autonome ontwikkeling van het Nieuwe Casinogebouw, waarbij hij zelf het risico draagt van de financiering ervan en de economische haalbaarheid van de exploitatie van het Nieuwe Casinogebouw (excl. de Uitbating van de Nieuwe Speelzaal).”

Inzake de voorwaarden die aan de kandidaat worden gesteld, bevat de selectieleidraad tevens de volgende bepaling:

“2.4. De Kandidaat, de Opdrachtnemer en de Speelzaaluitbater

De Kandidaat bestaat uit de kandidaat-Opdrachtnemer en de kandidaat-Speelzaaluitbater.

De kandidaat-Opdrachtnemer zal, al dan niet als Genomineerde Onderaannemer, minstens bestaan uit een Ontwikkelaar, Ontwerper en een Aannemer. Desgevallend kan de Speelzaaluitbater ook deel uitmaken van de Opdrachtnemer.

De Ontwikkelaar staat in voor de coördinatie van de ontwikkeling van het Nieuwe Casinogebouw, het bekomen van de nodige financiering voor het Project en het vermarkten van het Nieuwe Casinogebouw voor de toekomstige exploitatie van het hotel, het restaurant,... met uitzondering van de Nieuwe Speelzaal.

De Ontwerper staat in voor het ontwerp van het Nieuw Casinogebouw, de aanvraag van de Projectvergunningen en de algemene controle op de uitvoering van de werken.

De Aannemer staat in voor de bouw van het Nieuwe Casinogebouw overeenkomstig het ontwerp en het uitvoeringsdossier.

De Speelzaaluitbater staat tijdens de vaste tranche in voor de inrichting en de uitbating van de Tijdelijke Speelzaal en tijdens de voorwaardelijke tranche voor de inrichting en de uitbating van de Nieuwe Speelzaal in het Nieuwe Casinogebouw (die het voorwerp uitmaakt van een afzonderlijke concessie).

De Kandidaat wordt erop gewezen dat niet verwacht wordt dat in de Selectiefase reeds een parkinguitbater- of beheerder in de samenstelling van de Kandidaat wordt opgenomen. Indien vereist zal dit in de Gunningsfase verduidelijkt worden.”

Daarnaast wordt onder punt 4.1.1. van de selectieleidraad tevens voormelde bepaling uit de aankondiging inzake de vereiste rechtsvorm van de kandidaten hernomen.

Wat de toepasselijke wetgeving betreft, stelt de selectieleidraad voorts dat het gehele project onderworpen is aan de “Reglementering Overheidsopdrachten”.

Tevens wordt bepaald dat door een aanvraag tot deelneming in te dienen de kandidaat onvoorwaardelijk de inhoud van de selectieleidraad en het verloop van de daarin beschreven procedure aanvaardt.

4.5. Drie kandidaten dienen tijdig een aanvraag tot deelneming in.

De verzoekende partij vraagt bij e-mailbericht van 22 januari 2015 de selectieleidraad op bij de verwerende partij, doch dient geen aanvraag tot deelneming in.

4.6. In het selectieverslag wordt voorgesteld om alle kandidaten voor verdere deelname aan de onderhandelingsprocedure te selecteren. Op 15 juli 2015 hecht het college van burgemeester en schepenen zijn goedkeuring aan het selectieverslag, waarna de kandidaten van hun selectie op de hoogte worden gesteld.

4.7. Op 6 juli 2015 keurt de gemeenteraad van Middelkerke de gunningsleidraad “project Casino Middelkerke” goed. Dit is de bestreden beslissing. De verzoekende partij nam naar eigen zeggen kennis van deze beslissing op 9 juli 2015 ingevolge de publicatie ervan op de website van de gemeente.

In de gunningsleidraad wordt het voorwerp van de opdracht nog nader omschreven.

