

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 235.775 van 15 september 2016
in de zaken I. A. 219.962/XII-8206
II. A. 219.964/XII-8207**

In zake: I + II. 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:

I + II. 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

Tussenkommende partijen I + II:

1. de NV B.C.S. INVESTISSEMENT
2. de NV NAPOLEON GAMES
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Helga Van Peer, Valentijn De Boe en Veerle
Pissierssens
kantoor houdend te 1150 Brussel
Tervurenlaan 268A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering in de zaak A. 219.962/XII-8206, ingesteld op 9 augustus 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“de beslissing van 25 juli 2016 van de gemeente Middelkerke, Schepen-college, Buitengewone Zitting van het College van Burgemeester en Schepenen [...] waarbij het Schepencollege betreffende punt 41 (opdracht project casino-gunning) besliste :

‘Artikel 1:

Dat de inschrijver ‘BCS Investissement nv — Napoleon Games’ de meest economisch voordelige offerte heeft ingediend en dat de opdracht voor het ‘project Casino Middelkerke’ aan die inschrijver wordt gegund.
[...]’.”

De vordering in de zaak A. 219.964/XII-8207, ingesteld op 9 augustus 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“de beslissingen van de gemeenteraad van de gemeente Middelkerke van 25 juli 2016, [...] waarbij op de zitting van de gemeenteraad van de gemeente Middelkerke van 25 juli 2016 werd geoordeeld over de punten 11 (project Casino Middelkerke — DBFMO-overeenkomst goedkeuring) over punt 12 (project Casino Middelkerke — concessieovereenkomst tijdelijke en nieuwe speelzaal — goedkeuring), punt 10 (project Casino Middelkerke — sub-opstalovereenkomst - goedkeuring) en punt 13 (project Casino Middelkerke — onderverhuur tijdelijke speelzaal — goedkeuring).

Met daarbij de navolgende beslissing betreffende punt 11 :

Artikel 1 :

De ‘DBFMO-overeenkomst’ in het kader van het ‘Project Casino Middelkerke’, waarvan de tekst als bijlage bij dit besluit wordt gevoegd om er integraal deel van te blijven uitmaken, wordt goedgekeurd.

[...]

Betreffende punt 12 werd beslist :

‘Artikel 1 :

De ‘concessieovereenkomst tijdelijke en nieuwe speelzaal’ in het kader van het ‘Project Casino Middelkerke’, waarvan de tekst als bijlage bij dit besluit wordt gevoegd om er integraal deel van te blijven uitmaken, wordt goedgekeurd.

[...]

Betreffende punt 10 :

‘Artikel 1 :

De sub-opstalovereenkomst tussen de gemeente Middelkerke en de opdrachtnemer tot het verlenen van sub-opstal aangaande het goed gelegen te Middelkerke, kadastraal gekend 1^{ste} afdeling, sectie B, nummer 180/03C voor het bezetten van gewestgrond op de Zeedijk — Epernayplein (met uitzondering van het openbaar domein en de zeewering), wordt goedgekeurd.

De tekst van de sub-opstalovereenkomst wordt als bijlage bij dit besluit gevoegd om er integraal deel van te blijven uitmaken.

[...]

Betreffende punt 13 :

‘Artikel 1 :

De onderhuurovereenkomst aangaande een gedeelte van het Sporthotel gelegen te 8430 Middelkerke, Westendelaan 94, wordt goedgekeurd.

[...].’”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft in beide zaken een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 22 augustus 2016 hebben de nv B.C.S. Investissement en de nv Napoleon Games, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, gevraagd om in beide zaken in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn in beide zaken opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 september 2016, om 10.00 uur.

Met toepassing van artikel 90, § 1, vierde lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, zijn de zaken verwezen naar een kamer met drie leden.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft in de beide zaken verslag uitgebracht.

Advocaat Gerard Soete, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé, die verschijnen voor de

verwerende partij, en advocaten Valentijn De Boe en Veerle Pissierssens, die verschijnen voor de tussenkommende partijen, 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 bouw fase 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 [...] 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 4.1.1 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 regelgeving inzake de 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 14 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.

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 concessieovereenkomst 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 de 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 van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (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.

3.15. Op 1 juni 2016 stelt de verzoekende partij een vordering in tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring 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)”.

3.16. Bij e-mailbericht van 16 juni 2016 worden beide inschrijvers uitgenodigd om op de juryvergadering van 8 juli 2016 een presentatie van de BAFO-offerte te geven.

