

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 235.776 van 15 september 2016
in de zaak A. 219.983/XII-8210**

In zake: 1. de BVBA VERSLUYS BOUWGROEP
2. de NV CITEXAR
3. de NV GENERAL AUTOMATIC AMUSEMENT
4. de NV HBW FREETIME
5. de NV GOLDEN PALACE WATERLOO
6. de BVBA SPIELOTHEK BELGIË
7. de NV EUROPEAN AMUSEMENT
8. de NV GOLDEN PALACE CASINO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Moerman
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Blarenberglaan 4/302
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

Tussenkomende partijen:

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, ingesteld op 10 augustus 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen dd. 21 juni 2016 [...] waarbij de vervanging van FICO door BCS Investissement nv werd aanvaard als onderdeel van de kandidaat-inschrijver met de nv Napoleon Games”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 augustus 2016 hebben de nv B.C.S. Investissement en de nv Napoleon Games, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn 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, is de zaak verwezen naar een kamer met drie leden.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Peter Moerman, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Valentijn De Boe en Veerle Pissierssens, die verschijnen voor de tussenkomende 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 nv Middelkerke Casino Kursaal 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 casinogebouw, 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 gemeente Middelkerke kiest ervoor om zowel de concessie voor de uitbating van een kansspelinrichting klasse I, als de opdracht voor het ontwerp, de ontwikkeling, de uitbating en vermarkting van een nieuw casinogebouw in één geïntegreerd project te gunnen.

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.

De opdracht wordt gegund bij wege van onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.4. Op 15 januari 2015 keurt de gemeenteraad de selectieleidraad goed.

Wat de toepasselijke wetgeving betreft, stelt de selectieleidraad dat het gehele project onderworpen is aan de regelgeving inzake de overheidsopdrachten.

3.5. Drie kandidaten dienen tijdig een aanvraag tot deelneming in:

- de nv Flanders Investment Company (nv FICO) – nv Napoleon Games
- de bvba Versluys Bouwgroep – “X” vennootschap in oprichting onder de Golden Palace Group
- de sa Pro-Motion Consulting – bv Entergaming

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 gunningsleidraad bevat onder meer de volgende bepaling:

“In het kader van de selectieprocedure werd een Aankondigingsbericht gepubliceerd (Europees Publicatieblad nr. 25974-2015 d.d. 24 januari 2015; BDA nr. 2015-501599 d.d. 21 januari 2015) en werd aan de geïnteresseerde marktpartijen een Selectieleidraad ter beschikking gesteld. De informatie omtrent het Project die in het kader van de selectie door de Aanbestedende Overheid werd verschaft, wordt definitief door deze Opdrachtdocumenten vervangen.

Uitzondering op het voorgaande vormen de bepalingen uit het Aankondigingsbericht en de Selectieleidraad die verband houden met de eisen inzake betrouwbaarheid, technische en organisatorische bekwaamheid en financiële draagkracht. De Inschrijvers en de derden waarop de Inschrijvers zich ter staving van hun economische en financiële draagkracht en/of hun technische bekwaamheid steunen, moeten immers gedurende de verdere gunningsprocedure aan de gestelde eisen blijven voldoen.

De Aanbestedende Overheid behoudt zich het recht voor om tijdens de onderhandelingsprocedure te blijven nagaan of de Inschrijver of de derde

waarop de Inschrijver zich beroept aan de gestelde eisen voldoet (bv. door nieuwe attesten op te vragen).

Indien in de loop van de gunningsprocedure zou blijken dat de Inschrijver zich in een situatie bevindt die tot uitsluiting aanleiding kan geven, zal de Aanbestedende Overheid nog steeds tot de uitsluiting van de betrokken inschrijver kunnen besluiten.”

Artikel 3.3 van de gunningsleidraad bepaalt inzake ‘Wijzigingen in de samenstelling en de identiteit van de leden van een geselecteerde Kandidaat of een Inschrijver, inclusief geselecteerde Genomineerde Onderaannemers’:

“Wijzigingen in de samenstelling en de identiteit van de leden van een Inschrijver of wijzigingen aan de Genomineerde Onderaannemers kunnen slechts worden toegelaten indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- (i) de wijziging dient noodzakelijk te zijn omwille van redenen die de Inschrijver aannemelijk maakt; en
- (ii) er moet blijvend aan de in de Selectieleidraad uiteengezette betrouwbaarheids-, toelaatbaarheids- en geschiktheidsvoorwaarden zijn voldaan;
- (ii) de wijziging mag geen afbreuk doen aan eerder in de gunningsprocedure genomen beslissingen, inzonderheid de selectiebeslissing;
- (iv) in geval van een Tijdelijke Handelsvennootschap moeten ook de nieuwe leden van de Inschrijver zich, overeenkomstig punt 3.2 van deze Gunning leidraad, ten opzichte van de Aanbestedende Overheid hoofdelijk en ondeelbaar aansprakelijk verklaren voor de nakoming van de verplichtingen van de Inschrijver; en
- (v) de Aanbestedende Overheid dient haar voorafgaande schriftelijke goedkeuring te geven.

Het vervuld zijn van deze voorwaarden impliceert niet dat er in hoofde van de Inschrijvers een recht op wijziging in de samenstelling en/of de identiteit van hun leden zou bestaan. De Inschrijvers kunnen in geen geval op een dergelijke wijziging aanspraak maken.

Elke aanvraag tot wijziging dient met de vereiste documenten te worden onderbouwd. Deze documenten moeten de Aanbestedende Overheid toelaten om de impact van de wijziging met kennis van zaken te beoordelen.”

Voorts bevat de gunningsleidraad ook bepalingen inzake het verloop van de onderhandelingsprocedure, waarbij in de indiening van een eerste offerte, een tweede offerte en een BAFO-offerte wordt voorzien.

De gunningsleidraad wordt bezorgd aan de drie geselecteerde kandidaten.

3.8. Twee inschrijvers dienen een eerste, en later ook een tweede offerte in bij de verwerende partij. Het betreft enerzijds de nv Flanders Investment Company (nv FICO) – nv Napoleon Games en, anderzijds, de bvba Versluys Bouwgroep – “X” vennootschap in oprichting onder de Golden Palace Group.

3.9. 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.

3.10. 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.”

3.11. 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.

3.12. 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 goedgekeurd.

Dit is de bestreden beslissing.