Daarnaast worden onder meer ook de kenmerken van de projectovereenkomsten nader gepreciseerd als volgt:

“ (i) DBFMO-overeenkomst:

- Contractpartij: Opdrachtnemer
- Voorwerp: Het ontwerp, de bouw, de financiering en de uitbating (met uitzondering van de uitbating van de Nieuwe Speelzaal) van het Nieuwe Casinogebouw.
- Duur: duur van de Vaste Tranche + na inwerkingtreding van de Voorwaardelijke Tranche: 45 jaar.

(ii) Concessieovereenkomst Tijdelijke en Nieuwe Speelzaal:

- Contractpartij: Speelzaaluitbater
- Voorwerp: Uitbating van de Tijdelijke Speelzaal en de Nieuwe Speelzaal, in overeenstemming met de Kansspelreglementering

- Duur: 15 jaar, automatisch verlengbaar voor een periode van tweemaal 15 jaar en één maal met een duur die samenvalt met de resterende duur van de DBFMO-overeenkomst, onder voorwaarde van het behoud van de vergunning klasse A zoals bedoeld in de Wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de weddenschappen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers en met dien verstande dat de concessieovereenkomst van rechtswege beëindigd wordt wanneer de duurtijd van de DBFMO-overeenkomst verstrijkt.”

De gunningsleidraad bepaalt ook dat indien het nieuwe casino-gebouw niet wordt opgericht omdat niet aan de voorwaarden voor de “Voorwaardelijke Tranche” werd voldaan, de uitbating van de tijdelijke speelzaal noodgedwongen verlengd zal worden tot de aanbestedende overheid een nieuwe permanente locatie voor de uitbating van de speelzaal heeft gevonden.

Voorts worden in de gunningsleidraad ook voorwaarden gesteld aan de inschrijver die dient te bestaan uit een kandidaat-opdrachtnemer en een kandidaat-speelzaaluitbater.

4.8. De gunningsleidraad wordt bezorgd aan de drie geselecteerde kandidaten.

Daarnaast wordt de gunningsleidraad, op haar uitdrukkelijk verzoek, op 22 juli 2015 ook bezorgd aan de verzoekende partij op grond van de openbaarheid van bestuur.

4.9. Vervolgens dient de verzoekende partij gelijktijdig klacht in bij de gouverneur van de provincie West-Vlaanderen en de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur tegen de beslissing van de gemeenteraad van Middelkerke van 6 juli 2015 tot goedkeuring van de gunningsleidraad.

4.10. Met een aangetekend schrijven van 23 november 2015 deelt de gouverneur namens de toezichthoudende overheid mee dat de beslissing van de gemeenteraad van 6 juli 2015 de toets aan het recht en het algemeen belang doorstaat zodat er voor de toezichthoudende overheid geen reden is om op te treden.

Daarnaast wijst de gouverneur erop dat overeenkomstig artikel 14 en volgende van de wet van 17 juni 2013 tegen de beslissing van de gemeenteoverheid een beroep tot nietigverklaring of een verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden ingediend bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, dat het verzoekschrift dient te worden ingediend binnen een termijn van zestig dagen of vijftien dagen nadat de beslissing werd betekend, en dat, indien de beslissing niet betekend diende te worden, de termijn ingaat met de dag waarop de verzoeker er kennis van heeft gehad.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

Exceptie opgeworpen door de verwerende partij

5.1. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij haar rechtsmiddelen moet doen gelden overeenkomstig de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 17 juni 2013). Zij betoogt dat de vordering tot schorsing niet ontvankelijk is aangezien zij niet werd ingesteld volgens de te dezen wettelijk voorgeschreven schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Beoordeling

5.2. Artikel 15, tweede lid, van de wet van 17 juni 2013 verplicht een verzoekende partij die de schorsing van de tenuitvoerlegging van een beslissing van een aanbestedende instantie in de zin van artikel 14 van deze wet nastreeft, tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Aldus dient allereerst te worden onderzocht of de bestreden beslissing dient te worden beschouwd als een beslissing van een aanbestedende instantie in de zin van de artikelen 14 en 15 van de wet van 17 juni 2013.