3.17. Op 17 juni 2016 ontvangt de gemeente Middelkerke een schrijven van de nv FICO met de mededeling dat de nv FICO zich uit de lopende gunningsprocedure voor het ‘project casino Middelkerke’ wenst terug te trekken.

Op 20 juni 2016 vragen de nv Willemen Contactor, de nv Willemen Groep, de nv B.C.S. Investissement (Willemen Real Estate), de nv Napoleon Games, de bv Betco en de bvba Buro II & Archi+I BV de vervanging van de nv FICO door de nv B.C.S. Investissement (Willemen Real Estate) als lid van de combinatie.

Op 21 juni 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen om deze vervanging te aanvaarden. Tevens wordt een addendum bij het selectieverslag van 21 juni 2016 goedgekeurd.

3.18. Op 24 juni 2016 dienen zowel de nv B.C.S. Investissement – nv Napoleon Games als de bvba Versluys Bouwgroep – Golden Palace Group een BAFO in.

3.19. Bij arrest nr. 235.294 van 30 juni 2016 wordt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de voormelde beslissingen van 19 mei 2016 verworpen en de door de verwerende partij opgeworpen exceptie van gebrek aan belang in hoofde van de nv Middelkerke Casino Kursaal (nv Micas) aanvaard.

3.20. Vervolgens worden de BAFO-offertes onderzocht door een jury, evenals door het projectteam, wat resulteert in een juryverslag van 11 juli 2016 en een beoordelingsverslag van 12 juli 2016.

Op 12 juli 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke om de BAFO van inschrijver de bvba Versluys Bouwgroep – Golden Palace Group onregelmatig te verklaren en niet voor nadere beoordeling in aanmerking te nemen en om inschrijver de nv B.C.S. Investissement – nv Napoleon Games voorlopig en overeenkomstig artikel 5.11 van de gunningsleidraad als voorkeurbieder aan te duiden.

Vervolgens vinden nog finale voorkeurbiedersbesprekingen plaats die betrekking hebben op de volgende overeenkomsten:

- de concessieovereenkomst met de toekomstige speelzaaluitbater;
- de DBFMO-overeenkomst met de toekomstige opdrachtnemer;
- de onderhuurovereenkomst met de toekomstige speelzaaluitbater;
- de subopstalovereenkomst met de toekomstige opdrachtnemer.

Op 17 juli 2016 bevestigt de voorkeurbieder dat er overeenstemming werd bereikt over het ‘project casino Middelkerke’ zoals vastgelegd in de vier overeenkomsten.

3.21. Op 25 juli 2016 keurt de gemeenteraad van de gemeente Middelkerke de vier overeenkomsten goed die met de opdrachtnemer en de concessiehouder zullen worden gesloten.

Eveneens op 25 juli 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke dat inschrijver de nv B.C.S. Investissement – nv Napoleon Games de economisch meest voordelige offerte

heeft ingediend en om de opdracht voor het ‘project casino Middelkerke’ aan deze inschrijver te gunnen.

3.22. Bij brief van 26 juli 2016 deelt de verwerende partij voormelde gunningsbeslissing van 25 juli 2016 mee aan inschrijver de bvba Versluys Bouwgroep – “X” vennootschap in oprichting onder de Golden Palace Group. Ook de voormelde beslissingen van 21 juni 2016, waarbij de vervanging van de nv FICO door de nv B.C.S. Investissement werd goedgekeurd, en van 12 juli 2016 inzake de onregelmatigverklaring van haar offerte en de keuze van de voorkeurbieder, worden pas meegedeeld met dit schrijven.

Voormelde beslissingen van de gemeenteraad en het college van burgemeester en schepenen van 25 juli 2016 worden op uitdrukkelijk verzoek van de verzoekende partij op grond van de openbaarheid van bestuur ook aan haar bezorgd bij brief van 1 augustus 2016.

IV. Samenvoeging

4. Er is grond om de beide zaken, die betrekking hebben op dezelfde partijen en eenzelfde gunningsprocedure, samen te voegen. De verzoekschriften en de nota’s van de partijen bevatten dezelfde argumentatie ten aanzien van de ontvankelijkheid van de vordering van de verzoekende partij.