3.13. 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.

3.14. 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 op 25 juli 2016 om inschrijver de nv B.C.S. Investissement – nv Napoleon Games voorlopig en overeenkomstig artikel 5.11 van de gunningsleidraad als voorkeursbieder te kiezen.

Tegen deze beslissingen stellen de verzoekende partijen een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid in (zaak gekend onder rolnummer 219.986/XII-8212).

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.

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

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.

Tegen deze beslissing stellen de verzoekende partijen een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in (zaak gekend onder rolnummer 219.986/XII-8.212).

3.16. 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.

IV. Tussenkost

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

V. Vertrouwelijkheid van de stukken

5. De stukken waarvan door alle partijen de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd zijn afzonderlijk neergelegd, de vertrouwelijkheid ervan wordt telkens uitdrukkelijk aangegeven en vermeld in de inventaris en de motieven voor die vraag worden weergegeven in de nota en in de respectievelijke verzoekschriften. In de huidige stand van het geding lijken er geen redenen voorhanden om de vertrouwelijkheid te lichten.

6. De verzoekende partij vraagt met een aangetekend schrijven van 30 augustus 2016 om de vertrouwelijkheid te lichten van een aanvullend stuk van het administratief dossier dat door het auditoraat bijkomend werd opgevraagd bij de verwerende partij. Het betreft inzonderheid het schrijven van 17 juni 2016 vanwege de nv FICO. Wat de overige stukken betreft, worden de verzoeken tot vertrouwelijke behandeling niet betwist.

7. Op het eerste gezicht bevat dit schrijven van 17 juni 2016 elementen die verband lijken te houden met het zakengeheim van het deelnemende consortium.

Zoals de Raad van State reeds herhaaldelijk oordeelde, lijkt het niet raadzaam om reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers te bewerkstelligen.

Zoals zal blijken uit de beoordeling van het eerste onderdeel van het tweede middel, lijkt het heffen van het vertrouwelijk karakter van dit schrijven op het eerste gezicht niet nodig voor de oplossing van het geschil.

Voorts valt op te merken dat, aangezien het stuk waarvoor men zich op de vertrouwelijkheid beroept, volledig werd meegedeeld aan de Raad van State, hij van deze informatie kennis kan nemen en deze in zijn beschouwing betrekken.

VI. Schorsingsvoorwaarden

8.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

8.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van punt 3.3 van de gunningsleidraad en van de artikelen 5, 9 en 26

van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006), de artikelen 51, 55 en 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing), *juncto* diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer specifiek het materiële motiveringsbeginsel, het beginsel van de gelijke behandeling van inschrijvers, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, minstens het beginsel van doorzichtigheid.

Het middel wordt opgesplitst in twee onderdelen.

9.1. In een eerste onderdeel voeren de verzoekende partijen aan dat de eerste voorwaarde vermeld in punt 3.3 van de gunningsleidraad door de verwerende partij manifest verkeerd beoordeeld is. Volgens de verzoekende partijen worden de termen “noodzakelijk omwille van redenen die de inschrijver aannemelijk maakt” door de verwerende partij véél te ruim geïnterpreteerd. De verwerende overheid beoordeelt in feite geenszins de motieven of de noodzakelijkheid van de voorgenomen wijziging maar wél het onafwendbare gevolg. De feitelijk noodzakelijke redenen waarom de nv FICO zich dan wel uit de procedure heeft teruggetrokken zijn ofwel nooit kenbaar gemaakt, minstens niet door de verwerende partij beoordeeld in haar beslissing van 21 juni 2016. De loutere wilsuiking van een kandidaat of inschrijver om geen BAFO te zullen indienen en af te zien van verdere deelname aan de gunningsprocedure, kan volgens de verzoekende partijen echter geen “noodzaak” uitmaken in de zin van punt 3.3 (i) van de gunningsleidraad. Een dergelijke interpretatie van de eigen besteksbepaling leidt immers tot een ongebreidelde wijzigingsmogelijkheid van het consortium waarbij op gelijk welk tijdstip een ongelimiteerd aantal leden op grond van een ongemotiveerde terugtrekking kunnen worden vervangen.

De interpretatie zoals gehanteerd door de verwerende overheid miskent volgens hen ook de feitelijke bedoeling van het punt 3.3 van de gunningsleidraad. Dit punt 3.3 viseert namelijk een mogelijke vervanging van een lid van het consortium geïnspireerd door noodzakelijke redenen die aan de terugtrekking zélf ten gronde liggen.

Volgens de verzoekende partijen heeft de verwerende partij op slinkse wijze de regels van haar eigen bestek miskend en bijgevolg de gelijke behandeling van de inschrijvers op de helling gezet nu de verzoekende partijen onmogelijk konden rekening houden met een schijnbaar toegelaten mogelijkheid tot het wijzigingen van het consortium op ongelimiteerde wijze. Bij de uiteindelijke beoordeling van de BAFO bevonden de beide inschrijvers zich dan ook niet in een gelijke positie nu één van beide finaal nog van ontwikkelaar is veranderd, waarbij daarenboven het projectontwerp uit de offertes 1 en 2 volledig is verlaten. Dit is volgens hen ook ontoelaatbaar in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie.

De toepassing van het punt 3.3 zoals in aanmerking genomen door de verwerende partij, leidt volgens de verzoekende partijen in elk geval tot een handeling die de normale mededingingsvoorwaarden vertekent en dus verboden is overeenkomstig artikel 9 van de wet van 15 juni 2006 en gaat volgens hen voorbij aan de essentie van een DBFMO-overeenkomst.

Minstens is ook het transparantiebeginsel manifest geschonden. Zij wijzen erop dat zij er logischerwijze van uitgegaan zijn dat de interpretatie van de eerste voorwaarde zoals in aanmerking genomen door de verwerende partij onmogelijk een optie kon zijn. De verwerende partij miskent het beginsel van doorzichtigheid door deze voorwaarde uit punt 3.3 van de gunningsleidraad onbetamelijk uit te hollen.

Tot slot wordt ook het materiële motiveringsbeginsel volgens de verzoekende partijen manifest geschonden nu de feiten en de uiteindelijke eraan gekoppelde beslissing geenszins steunen op een in rechte correcte motivering.

9.2. In een tweede onderdeel werpen de verzoekende partijen de schending op van de tweede voorwaarde vermeld in punt 3.3 van de gunningsleidraad aangezien de nv B.C.S. Investissement niet zou beschikken over de vereiste referenties.

