

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 235.294 van 30 juni 2016
in de zaak A. 219.372/XII-8148**

In zake: de NV MIDDELKERKE CASINO KURSAAL
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 1 juni 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissingen van de gemeenteraad van de gemeente Middelkerke van 19 mei 2016, kenbaar gemaakt met schrijven van 25 mei 2016, waarbij op de zitting van de gemeenteraad van de gemeente Middelkerke van 19 mei 2016 werd geoordeeld over punt 18 (Casino Project Middelkerke - concessieovereenkomst tijdelijke en nieuwe speelzaal -goedkeuring) en 19 (Casino Project Middelkerke - DBFMO -overeenkomst-goedkeuring).”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 juni 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gerard Soete, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé, die verschijnen 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. De verzoekende partij heeft met de gemeente Middelkerke een concessieovereenkomst afgesloten voor de exploitatie van het Casino-Kursaal, die afloopt op 31 december 2016.

3.2. 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, met als voorwerp zowel het ontwerp, de bouw, de financiering en de uitbating van een nieuw casino-gebouw, inclusief bijhorende functies, als de nieuwe concessieovereenkomst voor de uitbating van de tijdelijke en de toekomstige nieuwe speelzaal.

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

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 betreffende de vereiste referenties, dat bekendgemaakt wordt 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 vrijetijdslocatie 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 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 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 aankondiging bepaalt voorts over de vereiste rechtsvorm van de combinatie van ondernemers waaraan de opdracht wordt gegund:

“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.

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

- “- 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 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 er op 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 ook in de selectieleidraad opgemerkt dat de gemeente Middelkerke ervoor heeft gekozen zowel de concessie als de PPS-overeenkomst in één geïntegreerd project te gunnen. Tevens wordt herhaald dat, gelet op de onzekerheden die aan de uitwerking van het definitieve ontwerp van het nieuwe casinogebouw en het verkrijgen van definitieve en uitvoerbare projectvergunningen verbonden zijn, de gemeente het project in een vaste en voorwaardelijke tranche heeft onderverdeeld.

De vaste 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 concessieovereenkomsten 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 t.e.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 4.4.1. 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 regelgeving 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.

3.5. 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, die haar vervolgens wordt bezorgd. Zij dient echter geen aanvraag tot deelneming in.

3.6. In het selectieverslag wordt voorgesteld om alle kandidaten voor deelname aan de onderhandelingsprocedure te selecteren.

Op 15 juli 2015 hecht het college van burgemeester en schepenen haar goedkeuring aan het selectieverslag, waarna de kandidaten van hun selectie op de hoogte worden gesteld.

3.7. Op 6 juli 2015 keurt de gemeenteraad van Middelkerke de gunningsleidraad “project Casino Middelkerke”, goed.

De verzoekende partij nam naar eigen zeggen kennis van deze beslissing op 9 juli 2015 ingevolge de publicatie op de website van de gemeente en heeft deze nadien nog opgevraagd in het kader van openbaarheid van bestuur.

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 concessie-overeenkomst van rechtswege beëindigd wordt wanneer de duurtijd van de DBFMO-overeenkomst verstrijkt.”

De gunningsleidraad bepaalt ook dat indien het nieuwe casinogebouw niet wordt opgericht omdat niet aan de voorwaarden voor de voorwaardelijke tranche werd voldaan, de uitbating van de tijdelijke speelzaal noodgedwongen zal worden verlengd tot de aanbestedende overheid een nieuwe permanente locatie voor de uitbating van de speelzaal heeft gevonden.

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

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

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

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

Bij aangetekende brief 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 diende te worden betekend, de termijn ingaat met de dag waarop de verzoeker er kennis van heeft gehad.

3.10. Met een op 4 december 2015 ter post aangetekend verzonden verzoekschrift vordert de nv Middelkerke Casino Cursaal (MICAS) de schorsing en nietigverklaring van de beslissing van de gemeenteraad van de gemeente Middelkerke van 6 juli 2015 waarbij de gemeenteraad haar goedkeuring verleent aan de gunningsleidraad 'project Casino Middelkerke'.