V. Tussenkoms

5. De nv B.C.S. Investissement en de nv Napoleon Games, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

VI. Ontvankelijkheid van het beroep - belang

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij zet haar belang, hoedanigheid en de uiterst dringende noodzakelijkheid zeer uitvoerig uiteen in haar verzoekschrift in beide zaken.

Zij betoogt dat de selectieleidraad de voorwaarden om aan de selectie mee te doen vastlegde zodat van die selectieleidraad niet meer mag worden afgeweken zonder een nieuwe selectie te beginnen. Op grond van de voorwaarden van de selectieleidraad beoordeelde de verzoekende partij het project als niet haalbaar noch financieel verantwoord. Zij oordeelde dat zij aan de gestelde voorwaarden niet kon deelnemen aan het immobiliënproject. Zij was van oordeel dat de concessie voor de speelzaaluitbating onafhankelijk van dat project moest worden verleend. Haar overtuiging was dat de wetgeving op de kansspel-inrichtingen een aantal strikte verplichtingen oplegde waardoor de concessie voor de speelzaaluitbating moest worden verleend op een wijze onafhankelijk van het voorziene bouwproject. Zij merkt op dat zij erop mocht vertrouwen dat wanneer bleek dat de selectieleidraad illusoir was, er een nieuwe selectieleidraad zou worden opgemaakt met een nieuwe selectieprocedure op grond van aangepaste voorwaarden.

De gunningsleidraad houdt volgens haar echter substantiële wijzigingen in ten opzichte van de selectieleidraad en de opgestelde overeenkomsten houden eveneens fundamentele wijzigingen in ten opzichte van de gunningsleidraad en zeker de selectieleidraad.

Zij geeft daarbij in het verzoekschrift de volgens haar belangrijkste verschillen op tussen de selectieleidraad, gunningsleidraad en de uiteindelijke overeenkomsten om aan te tonen dat er substantiële veranderingen plaatsgrepen.

Hieruit blijkt volgens de verzoekende partij dat er werd gewerkt met een selectieleidraad die zeer zware en strenge vereisten bevatte. Eenmaal de

selectie was afgesloten – “en daardoor ook de toegang gebarricadeerd” – werd de selectieleidraad volledig vervangen door een gunningsleidraad die totaal andere voorwaarden bevat met zelfs een uiteindelijk contract dat nog substantieel verschilt van de gunningsleidraad.

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat het deelnemen aan de selectie aan de oorspronkelijke voorwaarden zware gevolgen had omdat op bladzijde 4/47 van punt 1 van de selectieleidraad uitdrukkelijk werd aangegeven dat door een aanvraag tot deelneming in te dienen de kandidaat onvoorwaardelijk de inhoud van de selectieleidraad aanvaardde alsook het verloop van de daarin beschreven procedure. Dit betekent volgens de verzoekende partij dat de kandidaat, die inschreef aan de voorwaarden van de selectieleidraad, daardoor gebonden was zodat bij toewijzing de — uiterst nadelige voorwaarden — moesten worden aanvaard met alle gevolgen op financieel en materieel vlak.

Zij meent dat de verwerende partij zich dan ook had moeten houden aan de voorwaarden zoals vastgelegd in de selectieleidraad.

Vervolgens wijst de verzoekende partij ook op de bijzondere toestand ingevolge de speelzaaluitbating en de erop toepasselijke wetgeving. Zij meent dat zij als uitbater van een kansspelinrichting een eigen recht heeft om de concessie op de uitbating van de kansspelinrichting te verkrijgen zodat het niet toelaatbaar is dat zij werd uitgesloten ingevolge een selectieleidraad die vervolgens niet werd gerespecteerd.

Voorts zet zij ook haar belang en hoedanigheid in functie van de regelgeving inzake de overheidsopdrachten uiteen. Zij wijst er daarbij op dat de Raad van State in zijn arrest nr. 235.294 van 30 juni 2016 terecht heeft aangegeven dat slechts *prima facie* en op het eerste gezicht werd geoordeeld.

Zij wijst erop dat zij heeft aangetoond dat er wel enorme verschillen zijn dermate zelfs dat de gunningsleidraad substantieel verschilt van de selectieleidraad terwijl de goedgekeurde overeenkomsten een totaal ander project inhouden.