Zij wijzen erop dat conform de selectieleidraad de nv B.C.S. Investissement één referentie moest voorleggen van een recreatief of

multifunctioneel gebouw/project met minimale kostprijs van 25.000.000 euro, btw niet inbegrepen en met minimale vloeroppervlakte van 4.000 m².

Zij stellen vast dat de nv B.C.S. Investissement twee referenties heeft voorgelegd:

- ‘Hungaria Building’ te Leuven met een volgens het addendum bij het selectieverslag van 21 juni 2016 hebbende kostprijs van 25.250.000 euro;
- ‘Project Sion’ te Lier met een kostprijs van 27.000.000 euro.

Deze referenties voldoen niet volgens de verzoekende partijen. Volgens de eigen website kent het ‘Hungaria Building’ te Leuven namelijk slechts een kostprijs van 23.250.000 euro zodoende dat het vooropgestelde barema van 25.000.000 euro niet wordt gehaald. Daarnaast voldoet ook het ‘Project Sion’ niet aan de voorwaarden uit de selectieleidraad nu bij dit project enkel fase 1 momenteel is gerealiseerd dewelke trouwens niet multifunctioneel is en slechts 19 eengezinswoningen en 54 appartementen omvat, en waarvan de kostprijs beperkt is tot 13.000.000 euro. De tweede fase zal slechts afgerond worden tegen 2018. Met deze onvolledige, en in feite nog niet bestaande, referentie mocht volgens de verzoekende partijen dan ook geen rekening worden gehouden.

De verzoekende partijen wijzen erop dat de verwerende partij gelet op het *patere legem*-beginsel gebonden was door de eigen vooropgestelde selectievoorwaarden.

De plots soepele en discretionaire hantering van nochtans zeer specifieke en concrete selectievoorwaarden duiden volgens hen eveneens op favoritisme en een ongelijke behandeling van de inschrijvers door de verwerende partij.

Beoordeling

10. In het middel wordt in essentie aangevoerd dat de bestreden beslissing onwettig is nu de vervanging van de nv FICO door de nv B.C.S. Investissement niet voldoet aan de eerste, noch de tweede voorwaarde van artikel 3.3 van de gunningsleidraad.

11. Overeenkomstig artikel 16, § 1, 5°, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’ (hierna: procedurereglement kortgeding), moet een verzoekende partij in haar verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, indien – zoals te dezen – het beroep tot nietigverklaring nog niet is ingediend, een uiteenzetting geven van de middelen die de nietigverklaring van de akte of het reglement kunnen rechtvaardigen en die zij dus tot staving van haar vordering aanvoert. Onder “middel” in de zin van het voormelde artikel 16, § 1, 5°, wordt verstaan de voldoende duidelijke omschrijving van de overtreden rechtsregel en van de wijze waarop die regel door de bestreden beslissing wordt geschonden. “Voldoende duidelijk” betekent dat geen veronderstellingen moeten worden gemaakt over de juiste bedoelingen van de verzoekende partij, waardoor in werkelijkheid de verwerende partij en nadien de Raad van State ertoe worden gebracht in de plaats van de verzoekende partij het verzoekschrift te redigeren.

In de mate dat de verzoekende partijen te dezen een schending inroepen van artikel 26 van de wet van 15 juni 2006 en de artikelen 51 en 95 van het koninklijk besluit Plaatsing dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de verzoekende partijen in gebreke blijven toe te lichten op welke wijze deze bepalingen zouden zijn geschonden. Bovendien is artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing, dat de aanbestedende overheid verplicht de regelmatigheid na te gaan van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen, niet van toepassing bij een onderhandelingsprocedure.

Het middel is op het eerste gezicht dan ook niet ontvankelijk in de mate dat een schending wordt ingeroepen van artikel 26 van de wet van 15 juni 2006 en de artikelen 51 en 95 van het koninklijk besluit Plaatsing.

Daarentegen dient de exceptie *obscuri libelli* vanwege de tussenkomende partijen te worden verworpen in de mate dat deze tevens artikel 55 van het voormelde koninklijk besluit omvat.

12. Overeenkomstig artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 dienen de aanbestedende overheden de aannemers, leveranciers en dienstverleners op een gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze te behandelen.

Artikel 9 van de voormelde wet van 15 juni 2006 verbiedt elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen.

Artikel 55 van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt:

“Bij beperkte procedure en onderhandelingsprocedure met bekendmaking, mogen enkel de geselecteerden een offerte indienen.
Nochtans kunnen de opdrachtdocumenten toestaan dat de offerte wordt ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid bestaande uit een geselecteerde en één of meer niet-geselecteerde personen.
Anderzijds kunnen de opdrachtdocumenten het gezamenlijk indienen van één enkele offerte door meerdere geselecteerden beperken of verbieden, teneinde een voldoende mededinging te waarborgen.”

13. In het eerste middelonderdeel voeren de verzoekende partijen aan dat de eerste voorwaarde vermeld in punt 3.3 van de gunningsleidraad door de verwerende partij manifest verkeerd beoordeeld is.

Artikel 4.3 van de selectieleidraad bepaalt inzake ‘Wijzigingen in de Kandidaat en/of Genomineerde Onderaannemers’ wat volgt:

“De Kandidaten kunnen in principe geen wijzigingen voorstellen in de samenstelling van de Kandidaat en/of de Genomineerde Onderaannemers, zoals geselecteerd na de Selectiefase.
Indien zich tijdens de Gunningsprocedure wijzigingen in de samenstelling van de Kandidaat en/of Genomineerde Onderaannemers voordoen of aankondigen, moet de Kandidaat dit onverwijld aan de Aanbestedende Overheid meedelen. De Aanbestedende Overheid kan de wijziging aanvaarden of weigeren. In het geval de wijziging op aanvaardbare motieven gesteund is en de Kandidaat, in de gewijzigde samenstelling, aan de Selectievoorwaarden blijft voldoen, zal de Aanbestedende Overheid haar toestemming niet op onredelijke gronden weigeren. Indien zij de wijziging weigert, kan zij de Kandidaat ten gevolge van een dergelijke wijziging uitsluiten.”