3.11. In het arrest nr. 234.018 van 3 maart 2016 oordeelt de Raad van State dat de beslissing van de gemeenteraad van de gemeente Middelkerke van 6 juli 2015 waarbij de gunningsleidraad wordt goedgekeurd op het eerste gezicht valt binnen de materiële werkingssfeer van de wet 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' van 15 juni 2006 (hierna: wet van 15 juni 2006) en 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 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' (hierna: wet van 17 juni 2013). De vordering tot schorsing wordt onontvankelijk verklaard op grond van de overweging dat voormeld artikel 15 een verzoekende partij die de schorsing van de tenuitvoerlegging van een beslissing van een aanbestedende instantie in de zin van artikel 14 nastreeft, verplicht tot het instellen van een

vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

3.12. Twee inschrijvers dienen een eerste, en later ook een tweede offerte in bij de verwerende partij.

3.13. Op 26 april 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke tot goedkeuring van de instructies BAFO project Casino Middelkerke. De inschrijvers dienen uiterlijk op 24 juni 2016 hun BAFO-offerte in te dienen.

3.14. Op 19 mei 2016 beslist de gemeenteraad van de gemeente Middelkerke om in het kader van het project Casino Middelkerke, de ontwerp-overeenkomsten “concessieovereenkomst tijdelijke en nieuwe speelzaal” en “DBFMO-overeenkomst” goed te keuren. Daarnaast wordt aan het college van burgemeester en schepenen mandaat gegeven om “aanvullingen, wijzigingen, schrappingen te verrichten aan de voorliggende ontwerpen, voor zover hierbij geen afbreuk wordt gedaan aan de essentiële door de gemeenteraad goedgekeurde, modaliteiten van de ontwerpovereenkomst en voor zover de finale versie van de overeenkomst voorafgaand aan ondertekening opnieuw aan de gemeenteraad wordt voorgelegd.

Met een e-mailbericht van 25 mei 2016 bezorgt de verwerende partij aan de verzoekende partij een kopie van de voormelde beslissingen van de gemeenteraad van 19 mei 2016, nadat de verzoekende partij hierom uitdrukkelijk had verzocht.

Dit zijn de bestreden beslissingen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij werpt twee excepties van onontvankelijkheid op. In de tweede exceptie stelt zij dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de vordering omdat zij zelf geen aanvraag tot deelneming heeft ingediend en zij heeft nagelaten om een beroep in te stellen tegen de aankondiging, selectieleidraad

en selectiebeslissing. Bovendien toont zij niet aan hoe de bestreden beslissingen tot gevolg zouden hebben dat zij, in tegenstelling tot voorheen, toch voor het project zou hebben meegedongen.

Zij betwist voorts de argumentatie van de verzoekende partij dat in de ontwerpovereenkomsten die bij de bestreden beslissingen werden goedgekeurd, wordt afgeweken van de “stringente voorwaarden” van de selectieleidraad en de gunningsleidraad. De bestreden beslissingen zijn, wat de bekritiseerde punten betreft, volgens haar louter een bevestigende rechtshandeling, die niet afzonderlijk kan worden aangevochten.

De verzoekende partij heeft volgens de verwerende partij ook geen reële belangstelling voor het project. Haar opeenvolgende beroepen strekken er louter en alleen toe het project te dwarsbomen, dan wel minstens de uitvoering ervan te vertragen, in de hoop op die manier alsnog een verlenging van haar concessieovereenkomst – die op 31 december 2016 afloopt – te verkrijgen. Dergelijk belang is volgens de verwerende partij ongeoorloofd en kan de ontvankelijkheid van de vordering niet schragen.

Ten slotte wijst zij ook op de dubbelzinnige houding van de verzoekende partij die, enerzijds, nog steeds het project in zijn globaliteit bekritiseert, doch anderzijds ook argumenteert dat de voorwaarden thans “zeer gunstig” zijn en “waarvan voor de selectie alleen maar kon gedroomd worden”.

5. In het verzoekschrift licht de verzoekende partij haar “belang” bij de vordering als volgt toe:

“NV MICAS is de huidige concessiehouder. Haar rechten verstrijken op 31 januari 2016.

NV MICAS was diegene die de voorbije 10-tallen jaren met behoorlijk succes de speelzaal uitbaatte. zij deed dit na het vroeger faillissement van de uitbaatster NV CAMICO.