In dit verband zet zij nog onder meer het volgende uiteen:

“Het is belangrijk nogmaals te benadrukken dat wanneer men over 50/60 jaar beschikt om een project af te schrijven, dat substantieel verschillend is dan wanneer men slechts over 27 jaar beschikt zoals in de voorziene PPS. Waar in de selectieleidraad de eigendomsrechten onmiddellijk de gemeente Middelkerke toekwamen met rechten voor de opdrachtnemer ingevolge de PPS zonder dat er ook maar iets door de gemeentelijke overheid moest vergoed worden, werd uiteindelijk voorzien in de gunningsleidraad dat er wel eigendomsrechten konden zijn lopende de overeenkomst met eigendomsverwerving na het einde ervan. Terwijl dat zelfs perfect werd uitgewerkt in de overeenkomsten met een recht van opstal waardoor de opdrachtnemer perfecte eigendomsrechten had met het vooruitzicht op een correcte vergoeding voor het gebouw na het beëindigen van het opstalrecht. Waar volgens de selectieleidraad een rentabiliteit was uitgesloten en het om een financieel debacle ging omdat zware financiële risico's moesten genomen worden met zelfs de werken voor de zeewering en het openbaar domein, veranderde in de gunningsleidraad alles.

Van meetaf aan moest worden aangegeven in de selectieleidraad dat er een recht van opstal kwam van 50 jaar met een mogelijke verlenging van 10 jaar wat inhield dat door het recht van opstal er volle eigendomsrechten waren met de vergoedingsplicht voor de opstalgever bij het verstrijken van de opstaltermijn.

Dan kon er een normale afspraak gebeuren met een aannemer/promotor/ontwikkelaar in de mate dat de speelzaaluitbating verbonden werd aan het project betreffende de oprichting van het gebouw en dat kon, quod non omdat de Wet van 07 mei 1999 op de kansspelen dat uitsluit.

Middelkerke Casino Kursaal heeft belang omdat de gunningsleidraad de selectieleidraad verving en ervoor in de plaats kwam waardoor er totaal nieuwe en andere voorwaarden in de plaats kwamen zonder dat de niet-deelnemers aan de selectieleidraad de mogelijkheid hadden om mee te doen met die nieuwe voorwaarden uit de gunningsleidraad.

Het belang ligt ook daar dat bij een deelname aan de selectieleidraad de kandidaat onvoorwaardelijk de inhoud van de selectieleidraad aanvaardde waardoor er ook een gehoudenheid was om te handelen volgens die selectieleidraad indien de gemeentelijke overheid de kandidaat aanwees. Omdat het ontoelaatbare en onwerkbaar voorwaarden waren, die moesten leiden tot een financieel debacle, kon Middelkerke Casino Kursaal geen gevolg geven aan die selectieleidraad.

Wanneer men na een selectieleidraad, waardoor er wordt uitgesloten ingevolge drastische en stringente voorwaarden, een gunningsleidraad opstelt die de selectieleidraad volledig vervangt en totaal andere voorwaarden bevat, is een niet-deelnemer aan de selectieleidraad wel degelijk gerechtigd ertegen op te komen, zekerlijk wanneer het gaat over een speelzaaluitbater die wel bereid was verder de speelzaal uit te baten maar niet ermee instemde dat moest ingestapt worden in een duur project voor de

oprichting van een nieuw casinogebouw waarbij de gemeente eigenaar werd van het gebouw, de kandidaat voor alle kosten en lasten moest instaan en na 27 jaar er geen rechten meer op het gebouw waren en ook de speelzaaluitbating ten einde zou lopen na de tweede termijn van 15 jaar. De prima facie overweging, op het eerste gezicht, dat er geen belang is van Middelkerke Casino Kursaal omdat zij niet opkwam tegen de selectieleidraad, is onjuist omdat de selectieleidraad inhield dat er niet van mocht worden afgeweken zodat de gunningsleidraad en de overeenkomsten moesten overeenstemmen met de voorwaarden van de selectieleidraad.”

Wegens dat alles meent de verzoekende partij wel degelijk over het vereiste belang en hoedanigheid te beschikken. Zij wijst erop dat zij niet deelnam aan de selectie omdat de voorwaarden van de selectieleidraad geen rendabele uitbating toelieten. De verwerende partij had volgens haar van meet af aan het project moeten uitwerken waarbij zij onafhankelijk van de speelzaaluitbating de oprichting moest voorzien van een casinogebouw met een recht van opstal en exploitatiemogelijkheden met voor de speelzaaluitbater het betalen van een correcte vergoeding voor de speelzaal en de erbij horende gebouwen waarna de concessie voor de speelzaaluitbating ingevolge openbare aanbesteding met respect voor de mededinging kon worden gegund.