Artikel 3.3 van de gunningsleidraad bepaalt inzake ‘Wijzigingen in de samenstelling en de identiteit van de leden van een geselecteerde Kandidaat of een Inschrijver, inclusief geselecteerde Genomineerde Onderaannemers’:

“Wijzigingen in de samenstelling en de identiteit van de leden van een Inschrijver of wijzigingen aan de Genomineerde Onderaannemers kunnen slechts worden toegelaten indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- (i) de wijziging dient noodzakelijk te zijn omwille van redenen die de Inschrijver aannemelijk maakt; en
- (ii) er moet blijvend aan de in de Selectieleidraad uiteengezette betrouwbaarheids-, toelaatbaarheids- en geschiktheidsvoorwaarden zijn voldaan;
- (iii) de wijziging mag geen afbreuk doen aan eerder in de gunningsprocedure genomen beslissingen, inzonderheid de selectiebeslissing;
- (iv) in geval van een Tijdelijke Handelsvennootschap moeten ook de nieuwe leden van de Inschrijver zich, overeenkomstig punt 3.2 van deze Gunningsleidraad, ten opzichte van de Aanbestedende Overheid hoofdelijk en ondeelbaar aansprakelijk verklaren voor de nakoming van de verplichtingen van de Inschrijver; en
- (v) de Aanbestedende Overheid dient haar voorafgaande schriftelijke goedkeuring te geven.

Het vervuld zijn van deze voorwaarden impliceert niet dat er in hoofde van de Inschrijvers een recht op wijziging in de samenstelling en/of de identiteit van hun leden zou bestaan. De Inschrijvers kunnen in geen geval op een dergelijke wijziging aanspraak maken.

Elke aanvraag tot wijziging dient met de vereiste documenten te worden onderbouwd. Deze documenten moeten de Aanbestedende Overheid toelaten om de impact van de wijziging met kennis van zaken te beoordelen.”

14. Te dezen blijkt de aanvraag tot deelneming te zijn ingediend door de combinatie nv Flanders Investment Company (nv FICO) – nv Napoleon Games.

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.

Met een beslissing van 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. Uit de bestreden beslissing van 21 juni 2016 blijkt dat de verwerende partij de wijziging heeft aanvaard op grond van de volgende overwegingen:

“Overwegende dat de projectdocumenten uitdrukkelijk in de mogelijkheid tot het wijzigen van een Kandidaat/Inschrijver voorzien;

Overwegende dat de motieven voor de voorgenomen wijzigingen voor zich spreken nu om alsnog een BAFO te kunnen indienen, ofwel een partij uit het Consortium de rol van Ontwikkelaar op zich dient te nemen of het Consortium zich met een andere Ontwikkelaar dient te versterken;

Overwegende dat de overblijvende leden van het Consortium in hun brief van 20 juni 2016 benadrukken dat zij wel een BAFO wensen in te dienen en ervan overtuigd zijn dat zij binnen hun eigen groepsvennootschappen over voldoende ervaring en know how beschikken om de taken waartoe FICO NV zich geëngageerd had, op zich te nemen;

Overwegende dat een vervanging van de Ontwikkelaar, in die omstandigheden, onverminderd wat volgt inzake de uitsluitingsgronden en eisen inzake financiële en economische draagkracht en technische bekwaamheid, niet alleen logisch en aanvaardbaar wordt geacht, maar tevens wenselijk is met het oog op het garanderen van voldoende mededinging voor het Project;

Overwegende dat de voorwaarden waaronder, luidens de bepalingen van de Gunningsleidraad, tot vervanging van een lid kan worden overgegaan dan ook als volgt worden beoordeeld:

(i) De wijziging is noodzakelijk omwille van de redenen die de Inschrijver aannemelijk maakt.

Zoals hierboven is gebleken zijn die redenen duidelijk: bij brief van 17 juni 2016, meegedeeld aan zowel de Gemeente als de overige leden van het Consortium waarvan het lid deel uitmaakt, heeft Fico meegedeeld zich uit het project te willen terugtrekken.

(ii) Er moet blijvend aan de in de Selectieleidraad uiteengezette betrouwbaarheids-, toelaatbaarheids- en geschiktheidsvoorwaarden zijn voldaan;

(iii) De beoordeling van de eisen van de Selectieleidraad, dit wil zeggen de uitsluitingsgronden, de financiële en economische draagkracht en technische bekwaamheid in hoofde van de combinatie Napoleon Games nv – Willemen werd door het projectteam onderzocht.

De bevindingen daarvan zijn in het addendum bij het Selectieverslag opgenomen.

(iv) De wijziging mag geen afbreuk doen aan eerder in de gunnings-procedure genomen beslissingen, inzonderheid de selectiebeslissing; Met die voorwaarde wil de Gemeente nagaan of door de vervanging toch niet aan de wezenskenmerken van de genomen selectiebeslissing afbreuk is gedaan, bijvoorbeeld doordat het te vervangen lid van het Consortium over een voor de selectie doorslaggevende referentie beschikte of de wijzigingen van die aard zijn dat een volledig anders samengesteld Consortium een offerte zou indienen. De Gemeente meent dat daarop negatief geantwoord moet worden.

De Gemeente is van oordeel dat, zoals sub (ii) en uit het selectieverslag blijkt, de referenties van Fico niet doorslaggevend waren voor de selectie van het Consortium. De meest essentiële referenties werden door de Speelzaaluitbater en de genomineerde Onderaannemers aangeleverd.

De Gemeente stelt, voorts, vast dat de Selectie- en Gunningsleidraad de aanwezigheid van een Ontwerper, een Aannemer, een Ontwikkelaar en een Speelzaaluitbater veronderstelt. Door de gevraagde wijziging wordt alleen de Ontwikkelaar vervangen. De Ontwerper, de Aannemer en de Speelzaaluitbater blijven allen dezelfde, zodat de substantie van het Consortium behouden blijft en niet geoordeeld kan worden dat een ander Consortium alsnog toegelaten wordt een offerte in te dienen. Dit geldt des te meer nu de rol van Ontwikkelaar thans door een onderneming uit de Willemen-groep, waartoe BCS Investissement NV behoort, waargenomen wordt. De Willemen-groep was, via Willemen Groep nv en Willemen General Contractor nv, van bij aanvang van het Project als Genomineerde Onderaannemer bij het Consortium betrokken. Derhalve wordt de gunningsprocedure uiteindelijk zelfs niet voor derden, dit wil zeggen ondernemingen die geen rol bij de selectie gespeeld hebben, geopend.