NV MICAS is een onderneming waarin RANK GROUP participeert doordat zij de aandelen in handen heeft. RANK GROUP is een beursgenoteerd bedrijf van de LONDON STOCK EXCHANGE (=

LONDEN EFFECTENBEURS), Zij ressorteert daardoor onder de strikte regels van de Corporate Governance van het Angelsaksisch recht.

NV MICAS is geen onderneming die een onderdeel is van een onderneming in onroerend goed. Zij opteert voor het uitbaten van kansspelinrichtingen – casino's.

De GEMEENTE MIDDELKERKE maakte van de uitbating van de kansspelinrichting een onderdeel van een opdracht van ontwerp, bouw en financiering van een nieuw multifunctioneel casinogebouw omvattende een nieuw casino, multifunctionele zaal, hotel, restaurant, parkings enz..

Door die opdracht werd uitgesloten dat er iets anders zou zijn dan wat was voorzien in de selectie- en gunningsleidingsdraad.

Voor NV MICAS had dat als gevolg dat zij niet kon meedoen om de concessie van de kansspelinrichting klasse 1 (= casino) in Middelkerke te bekomen. Haar fundamentele rechten werden daarbij geschonden.

Al in de vorige procedure voor de Raad van State werd erop gewezen dat het project manifest onhaalbaar was en niet kon doorgaan op de wijze waarop dat was voorzien met naast een speelzaal en parking, restaurants, bistro's, lounges, infopunt, strandbar, multifunctionele zaal, dancing en hotel.

Toen al vermoedde NV MICAS dat, temeer er was voorzien dat er veranderingen konden komen, het voorgenomen project gebouw en speelzaal volledig zou veranderen zodat het nieuw casinogebouw wel eens zou kunnen aangepast worden tot een groot appartementsgebouw op de dijk van Middelkerke met parkings onder de grond en handelszaken op het gelijkvloers waarboven een speelzaal.

Dat zou dan betekenen dat de opdrachtnemer van het gebouw een appartementsgebouw zou kunnen oprichten met zodoende de mogelijkheid, ingevolge de verkoop van de appartementen, grote winsten te maken.

In de vorige procedure riep NV MICAS in dat haar rechten over de ganse lijn werden geschonden. Zij vorderde dat de gunningsleidraad geen enkele uitwerking zou hebben en dat aan de GEMEENTE MIDDELKERKE de verplichting moest opgelegd worden een perfect uitgewerkt plan voor te leggen waarbij alles nauwkeurig werd voorzien qua uitvoering, uitvoeringsmateriaal en kosten.

De goedgekeurde ontwerpen van concessieovereenkomst en overeenkomst bouw DBFMO zijn volstrekt nietig omdat de inbreuken talrijk zijn en een miskenning inhouden van de juridische principes, de aangehaalde

beginselen en algemene rechtsbeginselen maar ook diverse wettelijke bepalingen.”

Beoordeling

6. De verzoekende partij beroept zich in verschillende van de aangevoerde middelen op een schending van bepalingen die volgens haar de openbare orde raken. Dit neemt echter niet weg dat deze pas kunnen worden onderzocht als het beroep zelf ontvankelijk is. Ook al meent zij dat zij in dat geval op grond van vaste rechtspraak van de Raad van State geen belang bij haar middel moet aantonen, blijft wel dat zij nog steeds over het vereiste belang moet beschikken bij haar vordering.

7. Te dezen dient, om de redenen die reeds werden uiteengezet in het arrest nr. 234.018 van 3 maart 2016, te worden aangenomen dat de bestreden beslissingen op het eerste gezicht vallen binnen de materiële werkingssfeer van de wet van 15 juni 2006 en beschouwd dienen te worden als beslissingen van een aanbestedende instantie in de zin van de artikelen 14 en 15 van de wet van 17 juni 2013, hetgeen door de partijen overigens niet wordt betwist.

8. Artikel 14 van de wet van 17 juni 2013, dat de omzetting vormt van artikel 1, derde lid, van richtlijn 89/665 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’, bepaalt dat elke persoon die een belang heeft “of heeft gehad” om een bepaalde opdracht te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld, bij de Raad van State de gunningsbeslissing kan laten vernietigen.