Het begrip “beslissing van een aanbestedende instantie” dient te worden geïnterpreteerd in het licht van de bepalingen van Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 ‘houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken’ (hierna: Richtlijn 89/665/EEG), gewijzigd door Richtlijn 2007/66/EG, waarvan de wet van 17 juni 2013 een omzetting vormt.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in het arrest Stadt Halle (HvJ, C-26/03, 11 januari 2005, Stadt Halle, overweging 27 e.v.) reeds geoordeeld dat het begrip “door de aanbestedende diensten genomen besluiten” in artikel 1, lid 1, van Richtlijn 89/665/EEG ruim dient te worden geïnterpreteerd en in geen enkele beperking voorziet ter zake van de aard en de inhoud van de erin bedoelde besluiten. Een restrictieve uitlegging van het begrip “voor beroep vatbaar besluit” zou volgens het Hof overigens onverenigbaar zijn met artikel 2, lid 1, sub a, van dezelfde richtlijn, dat de lidstaten verplicht om ten aanzien van elk door de aanbestedende diensten genomen besluit te voorzien in kortgedingprocedures.

Teneinde het nuttig effect van de richtlijn te handhaven, moet volgens het Hof worden geconcludeerd dat een “voor beroep vatbaar besluit” in de

zin van artikel 1, lid 1, van Richtlijn 89/665/EEG elke handeling van een aanbestedende dienst is die is vastgesteld in verband met een opdracht die binnen de materiële werkingssfeer van de overheidsopdrachtenrichtlijn valt en die rechtsgevolgen kan hebben, ongeacht of die handeling is vastgesteld buiten een formele gunningsprocedure om, dan wel in het kader daarvan.

5.3. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt in de eerste plaats dat de verwerende partij zelf heeft besloten om zowel de concessie voor de uitbating van een kansspelinrichting klasse I, als de opdracht voor het ontwerp, de ontwikkeling en de uitbating/vermarkting van een nieuw casinogebouw en de overige functies in één geïntegreerd project te gunnen met toepassing van de reglementering inzake overheidsopdrachten.

Dit blijkt uit de bekendmaking van de opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 januari 2015 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 24 januari 2015. Ook in de selectieleidraad en de gunningsleidraad wordt telkens uitdrukkelijk vermeld dat het gehele project onderworpen is aan de reglementering inzake overheidsopdrachten, waaronder de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006) en de wet van 17 juni 2013.

De enkele vermelding dat de concessie “op zich genomen” niet aan de overheidsopdrachtenreglementering is onderworpen, in bijlage 7 bij de selectieleidraad, die uitsluitend betrekking heeft op de motivering voor het gebruik van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking – dit overeenkomstig de wetgeving overheidsopdrachten –, lijkt aldus geen afbreuk te doen aan de kwalificatie door de verwerende partij van de bestreden beslissing als beslissing van een aanbestedende instantie in de zin van voormelde artikelen 14 en 15 van de wet van 17 juni 2013.

5.4. Ook de toezichhoudende overheid heeft in haar beslissing van 23 november 2015, wat de verhaalmogelijkheden betreft, uitdrukkelijk verwezen naar de artikelen 14 en volgende van de wet van 17 juni 2013.

5.5. Voorts dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift het beroep geenszins beperkt tot het gedeelte van de bestreden beslissing dat betrekking heeft op de toekenning van de concessie inzake de uitbating van het casino, doch de integrale beslissing van de gemeenteraad houdende goedkeuring van de gunningsleidraad viseert, waarvan zij alleszins niet betwist dat op het overige gedeelte van de opdracht de betrokken regelgeving betreffende de overheidsopdrachten van toepassing is en dus ook voormelde wet van 17 juni 2013. Op het eerste gezicht valt dan ook niet in te zien hoe de verzoekende partij op grond van de gewone schorsingsprocedure de gevraagde schorsing van de integrale beslissing van de gemeenteraad houdende goedkeuring van de gunningsleidraad zou kunnen verkrijgen voor de Raad van State, aangezien de Raad van State, alleszins wat dat laatste gedeelte van de gemengde opdracht betreft, slechts de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing lijkt te kunnen bevelen na het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, hetgeen de verzoekende partij ter terechtzitting niet betwist.