Om die redenen is ook aan deze voorwaarde voldaan.

(v) In geval van een Tijdelijke Handelsvennootschap moeten ook de nieuwe leden van de Inschrijver zich, overeenkomstig punt 3.2 van deze Gunningsleidraad, ten opzichte van de Aanbestedende Overheid hoofdelijk en ondeelbaar aansprakelijk verklaren voor de nakoming van de verplichtingen van de Inschrijver.

Het Consortium schreef niet als een Tijdelijke Handelsvennootschap in zodat niet aan deze voorwaarde voldaan moet worden.

(vi) De Aanbestedende Overheid dient haar voorafgaande schriftelijke goedkeuring te geven.

Uit het onderzoek blijkt dat de combinatie Napoleon Games nv – Willemen aan de eisen van de Selectieleidraad voldoet, zodat er geen redenen zijn om de voorgenomen wijziging niet te aanvaarden. Dit geldt des te meer [omdat], zoals hierboven is uiteengezet, slechts twee bidders een tweede offerte hebben ingediend. Het weigeren van de wijziging zou, derhalve, aanzienlijke mededingingsbeperkende gevolgen hebben, hetgeen vanzelfsprekend niet in het belang van het project is.”

15. Uit de voormelde beslissing blijkt dat de verwerende partij in het bijzonder heeft rekening gehouden met het feit dat een weigering van wijziging

aanzienlijke mededingingsbeperkende gevolgen heeft aangezien slechts twee inschrijvers een tweede offerte hebben ingediend.

Het Hof van Justitie lijkt in het arrest van 24 mei 2016, C-396/14, MT Højgaard en Züblin uitdrukkelijk te hebben aanvaard dat, hoewel strikte toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers, in samenhang met artikel 51, derde lid, van de richtlijn 2004/17/EG – dat bepaalt dat de aanbestedende diensten “de door de aldus geselecteerde inschrijvers ingediende inschrijvingen” toetsen – erop zou neerkomen dat enkel gepreselecteerde ondernemers als zodanig offertes mogen indienen en de opdracht enkel aan hen mag worden gegund, het vereiste van juridische en feitelijke identiteit kan worden getemperd om te waarborgen dat er in een procedure van gunning door onderhandelingen voldoende concurrentie is.

Voorts dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de verwerende partij het verzoek om tot vervanging over te gaan, uitgebreid heeft getoetst aan de voorwaarden zoals bepaald in het bestek.

De verzoekende partijen voeren in hun eerste onderdeel uitsluitend een schending aan van de eerste besteksvoorwaarde. Daarbij lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat de gunningsleidraad als voorwaarde voorschrijft dat de wijziging “noodzakelijk [is] omwille van redenen die de Inschrijver aannemelijk maakt”. Er wordt op het eerste gezicht dus verwezen naar de “inschrijver” en niet naar de redenen van het lid van de combinatie dat zich terugtrekt als dusdanig, zodat de interpretatie die de verwerende partij geeft aan deze besteksbevestiging aannemelijk lijkt.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen laten uitschijnen, lijkt de verwerende partij de gunningsleidraad bovendien niet te hebben geïnterpreteerd in de zin dat het toelaatbaar zou zijn om het consortium te wijzigen op ongelimiteerde wijze naar aanleiding van een loutere wilsuiking van één van de leden van het consortium en men aldus blijvend zou kunnen onderhandelen met andere potentiële, betere deelnemers op vlak van aanneming, ontwikkeling, uitbating en ontwerp.

Uit de overwegingen van de bestreden beslissing blijkt immers dat de verwerende partij bij haar beoordeling in het bijzonder rekening heeft gehouden met volgende elementen:

- dat het enkel een vervanging van de ontwikkelaar betreft, terwijl de casino-uitbater, aannemer en ontwerper ongewijzigd blijven zodat de substantie van het consortium behouden blijft en niet geoordeeld kan worden dat een ander consortium alsnog toegelaten wordt een offerte in te dienen;
- dat de referenties van de nv Fico niet doorslaggevend waren voor de selectie van het consortium nu de meest essentiële referenties volgens de verwerende partij door de speelzaaluitbater en de genomineerde onderaannemers werden aangeleverd;
- dat de overblijvende leden van het consortium in hun brief van 20 juni 2016 benadrukken dat zij wel een BAFO wensen in te dienen en ervan overtuigd zijn dat zij binnen hun eigen groepsvennootschappen over voldoende ervaring en *know how* beschikken om de taken waartoe de nv FICO zich geëngageerd had, op zich te nemen;
- dat de rol van ontwikkelaar nu wordt overgenomen door de nv B.C.S. Investissement, een onderneming uit de Willemen-groep. De Willemen-groep was, via Willemen Groep nv en Willemen General Contractor nv, van bij aanvang van het project als genomineerde onderaannemer bij het consortium betrokken.

Al deze elementen kwamen meer bepaald aan bod bij de beoordeling van de derde voorwaarde uit de gunningsleidraad waarin wordt gesteld dat de wijziging geen afbreuk mag doen aan eerder in de gunningsprocedure genomen beslissingen, waaronder de selectiebeslissing.

16. In de mate dat de verzoekende partijen nog aanvoeren dat de verwerende partij, door de aan de eerste voorwaarde gegeven interpretatie, de gelijke behandeling van de inschrijvers op de helling heeft gezet en het transparantiebeginsel zou hebben geschonden, nu de verzoekende partijen onmogelijk konden rekening houden met een schijnbaar toegelaten mogelijkheid tot het wijzigen van het consortium op ongelimiteerde wijze, lijkt het middel-onderdeel dan ook feitelijke grondslag te missen. Zoals blijkt uit hetgeen hierboven werd uiteengezet, heeft de verwerende partij immers op het eerste

gezicht de litigieuze besteksbepaling geenszins op dergelijke wijze geïnterpreteerd.

Voorts dient op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat zowel de selectieleidraad als de gunningsleidraad een wijziging van de leden van de combinatie niet geheel uitsloot nu een aantal voorwaarden worden opgesomd waaronder dergelijke wijziging in beperkte gevallen mag worden toegestaan.