9. Zoals de Raad van State reeds herhaaldelijk heeft overwogen, gaat het er bij het aanvechten van beslissingen inzake overheidsopdrachten wezenlijk om dat de verzoekende partij de overheidsopdracht zelf gegund wil krijgen.

In beginsel heeft een verzoekende partij die niet zelf aan de gunningsprocedure heeft deelgenomen dan ook geen belang bij het beroep tegen een beslissing die met het oog op de gunning van deze opdracht wordt genomen, tenzij onder meer wanneer de gevolgde gunningswijze de verzoekende partij heeft belet een offerte in te dienen, wanneer een gebrek in de bekendmaking wordt aangevoerd of wanneer de verzoekende partij een beroep heeft ingesteld tegen de selectie- of besteksvoorwaarden die haar verhinderen om deel te nemen aan de opdracht.

10. Te dezen heeft de verzoekende partij geen aanvraag tot deelneming ingediend. Haar beroep strekt er evenmin toe de kans te verkrijgen om alsnog de opdracht, zoals deze door de verwerende partij werd geconcipieerd, zelf te kunnen uitvoeren.

In zoverre lijkt zij op het eerste gezicht dan ook het primordiale oogmerk te missen dat zij zou moeten nastreven bij een vordering zoals de voorliggende.

De verzoekende partij beroept zich, ter adstructie van haar belang, op haar hoedanigheid van speelzaaluitbater en het feit dat de gemeente Middelkerke door de keuze voor de gunning van een geïntegreerde opdracht met, enerzijds, de uitbating van de kansspelinrichting en, anderzijds, een opdracht van ontwerp, bouw en financiering van een nieuw multifunctioneel casinogebouw, de verzoekende partij van de opdracht zou hebben uitgesloten. Zij werpt op dat zij wel de kansspelinrichting Casino Middelkerke wenst uit te baten, doch zonder dat zij zich zou moeten verbinden tot een project dat zij als megalomaan beschouwde en waarvan zij de overtuiging had dat het een financieel debacle zou worden als het werd uitgevoerd zoals het was opgelegd.

11. Daarbij lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht uit het oog te verliezen dat het doel van de procedure voor plaatsing van een overheidsopdracht erin bestaat zo goed mogelijk te voorzien in de behoeften van de aanbestedende overheid. Het is de aanbestedende overheid die haar behoeften bepaalt. De aanbestedende overheid moet dus het voorwerp van de opdracht vrij kunnen omschrijven in relatie tot haar behoeften, hetgeen onder meer betekent dat

deze overheid er niet toe verplicht kan worden, rekening te houden met de wensen van een belanghebbende die betrekking hebben op een ander voorwerp dan het voorwerp dat zij nastreeft, zoals omschreven in de inschrijvingsdocumenten.

De verzoekende partij blijkt daarbij te hebben nagelaten haar kritieken inzake het “manifest onhaalbaar” zijn van het project voorafgaand aan de uiterste indieningsdatum van de aanvragen tot deelneming, aan de verwerende partij ter kennis te brengen, hoewel punt 3.10.2. van de selectieleidraad de geïnteresseerde marktpartijen uitnodigde dergelijke vragen in een zo vroeg mogelijk stadium van de onderhandelingsprocedure te stellen.

12. Het nadeel dat de verzoekende partij stelt te ondergaan lijkt dan ook in de eerste plaats aan haar eigen handelen te wijten te zijn aangezien zij er zelf voor blijkt te hebben gekozen om de keuze van de verwerende partij om de opdracht te gunnen als een geïntegreerd project niet te volgen en om die reden blijkt te hebben nagelaten om, eventueel samen met een of meer andere vennootschappen, een aanvraag tot deelneming in te dienen.

13. Bovendien heeft de verzoekende partij nagelaten om binnen de beroepstermijnen een beroep in te stellen bij de Raad van State tegen de bepalingen van de aankondiging, de selectieleidraad of de selectiebeslissing, hoewel zij zelf erkent dat zij door de bepalingen van de selectieleidraad reeds werd uitgesloten om deel te nemen aan de opdracht.