5.6. Hoe dan ook lijkt de wetgeving inzake overheidsopdrachten *a priori* niet uit te sluiten dat in geval van een gemengde opdracht, die elementen van opdrachten voor leveringen, werken en diensten en van concessies bevat, het geheel wordt gegund in overeenstemming met de wetgeving overheidsopdrachten.

Artikel 3.4, derde lid, van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’, welke bepaling voorsloeg echter nog niet werd omgezet in het interne recht, bepaalt immers uitdrukkelijk:

“In het geval van gemengde opdrachten die elementen van opdrachten voor leveringen, werken en diensten en van concessies bevatten, wordt de gemengde opdracht dus geplaatst overeenkomstig deze richtlijn, mits de geraamde waarde van het deel van de opdracht dat een onder deze richtlijn vallende opdracht vormt, berekend overeenkomstig artikel 5, ten minste gelijk is aan de toepasselijke drempel die in artikel 4 is vastgelegd.”

Overweging 12 bij deze richtlijn verduidelijkt dienaangaande dat indien de aanbestedende diensten besluiten andere elementen in de opdracht op te nemen, ongeacht hun waarde en ongeacht de juridische regeling waaraan de toegevoegde onderdelen onderworpen zouden zijn geweest, als regel dient te gelden dat indien een opdracht, wanneer afzonderlijk gegund, volgens het bepaalde in deze richtlijn moet worden gegund, deze richtlijn van toepassing blijft op de gehele gemengde overheidsopdracht.

Indien de verschillende onderdelen van een bepaalde opdracht objectief gezien niet deelbaar zijn, wordt overeenkomstig artikel 3.6 van voormelde Richtlijn 2014/24/EU, het toepasselijke juridisch kader echter bepaald door het hoofdvoorwerp van die opdracht.

De voormelde bepalingen van Richtlijn 2014/24/EU lijken slechts een codificatie in te houden van de rechtspraak van het Hof van Justitie, meer bepaald van de principes die het Hof in de arresten Club Hotel Loutraki (HvJ, C-145/08 en C-149/08, 6 mei 2010, overwegingen 48 en 49, en de rechtspraak waar aldaar naar wordt verwezen) en Mehiläinen (HvJ, C-215/09, 22 december 2010, overweging 36) reeds heeft uiteengezet.

In deze zaken oordeelde het Hof immers dat in het geval van een gemengde overeenkomst waarvan de verschillende onderdelen volgens de bewoordingen van de aankondiging van de opdracht onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en dus een ondeelbaar geheel vormen, de betrokken transactie voor de juridische kwalificatie ervan in haar geheel als een eenheid moet worden onderzocht en moet worden beoordeeld op basis van de regels die van toepassing zijn op het onderdeel dat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de

overeenkomst vormt. Deze conclusie geldt ongeacht of het onderdeel dat het hoofdvoorwerp van een gemengde overeenkomst vormt, binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt.

Overigens blijkt ook de toezichthoudende overheid in haar beslissing van 23 november 2015, wat de kwalificatie van gemengde opdrachten betreft, reeds naar de bepalingen van Richtlijn 2014/24/EU te hebben verwezen.