Daarnaast wijst de verzoekende partij ook op haar belang in functie van de speelzaaluitbating gelet op het gegeven dat de concessie voor de uitbating van de speelzaal niet aan de regelgeving inzake de overheidsopdrachten onderworpen is. Als huidige uitbater van de speelzaal, heeft zij belang om op te komen tegen een gunning die haar rechten als speelzaaluitbater schendt, zonder dat het hiertoe volgens de verzoekende partij noodzakelijk was om op te komen tegen de selectieleidraad, welke bepalingen volgens haar immers volledig werden vervangen. Zij wijst vervolgens op de wet van 7 mei 1999 en de *ratio legis* ervan. Kansspelinrichtingen vereisen een zeer specifieke regulering. Daarom werd er uitdrukkelijk in voorzien dat, onder toezicht van de Koning en speciale diensten, er concessies zouden worden verleend. Dat is volgens de verzoekende partij dan ook de reden waarom een concessie voor een kansspelinrichting moet worden verleend op eigen specifieke gronden met inachtnaam van de wetgeving op de kansspelen en met uitsluiting van een wetgeving zoals die op de overheidsopdrachten. Daarom moet de concessie voor de speelzaaluitbating ook afzonderlijk worden gegund met voor iedereen, die een kansspelinrichting wil uitbaten en aan de voorwaarden van

de wet voldoet, de mogelijkheid mee te doen om de concessie te verkrijgen. De mededinging moet volop spelen. Zij benadrukt vervolgens dat de bestreden gunning voor haar onaanvaardbaar is omdat zij als uitbater van de speelzaal geen mogelijkheid kreeg om de concessies te verwerven. Dat is volgens haar een voldoende belang om tegen de gunning te kunnen opkomen. Het belang is volgens haar aanwezig in haren hoofd omdat zij de uitbating van de speelzaal wil verkrijgen.

De argumentatie dat niet werd opgekomen tegen de selectiebeslissing, is volgens haar ook te verwerpen aangezien deze beslissing werd genomen door het college van burgemeester en schepenen waarmee de verzoekende partij volledig onbekend was, temeer omdat er niets werd gepubliceerd.

Als de selectieleidraad niet wordt gevolgd zodat de voorwaarden ervan niet gelden, vervalt volgens de verzoekende partij ook de selectie waardoor de ganse procedure van gunning enkel zou kunnen gebeuren onder de voorwaarden bepaald in de overeenkomsten. Dan moet volgens de verzoekende partij iedere geïnteresseerde opnieuw de mogelijkheid hebben om mee te doen terwijl volgens haar, hoe dan ook, de concessie voor de speelzaaluitbating het voorwerp moet uitmaken van een gunning waarin voor iedereen mededinging mogelijk is.

Volgens de verzoekende partij betekent dit concreet het oprichten van een casinogebouw met een recht van opstal waarna de opstalhouder met de gemeente Middelkerke moet afspreken over de huurprijs voor de speelzaal en de bijhorende gebouwen en vervolgens, met inachtnaam van die te betalen prijs, iedereen moet kunnen meedoen om de concessie voor de uitbating van de speelzaal te verkrijgen.

Daarnaast wijst de verzoekende partij in haar uiteenzetting ook op het belang bij de vernietiging van de gunning ingevolge het toekennen van een recht van opstal met een subopstalovereenkomst waarin ook de regelgeving op het onroerend goed zou worden miskend om daarmee de afbraak gemakkelijker te maken. Zij schetst eveneens de voordelen van het recht van opstal zoals voor het eerst voorzien in de subopstalovereenkomst, waaruit volgens haar blijkt dat met de

subopstalovereenkomst enorme financiële voordelen worden toegekend. Zij wijst erop dat het ook pas vanaf dat ogenblik was dat een nieuwe partij, die was geïnteresseerd in de zeer gunstige voorwaarden, geruisloos in het project stapte. Naast de belangrijke financiële voorwaarden die voortvloeien uit de subopstalovereenkomst, worden volgens de verzoekende partij ook in de gunningsovereenkomst nog eens belangrijke nieuwe voorwaarden toegekend.

De voorwaarden voor de gunning zijn volgens haar totaal verschillend van wat er in de selectieleidraad was voorzien en zijn zodanig dat aan die voorwaarden de verzoekende partij die niet betrokken is in bouwondernemingen, de gunning van het volledige project en de speelzaaluitbating zou hebben betracht.