Zowel in de aankondiging als in de selectieleidraad heeft de gemeente Middelkerke er immers al uitdrukkelijk op gewezen dat zij ervoor kiest om zowel de concessie voor de uitbating van een kansspelinrichting klasse I, als de opdracht voor het ontwerp, de ontwikkeling en de uitbating van een nieuw casinogebouw in één geïntegreerd project te gunnen. Daaruit blijkt tevens dat een kandidaat wordt gezocht die uit een “kandidaat-opdrachtnemer” én een “kandidaat-speelzaaluitbater” bestaat, waarmee de concessieovereenkomst, respectievelijk de PPS-overeenkomst met betrekking tot het ontwerp, de bouw, de financiering en de uitbating (met uitzondering van de Nieuwe Speelzaal) zal worden gesloten.

14. Het Hof van Justitie heeft er in zijn rechtspraak nochtans reeds herhaaldelijk op gewezen dat, aangezien richtlijn 89/665 een doelstelling van voortvarendheid nastreeft, het legitiem is dat een lidstaat, in het kader van de uitvoering van die richtlijn, de betrokkenen verplicht tot spoed bij het instellen van de desbetreffende beroepen (arrest Grossmann Air Service van 12 februari 2004 en arrest eVigilo Ltd van 12 maart 2015).

Te dezen voert de verzoekende partij echter niet aan dat de voorwaarden in de aankondiging en selectieleidraad die tot haar uitsluiting zouden hebben geleid onbegrijpelijk waren en dat zij om die reden niet in staat zou geweest zijn om binnen de geldende beroepstermijnen hiertegen beroep in te stellen.

Als persoon die noch heeft deelgenomen aan de gunningsprocedure, noch beroep heeft ingesteld tegen de aankondiging en het besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de selectieleidraad, hoewel deze specificaties de verzoekende partij volgens haar beletten om op zinvolle wijze deel te nemen aan de opdracht, wordt de verzoekende partij dan ook *prima facie* geacht geen belang te hebben bij haar beroep tegen de bestreden beslissingen.

15. In zoverre de verzoekende partij er zich nog op beroept dat de verwerende partij met de bestreden beslissingen zou hebben afgezien van de oorspronkelijke zeer stringente voorwaarden van het project, valt op te merken dat op het eerste gezicht nergens uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de voorwaarden die de verzoekende partij volgens haar hebben verhinderd om op nuttige wijze een kandidatuur in te dienen inmiddels ingevolge de bestreden beslissingen zouden zijn versoepeld of gewijzigd.

In haar verzoekschrift geeft de verzoekende partij aan dat het de bepalingen zijn “waarbij de uitbating van de kansspelinrichting een onderdeel [vormt] van een opdracht van ontwerp, bouw en financiering van een nieuw multifunctioneel casinogebouw omvattende een nieuw casino, multifunctionele zaal, hotel, restaurant, parkings enz..” die voor haar tot gevolg hadden dat “zij niet kon meedoen om de concessie van de kansspelinrichting klasse 1 (= casino) in Middelkerke te bekommen”. Zij kan echter niet worden bijgevalen in haar bewering dat “blijkens de goedgekeurde overeenkomsten” het niet langer het geval blijkt te

zijn dat “het bouwen en de concessie een geïntegreerd project [zijn]”. Zoals reeds hiervoor vastgesteld, was het vanaf het begin duidelijk dat zowel de concessie voor de uitbating van een kansspelinrichting klasse I, als de opdracht voor het ontwerp, de ontwikkeling en de uitbating van een nieuw casinogebouw in één geïntegreerd project zouden worden gegund, en dat deze twee hoofdbestanddelen van het project aanleiding zouden geven tot, enerzijds, een concessieovereenkomst met “uitsluitend” de speelzaaluitbater voor de uitbating van de tijdelijke en nieuwe speelzaal, en, anderzijds, een overeenkomst met betrekking tot het ontwerp, de bouw, de financiering en de uitbating van een nieuw multifunctioneel casinogebouw, “met uitzondering van de nieuwe speelzaal”. De goedgekeurde ontwerpovereenkomsten brengen daar op het eerste gezicht geen verandering in, minstens wordt dit niet aangetoond door de verzoekende partij.

De door de verwerende partij aangevoerde exceptie van gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partij wordt aanvaard.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 juni 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Bovin