17. In de mate dat de verzoekende partijen ten slotte nog een schending inroepen van artikel 9 van de voormelde wet van 15 juni 2006, dat elke handeling, overeenkomst of afspraak verbiedt die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen, valt op te merken dat de Raad van State reeds herhaaldelijk geoordeeld heeft dat deze bepaling slechts betrekking lijkt te hebben op afspraken tussen inschrijvers.

Voorts stellen zij slechts op algemene wijze dat de vervanging een mededingingsverstoring is, waarbij uitsluitend wordt gewezen op het feit dat de interpretatie van de verwerende partij zou betekenen “dat men gedurende de gunningsprocedure blijvend kan onderhandelen met andere potentiële [...] deelnemers”. De verwerende partij blijkt echter geenszins dergelijke interpretatie te hebben gegeven aan de besteksbepaling en uit de feiten blijkt op het eerste gezicht ook niet dat de combinatie nv FICO en nv Napoleon Games “blijvend [is blijven] onderhandelen met andere potentiële [...] deelnemers”.

18. Het eerste onderdeel van het eerste middel lijkt dan ook niet ernstig.

19. In een tweede onderdeel van het middel betogen de verzoekende partijen nog dat de tweede voorwaarde vermeld in punt 3.3 van de gunningsleidraad werd geschonden aangezien de nv B.C.S. Investissement niet zou beschikken over de vereiste referenties.

Overeenkomstig de rechtspraak van de Raad van State komt het in de eerste plaats toe aan de aanbestedende overheid om de voorgelegde referenties te beoordelen aan de hand van het betrokken selectiecriterium en beschikt zij ter zake over een ruime beoordelingsvrijheid.

De selectieleidraad bevat de volgende bepaling aangaande de vereiste referenties exploitatie/vermarkting nieuw casinogebouw:

“Lijst van minimaal één (1) en maximaal vijf (5) recente (voorlopige oplevering daterend van uiterlijk vijf (5) jaar voorafgaand aan de Aankondiging van het Project) referenties van vastgoedontwikkeling of vermarkting van projecten die betrekking hebben op de uitbating van recreatieve infrastructuur of multifunctionele gebouwen met een minimale totale bouwkost van vijftientig (25) miljoen euro (excl. btw) en een minimale netto vloeroppervlakte van 4000 m². De Ontwikkelaar moet aantonen dat hij instond voor de realisatie, promotie en vermarkting.”

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de nv B.C.S. Investissement twee referenties aanbrengt.

De eerste referentie heeft betrekking op het project ‘Hungaria Building’ te Leuven.

De verwerende partij blijkt op grond van de bij de vervangingsaanvraag gevoegde documenten te hebben vastgesteld dat dit referentieproject betrekking heeft op een bouwkostsom van 25.250.000 euro, btw niet inbegrepen.

Uit het addendum bij het selectieverslag blijkt dat de verwerende partij deze referentie heeft getoetst aan de voormelde selectievoorwaarde en ook heeft aanvaard.

De verzoekende partijen voeren aan dat volgens de eigen website de ‘Hungaria Building’ te Leuven slechts een kostprijs van 23.250.000 euro zou inhouden zodat het vooropgestelde barema van 25.000.000 euro niet wordt gehaald. Zij legt ter ondersteuning hiervan een uittreksel uit een website voor als stuk 11.

Op het eerste gezicht kon de verwerende partij op grond van de bij de aanvraag tot vervanging gevoegde fiche vaststellen dat het referentieproject betrekking heeft op een bouwkostsom van 25.250.000 euro en aldus oordelen dat het vereiste bedrag was bereikt. Dit stuk wordt door de verzoekende partij ook niet van valsheid beticht.

Er blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij kennis had van het door de verzoekende partijen voorgelegde uittreksel van de website. Het uittreksel lijkt voorts niet nader te specificeren wat het bedrag van 23.250.000 euro precies omvat.

Op het eerste gezicht blijkt dan ook niet dat de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden door deze referentie te aanvaarden.

De aanvaarding van deze referentie volstond op het eerste gezicht ook in het licht van voormelde bepaling in de selectieleidraad zodat de overige kritiek die de verzoekende partijen in dit middel aanvoeren en die betrekking heeft op de tweede referentie niet lijkt te moeten worden onderzocht nu deze slechts betrekking lijkt te hebben op overtoollige motieven.

20. Ook het tweede onderdeel van het eerste middel lijkt op het eerste gezicht niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

21. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen een besteksonregelmatigheid aan aangezien de eerste voorwaarde van het punt 3.3 van de gunningsleidraad, en zeker in de interpretatie van de verwerende partij, een discriminerende en onwettige bepaling betreft dewelke in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en meer specifiek het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers, het mededingingsbeginsel en het doorzichtigheidsbeginsel.

In de uiteenzetting van hun middel wijzen zij voorts op de artikelen 5 en 26, § 3, van de wet van 15 juni 2006, die volgens hen de gelijke behandeling van de inschrijvers vooropstellen en artikel 9 van dezelfde wet dat het mededingingsprincipe zou incorporeren.

Zij voeren aan dat deze besteksonregelmatigheid van aard is om de gehele gunningsprocedure aan te tasten. Indien geen toepassing zou zijn gemaakt van dit punt 3.3 van de gunningsleidraad had de uiteindelijke gunning volgens hen zeker en vast een heel ander verloop gekend en had door deze inschrijver geen BAFO-offerte kunnen worden ingediend, aangezien de nv FICO zich had teruggetrokken.

De huidige besteksbe­paling is volgens de verzoekende partijen manifest *contra legem* nu wijzigingen binnen het consortium kennelijk toegelaten zijn zonder dat er sprake is van overmacht of een onvoorziene omstandigheid. De in de besteksbe­paling vereiste “noodzakelijk redenen” worden reeds voldaan door een ongemotiveerde terugtrekking van om het even welk lid van een consortium, op om het even welk tijdstip. Zij wijst daarbij tevens op rechtsleer waaruit zou blijken dat een wijziging van een geselecteerd consortium niet zomaar mogelijk is.

Volgens de verzoekende partijen tast deze flexibele besteksbe­paling in die interpretatie hoe dan ook de gelijkheid aan tussen de geselecteerde deelnemers en is zij eveneens in strijd met het mededingingsbeginsel. Indien een ongemotiveerde terugtrekking van een lid voldoende is om tot vervanging te kunnen overgaan, wordt het de kandidaten of inschrijvers immers toegelaten om tot net voor het indienen van het BAFO op zoek te gaan naar andere leden die meer kunnen tegemoetkomen aan grieven geuit door de aanbestedende overheid. Vanzelfsprekend leidt een dergelijke onvoorwaardelijke flux van leden van een consortium tot mededingingsproblemen voor de andere kandidaten of inschrijvers. Te meer nu *in casu* de verzoekende partijen het kwestieuze punt 3.3 wél wetsconform interpreteerden en een andere interpretatie zeker niet kon worden vermoed.