5.7. Daargelaten de vraag of de verschillende onderdelen van de voorliggende gemengde opdracht objectief gezien al dan niet deelbaar zijn, lijkt te dezen aangenomen te kunnen worden dat de overheidsopdrachtenwetgeving van toepassing is op de bestreden beslissing omdat, in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij betoogt, het hoofdvoorwerp van de gemengde opdracht het ontwerp, de bouw en de financiering van een nieuw multi-functioneel ‘Casinogebouw’ (omvattende een nieuw casino, multifunctionele zaal, hotel, restaurants, parking enz.) lijkt te zijn dat *prima facie* valt onder het materieel toepassingsgebied van de wet van 15 juni 2006, hetzij omdat, indien de opdracht toch als deelbaar zou worden beschouwd, de overheidsopdrachtenwetgeving van toepassing lijkt te zijn op de gehele gemengde opdracht omwille van voormeld gedeelte dat betrekking heeft op het ontwerp, de bouw en de financiering van een nieuw multi-functioneel ‘Casinogebouw’.

De bestreden beslissing lijkt aldus op het eerste gezicht binnen de materiële werkingssfeer van de wet van 15 juni 2006 te vallen en beschouwd te moeten worden als een beslissing van een aanbestedende instantie in de zin van de artikelen 14 en 15 van de wet van 17 juni 2013.

5.8. Het te dezen aldus op het eerste gezicht toepasselijke artikel 15, tweede lid, van de wet van 17 juni 2013 verplicht een verzoekende partij die de schorsing van de tenuitvoerlegging van een beslissing van een aanbestedende instantie in de zin van artikel 14 nastreeft, tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

In de parlementaire voorbereiding bij de voornoemde wet van 17 juni 2013 wordt betreffende het verplicht beroep op de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid opgemerkt dat artikel 15 wat betreft die verplichting, artikel 65/15 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ ongewijzigd overneemt (*Parl. St. Kamer* 2012-13, nr. 53-2752/001, 26).

Bij dat artikel 65/15 werd in de parlementaire voorbereiding gesteld:

“In het tweede lid wordt verduidelijkt dat de vordering tot schorsing wordt ingediend volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid of in kort geding, al naargelang. Met de toevoeging van de woorden ‘al naargelang’ wordt bedoeld dat de indiene[r] niet langer de keuze heeft om de ene of de andere procedure te volgen. De indiener van een verhaal tegen een beslissing van een aanbestedende instantie die ressorteert onder de rechtsmacht van de Raad van State dient voortaan verplicht een beroep te doen op de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid als bedoeld in de gecoördineerde wetten op de Raad van State” (*Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 52-2276/1, 30-31).”

Aldus blijkt de wetgever voor wat betreft de gehele geschillenregeling inzake overheidsopdrachten het instellen van een gewone vordering tot schorsing te hebben uitgesloten.

Voorts vereist artikel 16, § 1, 1°, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’ dat het opschrift van het verzoekschrift waarbij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingesteld de vermelding bevat dat de vordering is ingesteld “bij uiterst dringende noodzakelijkheid”.

Wanneer het opschrift zulks niet vermeldt, wordt het verzoekschrift overeenkomstig artikel 16, § 1, tweede lid, behandeld als een gewone vordering tot schorsing.

5.9. De verzoekende partij blijkt haar beroep te hebben ingesteld met een gewone vordering tot schorsing. Het opschrift van het door de verzoekende partij op 4 december 2015 ingeleide verzoekschrift luidt immers: “verzoekschrift tot schorsing en nietigverklaring van een besluit”.

Ook in het vervolg van het verzoekschrift wordt wat de grondvoorwaarden betreft, benevens het vereiste van een ernstig middel, enkel ingegaan op de “spoedeisendheid” in functie van een gewone vordering tot schorsing. De uiterst dringende noodzakelijkheid wordt niet besproken.

5.10. Uit het voorgaande dient dan ook te worden besloten dat de voorliggende vordering niet volgens de wettelijke voorschriften blijkt te zijn ingesteld. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

De exceptie is gegrond. De vordering tot schorsing is niet ontvankelijk.

BESLISSING

De Raad van State verwierpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 maart 2016,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Bovin