In de zaak met rolnummer 219.964 wijst de verzoekende partij bijkomend nog op de noodzaak tot vernietiging van de beslissingen van de gemeenteraad van 25 juli 2016 en haar belang hierbij. Zij wijst erop dat de gemeenteraad deze overeenkomsten niet had mogen goedkeuren omdat zij ingaan tegen de bepalingen van de selectieleidraad, de gunningsleidraad en ook de op 19 mei 2016 goedgekeurde overeenkomsten.

De concessieovereenkomst blijft volgens de verzoekende partij ontoelaatbaar in het kader van de wet op de kansspelen. Het verlenen van de subopstalovereenkomst zou enkel mogen in het kader van een totaal nieuwe gunning met een volledig nieuwe selectie. Waar de onderhuurovereenkomst met de nieuwe concessienemer/opdrachtnemer werd goedgekeurd, kan dat volgens haar evident ook niet omdat de vernietiging van de gunning ook voor gevolg moet hebben dat de onderhuurovereenkomst geen enkele uitwerking mag hebben. De overeenkomsten bevatten volgens haar ook bedingen met nietigheden en onwettigheden.

7. De verwerende partij werpt opnieuw in beide zaken in haar nota een exceptie van gebrek aan belang op bij de vordering.

Zij wijst er daarbij op dat de verzoekende partij in het kader van de vorige procedures haar belang situeerde in het gegeven dat zij de huidige

casino-uitbater is en dat zij, ingevolge de keuze voor de gunning van een geïntegreerde opdracht, aan de opdracht niet had kunnen deelnemen. Pas in haar verzoekschriften herformuleert de verzoekende partij volgens de verwerende partij haar belang als haar wil om toch voor het project te kunnen meedingen, nu dat project van een “onmogelijk” project, naar een “financieel zeer interessant” project zou zijn geëvolueerd.

Zij tracht daartoe volgens de verwerende partij aan te tonen dat het project substantieel gewijzigd zou zijn. Die bewering is volgens de verwerende partij echter tegenstrijdig met de geformuleerde middelen waaruit blijkt dat de verzoekende partij meent dat het project op zich manifest onregelmatig is.

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

Volgens de verwerende partij blijkt dat de verzoekende partij in werkelijkheid niet de wil heeft om voor het zogenaamd “gewijzigde” project in aanmerking te komen. Minstens zijn de redenen van indertijd om niet aan de gunningsprocedure deel te nemen dezelfde gebleven. De verzoekende partij blijft immers argumenteren dat de voorwaarden van het project onwettig zijn.

Aldus blijkt dat het zogenaamde belang van de verzoekende partij weliswaar doorheen de verschillende procedures die zij tegen het project heeft aangespannen, evolueert maar dat de initiële bezwaren die de verzoekende partij belet hebben om aan de gunningsprocedure deel te nemen dezelfde blijven: de verzoekende partij is van oordeel dat de koppeling tussen de exploitatie van een speelzaal en de realisatie van het nieuwe casinogebouw in een geïntegreerd project haar belet hebben om aan de gunningsprocedure deel te nemen. De wijzigingen die de verzoekende partij heeft vastgesteld en waarvan zij het wezenlijk karakter probeert aan te tonen, wijzigen aan die bezwaren niets. Die vaststelling alleen al volstaat volgens de verwerende partij om het belang van de verzoekende partij af te wijzen.

Ten slotte zet de verwerende partij uitvoerig uiteen waarom er volgens haar geen wezenlijke wijzigingen aan de voorwaarden van het project werden aangebracht. Zij wijst er daarbij ook op dat een onderhandelingsprocedure nog een marge laat voor significante wijzigingen.

8. Ook de tussenkomen de partijen werpen een gelijkaardige exceptie inzake gebrek aan belang op.

Volgens de tussenkomen de partijen tracht de verzoekende partij thans nog artificieel haar belang aan te tonen door te verwijzen naar beweerdelijk substantiële wijzigingen aan de voorwaarden van de opdracht die in de loop van het project zouden zijn doorgevoerd ten opzichte van de selectieleidraad.

Zij beweert thans dat zij geen aanvraag tot deelneming heeft ingediend omdat het project “niet haalbaar noch financieel verantwoord” was, doch staat dit op geen enkele wijze.