De houding van de verwerende partij was volgens de verzoekende partijen slechts mogelijk door de onduidelijke, niet precieze en

discretionair interpreteerbare eerste voorwaarde bij punt 3.3 van de gunningsleidraad. Dergelijke besteksbepaling is, in de interpretatie van de verwerende partij, volgens de verzoekende partijen ontoelaatbaar.

Beoordeling

22. Het tweede middel lijkt gesteund te zijn op het uitgangspunt dat punt 3.3, (i), van de gunningsleidraad, zeker in de interpretatie van de verwerende partij, een ongemotiveerde en oneindige vervanging zou toelaten.

23. Zoals reeds werd opgemerkt bij de beoordeling van het eerste middel, lijken de verzoekende partijen daarbij uit het oog te verliezen dat punt 3.3 van de gunningsleidraad nog andere voorwaarden oplegt waaraan cumulatief dient te zijn voldaan, waaronder de onder (ii) gestelde voorwaarde dat er blijvend moet zijn voldaan aan de in de selectieleidraad uiteengezette betrouwbaarheids-, toelaatbaarheids- en geschiktheidsvoorwaarden en de onder (iii) gestelde voorwaarde dat de wijziging geen afbreuk mag doen aan eerder in de gunningsbeslissing genomen beslissingen waaronder de selectiebeslissing.

Zoals blijkt uit hetgeen hiervoor werd uiteengezet bij de beoordeling van het eerste middel, lijkt de verwerende partij artikel 3.3 van de gunningsleidraad dan ook geenszins te hebben geïnterpreteerd in de zin dat de litigieuze besteksbepaling een onvoorwaardelijke en oneindige vervanging van leden van een consortium zou toelaten.

24. Het uitgangspunt waarop het tweede middel is gesteund, faalt.

Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

25. De verzoekende partijen voeren in een derde middel de schending aan van artikel 8 van de wet van 15 juni 2006 en de artikelen 22 en 23

van het koninklijk besluit Plaatsing, in samenhang met het onpartijdigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

In dit middel wordt de wettigheid van de beslissing waarbij de nv FICO wordt vervangen door de nv B.C.S. Investissement betwist, omdat er sprake zou zijn van belangenvermenging ingevolge persoonlijke banden van twee schepenen met het consortium “BCS Investissement nv – Napoleon Games nv”.

De verzoekende partijen wijzen er vooreerst op dat de eerste schepen [L.D.] niet alleen deel uitmaakt van het college van burgemeester en schepenen dat de bestreden beslissing genomen heeft, doch ook deel uitmaakt van de jury zoals samengesteld bij de beoordeling van de BAFO's en aldus heeft deelgenomen aan de finale beoordeling zoals neergeschreven in het juryverslag van 11 juli 2016. Eerste schepen [L.D.] is echter de tante van de [J.D.D.]. [J.D.D.] is zaakvoerder van de bvba Seaport Invest. De bvba Seaport Invest is op haar beurt zaakvoerder van de bvba Belgian Holiday Group, hetgeen een samenwerking is tussen twee familiebedrijven C-Hotels en Zeester Vakanties.

Bij het vermarkten van de hotelfunctie wordt door het consortium “BCS Investissement nv – Napoleon Games nv” voorzien in een samenwerking met C-hotels en Zeester Vakanties. Dit blijkt trouwens ook expliciet uit het juryverslag van 11 juli 2016 waarin dit op bladzijde 28 expliciet staat vermeld. De zaakvoerder van de V.O.F. Zeester Vakanties betreft trouwens de echtgenote van [J.D.D.].

Daarnaast is er volgens de verzoekende partijen ook de schepen van toerisme [M.L.], die de bestreden beslissing heeft genomen, en die samenwerkt in een advocatenkantoor met [P.B.].

C-hotels, betrokken in het BAFO van het consortium “BCS Investissement nv – Napoleon Games nv”, is een handelsbenaming voor vier hotels namelijk Hotel Andromeda, Hotel Helios, Hotel Burlington en Hotel Excelsior. Hotel Excelsior is voor 50 percent in handen van de nv Montfleuri met als aandeelhouder en voorzitter van de Raad van Bestuur [P.B.]. Ook [J.D.D.] is hierin betrokken als aandeelhouder van bvba Hotel Helios Invest.

Hierdoor is er volgens de verzoekende partijen vanzelfsprekend sprake van onmiskenbare en bovendien substantiële belangenvermenging.

Beoordeling

26. Artikel 8 van de wet van 15 juni 2006, bepaalt:

“§ 1. Onverminderd de toepassing van andere verbodsbepalingen die voortvloeien uit een wet, een decreet, een ordonnantie, een reglement of statuut, is het elke ambtenaar, openbare gezagsdrager of ieder ander persoon die op welke wijze ook aan de aanbestedende overheid verbonden is, verboden, op welke wijze ook, rechtstreeks of onrechtstreeks tussen te komen bij de plaatsing en de uitvoering van een overheidsopdracht zodra hij daardoor, persoonlijk of via een tussenpersoon, zou kunnen terechtkomen in een toestand van belangenvermenging met een kandidaat of inschrijver.

§ 2. Deze belangenvermenging wordt alleszins vermoed te bestaan:

1° zodra de ambtenaar, de openbare gezagsdrager of de natuurlijke persoon bedoeld in § 1, bloed- of aanverwant is in de rechte lijn tot de derde graad en in de zijlijn tot de vierde graad of in geval van wettelijke samenwoning, met een van de kandidaten of inschrijvers of met ieder ander natuurlijk persoon die voor rekening van een van hen een directie- of beheersbevoegdheid uitoefent;

2° indien de ambtenaar, de openbare gezagsdrager of de natuurlijke persoon bedoeld in § 1 zelf of via een tussenpersoon eigenaar, mede-eigenaar of werkend vennoot is van één van de kandiderende of inschrijvende ondernemingen dan wel in rechte of in feite, zelf of via een tussenpersoon, een directie- of beheersbevoegdheid uitoefent.

De ambtenaar, de openbare gezagsdrager of de natuurlijke persoon die zich in een van deze toestanden bevindt, is verplicht zichzelf te wraken.

§ 3. Indien de ambtenaar, de openbare gezagsdrager, de natuurlijke persoon of rechtspersoon bedoeld in § 1, zelf of via een tussenpersoon, een of meer aandelen of deelbewijzen ter waarde van ten minste vijf percent van het maatschappelijk kapitaal van een van de kandiderende of inschrijvende ondernemingen bezit, is hij verplicht de aanbestedende overheid daarvan in kennis te stellen.”

De artikelen 22 en 23 van het koninklijk besluit Plaatsing, waarvan eveneens de schending wordt opgeworpen, bepalen voorts wat volgt:

“Art. 22. De ambtenaar, openbare gezagsdrager of natuurlijke persoon die volgens artikel 8, § 2, tweede lid, van de wet verplicht is zichzelf te wraken, meldt dit schriftelijk en onverwijld aan het bevoegde orgaan van de aanbestedende overheid.

Art. 23. Door deel te nemen aan een gunningsprocedure verklaart de kandidaat of inschrijver niet te hebben gehandeld in strijd met artikel 9 van de wet.”

In de mate dat de verzoekende partijen te dezen een schending inroepen van voormeld artikel 23, blijven zij in gebreke toe te lichten op welke wijze deze bepalingen zouden zijn geschonden, zodat het middel op dit punt onontvankelijk lijkt.

Het onpartijdigheidsbeginsel waarborgt zowel de persoonlijke onpartijdigheid van de personeelsleden en de leden van de bestuurlijke organen die mede een beslissing nemen, als de structurele onpartijdigheid van die personeelsleden en bestuurlijke organen op het vlak van de organisatie van deze organen, het verloop van de procedure en het tot stand komen van hun beslissingen.

Voor zover de verzoekende partijen in het middel de schending aanvoeren van de subjectieve onpartijdigheid, dient erop te worden gewezen dat het onpartijdigheidsbeginsel vereist dat een personeelslid, een beraadslagend orgaan of een lid daarvan zich onthoudt van deelname aan de vergadering waarin een beslissing wordt genomen over een onderwerp waarbij de betrokkene, het orgaan of een lid daarvan een rechtstreeks en persoonlijk belang heeft, zodat hij geacht moet worden niet meer op een objectieve wijze te kunnen oordelen. Een belang kan hierbij van morele aard zijn, wanneer een lid van een beraadslagend orgaan reeds een duidelijk standpunt heeft ingenomen en niet zonder gezichtsverlies op zijn standpunt zou kunnen terugkomen.

27. De verzoekende partijen lijken zich te beroepen op de persoonlijke partijdigheid van twee schepenen, die zowel deel uitmaakten van de adviserende jury als van het college van burgemeester en schepenen dat de bestreden beslissing heeft genomen.

Zij wijzen er daarbij op dat bij het vermarkten van de hotelfunctie door het consortium “BCS Investissement nv – Napoleon Games nv” voorzien wordt in een samenwerking met C-hotels en Zeester Vakanties.

28. Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat de ondernemingen C-hotels en Zeester Vakanties in de BAFO-offerte niet als inschrijver, noch als genomineerde onderaannemer lijken te worden vermeld.

29. Aldus blijkt, althans op het eerste gezicht, niet dat er sprake is van een toestand van belangenvermenging zoals bedoeld in artikel 8 van de wet van 15 juni 2006.

30. Wat voorts de beweerde schending van het onpartijdigheidsbeginsel betreft, valt op te merken dat onder rechtstreeks belang volgens de rechtspraak van de Raad van State wordt verstaan alle belangen waarvan het gemeenteraadslid of lid van het college niet met redelijke zekerheid kan worden geacht afstand te kunnen nemen om de belangen van zijn gemeentebestuur voorrang te verlenen boven zijn persoonlijke belangen.

Voorts is ook in het kader van het onpartijdigheidsbeginsel vereist dat het belang rechtstreeks moet zijn, in die zin dat het voor de betrokkene zelf of voor zijn verwanten noodzakelijk uit de genomen beslissing voortvloeit, dat er met andere woorden een oorzakelijk verband bestaat tussen de genomen beslissing en het voor- of nadeel.

Nauw aansluitend met voormelde voorwaarde is het feit dat het belang actueel moet zijn, dat het niet enkel een loutere eventualiteit mag betreffen.

Op het eerste gezicht blijkt, gelet op het voorgaande ook niet dat aan deze vereisten met zekerheid is voldaan.

Het enkele feit dat de schepen [M.L.] advocatenkantoor houdt met [P.B.], lijkt op het eerste gezicht niet afdoende opdat er sprake kan zijn van een rechtstreeks belang.

Bovendien ligt op heden ook geen overeenkomst tussen de gekozen inschrijver met C-Hotels voor, zodat het niet mogelijk lijkt, laat staan in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, om de gevolgen van

dergelijke eventuele overeenkomst op de wettigheid van de procedure te beoordelen die geleid heeft tot aanneming van de bestreden beslissing.

31. Voorts heeft de Raad van State reeds aangenomen dat de miskennis van voormeld artikel 8 – voorheen artikel 10 van de wet van 24 december 1993 – niet steeds moet leiden tot de nietigverklaring van de met miskennis van dat artikel genomen toewijzingsbeslissing of beslissing tot niet selectie, aangezien de wetgever tijdens de parlementaire bespreking van dit artikel de sanctionering overliet aan de appreciatie van de rechter.

Te dezen dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de bestreden beslissing met eenparigheid van stemmen werd genomen door het college van burgemeester en schepenen, terwijl het middel uitsluitend betrekking heeft op twee leden ervan.

De verzoekende partijen doen op het eerste gezicht dan ook niet aannemen dat de omstandigheid dat beide schepenen zich bij de bestreden beslissing niet hebben onthouden, in voorkomend geval een onwettigheid uitmaakt die de bestreden beslissing op een voor hen nadelige wijze heeft beïnvloed.

32. Het derde middel lijkt op het eerste gezicht niet ernstig.

VIII. Besluit en kosten

33. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

34. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv B.C.S. Investissement en de nv Napoleon Games, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 1600 euro, elk voor een achtste, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

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