Er kan volgens de tussenkomen de partijen niet anders dan worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet deelnam omdat zij wel wist dat zij op zichzelf eenvoudigweg niet zou voldoen aan de selectievoorwaarden voor het project zoals dat was geconcipeerd door de aanbestedende overheid. Haar maatschappelijk doel is immers beperkt tot de uitbating van het Casino-Kursaal in Middelkerke voor de duur van haar concessierecht. Bovendien stelt zij zelf in haar verzoekschrift dat zij noch haar moederonderneming actief zijn in de wereld van het onroerend goed of de uitvoering van aannemingswerken. Blijkbaar was zij evenmin in staat om geschikte partners te vinden om zo alsnog door middel van participatie in een consortium aan de vereisten te voldoen.

Beoordeling

9. Te dezen dient, om de redenen die reeds werden uiteengezet in de arresten nr. 234.018 van 3 maart 2016 en nr. 235.294 van 30 juni 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.

10. Artikel 14 van de wet van 17 juni 2013 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 beslissingen van de aanbestedende overheid kan laten vernietigen.

11. 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.

12. 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.

13. In het arrest nr. 235.294 van 30 juni 2016, waarin de vordering van de verzoekende partij tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissingen van de gemeenteraad van de gemeente Middelkerke van 19 mei 2016 tot goedkeuring van de ontwerpovereenkomsten ‘Concessieovereenkomst tijdelijke en nieuwe speelzaal’ en ‘DBFMO-overeenkomst’, werd verworpen, oordeelde de Raad van State reeds *prima facie* – met toepassing van het arrest HvJ C-230/02, Grossman Air Service van 12 februari 2004 – dat de verzoekende partij geen belang lijkt te hebben bij haar beroep. Zij heeft immers niet deelgenomen aan de gunningsprocedure, noch beroep 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.

Op het eerste gezicht valt om de hierna uiteengezette redenen niet in te zien waarom de Raad van State hierover in het kader van de voorliggende vorderingen, gericht door dezelfde verzoekende partij tegen navolgende beslissingen in dezelfde gunningsprocedure, anders zou moeten oordelen.

14. De verzoekende partij beroept zich nog steeds op haar hoedanigheid als speelzaaluitbater en het feit dat zij door de keuze voor een geïntegreerd project en de bepalingen omtrent de samenstelling van de kandidaten van de opdracht was uitgesloten. Zij beoogt als huidige uitbater van het casino om de kans te krijgen de uitbating van de speelzaal opnieuw te verkrijgen, wat volgens haar een voldoende belang is om tegen de gunning te mogen opkomen. Zij benadrukt daarbij dat de concessie voor de speelzaaluitbating “afzonderlijk” moest worden gegund.

Zij tracht daarnaast haar belang ook aan te tonen door te verwijzen naar beweerdelijk substantiële wijzigingen aan de voorwaarden van de opdracht die in de loop van het project zouden zijn doorgevoerd ten opzichte van de selectieleidraad. Volgens de verzoekende partij zou het ‘project casino Middelkerke’ van een “onmogelijk” naar een “financieel zeer interessant” project zijn geëvolueerd.

15. In het voormelde arrest nr. 235.294 van 30 juni 2016 stelde de Raad van State reeds vast dat zowel in de aankondiging als in de selectieleidraad de gemeente Middelkerke er al uitdrukkelijk op gewezen heeft 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 en dat daaruit tevens bleek 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.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht nog steeds niet aan dat voormelde voorwaarden inzake de gunning in één geïntegreerd project en de vereiste samenstelling van de kandidaat uit een “kandidaat-opdrachtnemer” én een “kandidaat-speelzaaluitbater”, die de verzoekende partij volgens haar zouden hebben verhinderd om zelf op nuttige wijze een kandidatuur in te dienen, inmiddels ingevolge de bestreden beslissingen zouden zijn versoepeld of gewijzigd.

Het was 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 finaal goedgekeurde overeenkomsten brengen daar op het eerste gezicht geen verandering in, minstens wordt dit niet aangetoond door de verzoekende partij.

De verzoekende partij betwist ook nergens dat de speelzaaluitbater zich nog altijd moet verbinden met de opdrachtnemer en zij enkel samen voor de opdracht in aanmerking kunnen komen voor de opdracht.

16. De argumentatie van de verzoekende partij dat zij geen kennis zou hebben gehad van de selectiebeslissing en deze dus niet kon aanvechten, lijkt in elk geval niet op te gaan voor de aankondiging en de selectieleidraad, nu de bekendmaking ervan werd opgenomen in het Bulletin der Aanbestedingen en het Publicatieblad van de Europese Unie én de selectieleidraad door de verzoekende partij zelf werd opgevraagd bij de verwerende partij en ook aan haar werd bezorgd.

De verzoekende partij werpt nog op dat zij niet kon deelnemen aan de selectieprocedure omdat op bladzijde 4/47 van punt 1 van de selectieleidraad uitdrukkelijk werd aangegeven dat door een aanvraag tot deelneming in te dienen de kandidaat onvoorwaardelijk de inhoud van de

selectieleidraad aanvaardde alsook het verloop van de daarin beschreven procedure. Dat betekende volgens de verzoekende partij dat de kandidaat, die inschreef aan de voorwaarden van de selectieleidraad, daardoor gebonden was zodat deze bij gunning de – uiterst nadelige voorwaarden – moest aanvaarden met alle gevolgen van dien op financieel en materieel vlak.

Uit de voormelde bepaling kan op het eerste gezicht niet worden afgeleid dat de verzoekende partij door de loutere indiening van een aanvraag tot deelneming, reeds “verbonden zou zijn in geval van toewijzing en aldus alle vermeend nadelige gevolgen op financieel en materieel vlak diende te aanvaarden”. Hiertoe lijkt minstens ook het indienen van een offerte te zijn vereist.

Ten slotte toont de verzoekende partij op het eerste gezicht ook niet aan dat de voormelde bepaling haar heeft verhinderd een beroep in te stellen tegen de bepalingen van de aankondiging en van de selectieleidraad die haar verhinderden, zo stelt zij, op nuttige wijze aan de opdracht deel te nemen.

17. Voorts lijkt de houding van de verzoekende partij in het kader van de voorliggende beroepen ook dubbelzinnig en maakt zij op het eerste gezicht ook in het kader van de voorliggende beroepen niet aannemelijk dat haar beroep ertoe strekt de kans te verkrijgen om alsnog de geïntegreerde opdracht, zoals deze door de verwerende partij werd geconcipieerd, zelf te kunnen uitvoeren.

Hoewel zij in haar verzoekschriften thans herhaaldelijk laat uitschijnen dat zij in het licht van de gewijzigde voorwaarden wel zou hebben deelgenomen, blijft zij – in het kader van de uiteenzetting van het feitenrelaas, de uiteenzetting van het belang en de door haar uiteengezette middelen – immers steeds benadrukken dat zij als casino-uitbater niet wenst te participeren in een immobiëlenproject en van oordeel is dat de concessie voor de speelzaaluitbating onafhankelijk van het project moet worden verleend.

Zij verduidelijkt in dit verband haar belang bij de vordering slechts in de zin dat, indien zij van meet af aan de gewijzigde voorwaarden van het project had gekend, “er een normale afspraak [had kunnen worden gemaakt] met een aannemer/promotor/ontwikkelaar in de mate dat de speelzaaluitbating

verbonden werd aan het project betreffende de oprichting van het gebouw en dat kon, quod non omdat de Wet van 07 mei 1999 op de kansspelen dat uitsluit”.

Hieruit blijkt dat de verzoekende partij bij haar initiële bezwaren blijft, namelijk dat de concessieverlening niet met een immobiliënproject mocht worden verbonden. Haar louter hypothetische argumentatie dat zij tot een “normale afspraak” met een “aannemer/promotor/ontwikkelaar” had kunnen komen, volstaat *prima facie* niet om aan te tonen dat zij over een voldoende zeker belang beschikt.

18. In het licht van al het voorgaande lijkt dan ook te moeten worden besloten dat de verzoekende partij niet doet blijken van het vereiste belang bij een beroep tot nietigverklaring tegen de bestreden beslissingen in de beide zaken, en bijgevolg evenmin bij de voorliggende vorderingen tot schorsing.

De exceptie is gegrond.

BESLISSING

- 1. De zaken A. 219.962/XII-8206 en A. 219.964/XII-8207 worden gevoegd.**
- 2. Het verzoek van de nv B.C.S. Investissement en de nv Napoleon Games, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, tot tussenkomst wordt ingewilligd.**
- 3. De Raad van State verwerpt de vorderingen.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 september 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest