

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 235.777 van 15 september 2016
in de zaak A. 219.986/XII-8212**

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

Tussenkommende 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 dd. 25 juli 2016 [...] van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke [...] dewelke ertoe strekt het project Casino Middelkerke aan de inschrijver ‘BCS Investissement nv-Napoleon Games’ te gunnen;
- De beslissing dd. 12 juli 2016 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke [...] waarbij de voorkeursbieder werd aangeduid en waarbij de offerte van verzoekende partijen onregelmatig werd verklaard.”

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;
- (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 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.

De verzoekende partijen hebben deze beslissing ook aangevochten in de zaak bij de Raad van State gekend onder het rolnummer 219.983/XII-8210.

3.13. Op 24 juni 2016 dienen zowel de nv B.C.S. Investissement – nv Napoleon Games en 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 inschrijver de nv B.C.S. Investissement – nv Napoleon Games voorlopig en overeenkomstig artikel 5.11 van de gunningsleidraad als voorkeurbieder te kiezen.

Dit zijn de twee bestreden beslissingen in deze zaak.

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.

Tegen deze beslissingen wordt door de nv Middelkerke Casino Kursaal een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid en een beroep tot nietigverklaring ingesteld (zaak gekend onder het rolnummer 219.964/XII-8207).

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 wordt ook door de nv Middelkerke Casino Kursaal een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid en een beroep tot nietigverklaring ingesteld (zaak gekend onder het rolnummer 219.962/XII-8206).

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. Tussenkoms

4. 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 wordt hun verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. 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.

6. 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.

7. Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen 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.

8. 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het tweede middel, tweede middelonderdeel

Standpunt van de partijen

9. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de onregelmatigheid aan van de BAFO van het consortium “BCS Investissement nv-Napoleon Games”.

Dit middel wordt door de verzoekende partijen opgesplitst in drie onderdelen.

In een tweede onderdeel van het middel voeren zij, gelet op “[de] conceptuele omslag en volledig ander projectontwerp [...] ingediend als BAFO [door de tussenkommende partijen] zonder zich te steunen op de eerste of tweede offerte”, de schending aan van de punten 3.3, 5.4, 5.6 en 5.9 van de gunningsleidraad, 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) en van artikel 95 en 109, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing).

Toegelicht wordt dat uit de aangehaalde besteksbepalingen blijkt dat vanaf de eerste offerte een ontwerp-aanzet moet worden gegeven waaruit de architecturale ambities blijken, dat de tweede offerte eveneens een voorontwerp moet bevatten en dat het voorontwerp uit de BAFO moet voortbouwen op dat van de tweede offerte.

De besteksbepalingen 5.4, 5.6 en 5.9 inzake het ontwerp betreffen volgens hen essentiële besteksbepalingen, zodat een afwijking met betrekking tot het ontwerp volgens hen moet leiden tot substantiële onregelmatig-verklaring van de BAFO-offerte. De houding van de verwerende partij, door de toepassingsvoorwaarde van punt 3.3 van de gunningsleidraad volledig uit te hollen en vervolgens een voorontwerp te aanvaarden dat in niets voortbouwt op dat van de tweede offerte, getuigt volgens hen van ontoelaatbaar favoritisme.

Volgens de verzoekende partijen kan de vergelijking van de tweede offerte en de BAFO-offerte tot geen andere conclusie leiden dan dat het een volstrekt ander projectontwerp betreft. Dit is volgens hen ook niet onlogisch gelet op de zeer late wissel van ontwikkelaar.

Zij wijzen erop dat ook uit het beoordelingsverslag en het juryverslag blijkt dat de wijzigingen zowel betrekking hebben “op de morfologie (= d.i. de vorm), de programmatie (= het bouwprogramma, dit is het uit te voeren bouwwerk naar aard, grootte, inplanting, bestemming, enz.) en de interne organisatie van het gebouw”. Hoewel dit expliciet door de jury wordt vastgesteld, wordt hieromtrent niets vermeld met betrekking tot de verenigbaarheid met voormelde bepalingen van de gunningsleidraad.

De verschillen zijn volgens hen significant: “[h]et betreft in feite een volledig ander gebouw, zowel intern (inrichting, indeling en structuur) als extern (algemene vormgeving)”.

Zij merken tevens op dat het juryverslag uitgebreid de architecturale waarde en de ruimtelijke integratie beoordeelt, terwijl dit eigenlijk elementen zijn die al bij de eerste offerte moesten worden beoordeeld.

Bovendien menen zij dat de gebogen zeewering en het doortrekken van de ondergrondse parking elementen zijn die plotseling integraal zijn overgenomen uit het voorontwerp van de verzoekende partijen. In dit verband roepen zij eveneens een schending in van artikel 26, § 3, van de wet van 15 juni 2006 en het gelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partijen menen dan ook dat de verwerende partij zich niet heeft gehouden aan de door haarzelf vooropgestelde regels inzake het verloop van de onderhandelingsprocedure. Ook is er volgens hen sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel omdat de verzoekende partijen de kwestieuze besteksbepalingen wel hebben gevolgd en zij in hun BAFO wel voortbouwden op hun voorontwerp van de tweede offerte. Bovendien mochten zij nooit informatie ontvangen ten aanzien van het projectontwerp van het andere deelnemende consortium.

10. In haar nota antwoordt de verwerende partij dat artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing niet van toepassing is op een onderhandelings-procedure, zodat het middel in zoverre niet ontvankelijk, minstens niet ernstig is.

Wat betreft de wijzigingen aan het ontwerp van de nv B.C.S. Investissement – nv Napoleon Games werpt de verwerende partij in de eerste plaats op dat de verzoekende partijen ook uitdrukkelijk verwijzen naar de bladzijden 11 en 12 van het juryverslag, waarin de bewuste passage over de beoordeling van de BAFO vertrouwelijk is gemaakt.

De verwerende partij wenst niettemin te weerleggen dat de BAFO van de nv B.C.S. Investissement – nv Napoleon Games een volledig nieuw ontwerp is. Zij kan niet ontkennen dat aan het ontwerp verbeteringen zijn aangebracht, maar deze liggen in de lijn van de opmerkingen op de eerste en de tweede offerte, zoals blijkt uit het juryverslag op bladzijde 11 waarin valt te lezen: “In het kader van de Best en Final Offer werd het architecturaal ontwerp van huidige Inschrijver aangepast, voortbouwend op de beoordeling van de Eerste en de Tweede Offerte”, en verder: “Niettegenstaande het vernieuwd ontwerp bouwt de Inschrijver wel voort op de drie centrale pijlers die ook het ontwerp bij de Eerste en de Tweede offerte kenmerkten, zijnde:

- de relatie met de zee;
- de multifunctionele en niet-seizoensgebonden invulling van het overdekte plein;
- de totale beleving van het programma en de context voor toeristen en bewoners van de gemeente Middelkerke”.

Het ontwerp vertrekt nog steeds uit de creatie van een overdekt publiek plein, en ook programmatorisch is er nog steeds sprake van een speelzaal, hotel en horecafaciliteiten, ondergrondse parking, publiek toegankelijk overdekte ruimte, moduleerbare functionele zaal. Dat er optimalisaties in de gewijzigde oppervlaktes of hoeveelheden zijn, doet daaraan geen afbreuk.

De verwerende partij ontkent dat de wijzigingen te maken hebben met de vervanging van de nv FICO: deze is immers na de verlenging van de indieningstermijn aangevraagd, zodat er ruim onvoldoende tijd restte om een BAFO in te dienen die zeggegd “nieuw” zou zijn. Ook kan er geen plagiaat worden vastgesteld op grond van een gebogen contour alleen, gezien er belangrijke

verschillen zijn vast te stellen tussen het ontwerp van de gekozen inschrijver, namelijk geen golvende beweging aan de zijkanten van het casinoplein, een klassiek tallud, voorzien van een vooruitbouw, als zeewering, en één centrale trap naar het strand en dat van de verzoekende partijen, namelijk golvende beweging aan de zijkanten van het casinoplein, techniek van een parapet-stormmuur als zeewering, en twee trappen aan de zijkant van het casinoplein. Wat het “doortrekken van de ondergrondse parking” betreft, dient te worden vastgesteld dat de gekozen inschrijver in één ondergrondse parking voorziet, terwijl de verzoekende partijen een ondergrondse parking in twee bouwlagen voorstellen. Het is voor de verwerende partij dan ook niet duidelijk wat met het “doortrekken” van de ondergrondse parking wordt bedoeld. Ook maken de verzoekende partijen niet hard dat de verwerende partij commerciële informatie van de ene inschrijver aan de andere inschrijver zou hebben bezorgd.

Voorts merkt de verwerende partij op dat het wezenlijk behoort tot de aard van de onderhandelingsprocedure dat aanpassingen aan het ontwerp zoals deze aan het ontwerp van de gekozen inschrijver kunnen worden gedaan. Artikel 109, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, waarnaar de verzoekende partijen overigens verwijzen, laat uitdrukkelijk toe om met de inschrijvers over de door hen ingediende offertes te onderhandelen “om die aan te passen aan de eisen die zij in de opdrachtdocumenten heeft vermeld en om de beste offerte te kiezen”.

De verwerende partij stelt dat zij het evolutief gegeven van het ontwerp duidelijk doorheen de projectdocumentatie heeft doorgetrokken, zo ook in de gunningsleidraad. Op de eerste plaats was van bij de eerste offerte duidelijk dat het ontwerp vanuit een concept vertrok en niet reeds een definitief karakter diende te krijgen. Ten tweede bevat de gunningsleidraad in punt 5.9 een duidelijke bepaling dat zij doorheen de verschillende offertes geen kwaliteitsvermindering wenst, waar wordt bepaald dat de inschrijvers, behoudens de voorziene gevallen, het algehele prijs- en kwaliteitsniveau van hun reeds ingediende offerte in hun BAFO niet mogen verminderen. *A contrario* is een verbetering dus wel toegestaan. Een verbod zou elke zingeving aan de onderhandelingsprocedure ontnemen en bovendien de gelijke behandeling tussen de twee inschrijvers schenden vermits de verwerende partij in dat geval de mededinging volledig zou moeten uitschakelen door een inschrijver te verbieden zijn offerte, rekening houdend met de tussentijdse

beoordelingen en de onderhandelingen, te verbeteren. In die zin moeten ook de instructies voor de indiening van de tweede offerte en de BAFO worden begrepen. Ten derde is ook in de beschrijving van het gunningscriterium “architecturaal ontwerp van het Nieuwe Casinogebouw” het gefaseerd karakter van het ontwerp benadrukt: “De beoordeling van het subgunningscriterium ‘Architecturaal ontwerp van het Nieuwe Casinogebouw’ zal gefaseerd geschieden”.

Tot slot wijst de verwerende partij erop dat de jury voor de beoordeling van het gunningscriterium “kwaliteit van de ontwikkeling van het Nieuwe Casinogebouw” niet bij de beoordeling van de eerste en de tweede offerte was betrokken, hetgeen alleen reeds aantoonde dat de eerste en de tweede offerte slechts een “voorlopig” karakter hadden.

Voor zover er al een verplichting zou bestaan om op de voorgaande offertes voort te bouwen zonder dat deze kwalitatief verbeterd zouden mogen worden, is die verplichting alleszins niet op straffe van onregelmatigheid van de offerte voorgeschreven.

Een schending van die zogenaamde besteksvereiste kan evenmin een ongelijke behandeling van de inschrijvers als gevolg hebben. In de indiening van een BAFO was steeds voorzien zodat een inschrijver hiervan kan gebruikmaken om zijn beste offerte in te dienen. Na elke offerteronde hebben de inschrijvers een uitgebreide beoordeling van hun offerte ontvangen, waarin duidelijk de positieve en de negatieve punten van hun offerte werden benadrukt. Beide inschrijvers werden dan ook op voet van volledige gelijkheid behandeld. De verzoekende partijen kunnen dan ook niet argumenteren dat zij zelf niet in de mogelijkheid waren om een zogenaamde “significant” verbeterde offerte voor te leggen.

11. Ook de tussenkomenende partijen wijzen in de eerste plaats op het flexibel karakter van de onderhandelingsprocedure, dat een marge laat voor zelfs significante wijzigingen in de loop van de procedure. Deze marge wordt begrensd door het gelijkheidsbeginsel en het al dan niet wezenlijke karakter van de wijzigingen. Zij verwijzen hiervoor naar het arrest HvJ, van 19 juni 2008, C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur. De verzoekende partijen tonen niet aan

dat de betrokken wijzigingen een wezenlijk karakter hebben in het licht van deze rechtspraak.

De wijzigingen waarnaar de verzoekende partijen verwijzen, situeren zich alle in het kader van de BAFO-instructies en kunnen worden verklaard aan de hand van de opmerkingen in het beoordelingsverslag van de tweede offerte, waarin valt te lezen: “Bij de verdere uitwerking van het architecturale ontwerp bouwt de Inschrijver voort op drie centrale pijlers, zijnde:

- de relatie met de zee;
- de multifunctionele en niet-seizoensgebonden invulling van het overdekte plein;
- de totale beleving van het programma en de context voor toeristen en bewoners van de gemeente”.

In het beoordelingsverslag over de tweede offerte wordt door de aanbestedende overheid het volgende standpunt ingenomen met betrekking tot de architecturale waarde van het gebouw:

“De Aanbestedende Overheid meent dat de architectuur nog verder op punt kan worden gesteld zodat qua vormgeving en materialisatie een zekere abstractie wordt beoogd en de kracht, elegantie en eenvoud van de luifel wordt geëvenaard en/of wordt versterkt’.

‘Het standpunt van de Inschrijver dat deze hybride architectuur een beeldversterkende keuze is, wordt door de Aanbestedende Overheid niet geheel onderschreven. De Aanbestedende Overheid verkiest de gevels op een meer abstracte en minder thematische wijze uit te werken’.

(...)

Wat de esthetische waarde van het ontwerp betreft, is vooral het overdekte plein beeldbepalend op het maaiveldniveau. Eén en ander wordt versterkt door de doorgetrokken materialisatie van de dijkpromenade en de onderzijde van de luifel, die met reflecterend materiaal zal worden uitgerust en als ‘eye-catcher’ zal fungeren. Daarentegen is de materialisatie van de bovenzijde van de luifel in de Tweede Offerte onvoldoende uitgewerkt. Door de casinobalk ter hoogte van de luifel te integreren, geeft de Inschrijver aan dat de bovenzijde vanuit de huidige appartementsblokken niet waarneembaar zal zijn. Voor de Aanbestedende Overheid blijft het evenwel onduidelijk of de gebruikers van de hotel-, casino-, en wellnessfuncties op dit dak zullen uitkijken. Daarenboven is niet duidelijk of het dak als terras of groendak zal worden ingericht dan wel of er fotovoltaïsche panelen zullen worden geïnstalleerd.

Aan de zijde van het Epernay-plein wordt het casino over de volledige breedte van de luifel als een balk uitgewerkt. Het lijkt alsof deze balk de

aanzet tot de ontwikkeling van de luifel geeft. Hierdoor wordt het poëtisch aspect van de luifel, dat in de Eerste Offerte nog nadrukkelijk aanwezig was, door een zwaarder aandoend geheel vervangen.

Vanuit het perspectief van de dijkpromenade wordt het silhouet van het Nieuwe Casinogebouw door de twee verticale volumes van het hotelgebeuren en door de horizontale balk van het casino gekenmerkt. De Aanbestedende Overheid meent dat de architectuur nog verder op punt kan worden gesteld zodat qua vormgeving en materialisatie een zekere abstractie wordt beoogd en de kracht, elegantie en eenvoud van de luifel wordt geëvenaard en/of wordt versterkt.

De Aanbestedende Overheid stelt daarnaast vast dat de drie volumes voornamelijk als separate volumes worden uitgewerkt, met een gedifferentieerde gevelmaterialisatie en (voorzichtige) vormgeving. De volumes verkrijgen op die manier een eigen identiteit, die aansluit bij de (diverse) functies die ze huisvesten. Het standpunt van de Inschrijver dat deze hybride architectuur een beeldversterkende keuze is, wordt door de Aanbestedende Overheid niet geheel onderschreven. De Aanbestedende Overheid verkiest de gevels op een meer abstracte en minder thematische wijze uit te werken. Het voorstel van de Inschrijver om de gevels van de twee verticale volumes in geanodiseerd aluminium te realiseren, wordt dan ook als een interessant uitgangspunt beschouwd.

Het is, tot slot, onvoldoende duidelijk wat de visuele impact zal zijn in geval (delen van) het overdekte plein door middel van schuifpanelen zal (zullen) worden afgesloten. De beeldsimulaties die in de Tweede Offerte zijn opgenomen, illustreren voornamelijk de situatie waarin deze schuifpanelen niet worden gebruikt.”

In antwoord op deze opmerkingen van de verwerende partij op het ontwerp met twee torens en een plint wordt in de BAFO gekozen voor één volume met een vloeiende beweging.

Voorts werd op grond van een verdere analyse van de financiële haalbaarheid ervoor gekozen om het *long stay*-hotel te verlaten ten voordele van een klassiek hotel met 60 kamers, waardoor het hoogste volume uit het ontwerp werd verwijderd en de hybride architectuur onderbroken.

Wat betreft de parking werd in het beoordelingsverslag tweede offerte gesteld dat de vraag rijst of het voorziene aantal parkeerplaatsen (circa 360) wenselijk is het ganse jaar door, mede gelet op de grote impact op de totale bouwkost, en wordt het voorstel van de inschrijver om na te gaan in hoeverre de parking als een rotatieparking kan worden ingezet, als een nuttige oefening

beschouwd. Op grond van deze opmerkingen werd ervoor gekozen om de parking in de BAFO te beperken tot 183 plaatsen.

Ook de gegolfde constructie, met behoud van de trappenpartij, komt tegemoet aan de opmerking van de verwerende partij, waarin wordt gesteld:

“Het voorstel van de Inschrijver om de zeedijkwering met trappenpartijen te versterken, is uitvoeringstechnisch goed onderbouwd. Wel dient met het risico op watergolven die via de trappenpartij het overdekte plein blank zouden zetten, rekening te worden gehouden. Om dit te verhinderen dienen ter hoogte van de trappen vermoedelijk beweegbare schermen te worden geïntegreerd. Aan de Inschrijver wordt gevraagd om deze en/of andere pistes in zijn BAFO te bestuderen.”

De aangebrachte wijzigingen betreffen aldus allemaal verbeteringen aan het ontwerp om tegemoet te komen aan de opmerkingen van de verwerende partij in het kader van haar evaluatie van de tweede offerte.

Beoordeling

12. Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat de beweerde schending van artikel 9 van de wet van 15 juni 2006 in dit onderdeel niet wordt toegelicht, zodat het middelonderdeel op dit punt niet ontvankelijk lijkt.

Wat de aangevoerde schending van artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing betreft 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, wordt vastgesteld dat deze bepaling niet van toepassing is op een onderhandelingsprocedure. Evenmin blijkt dat deze bepaling door het bestek van toepassing wordt gemaakt. In zoverre een schending van deze bepaling wordt aangevoerd is het middelonderdeel dan ook niet ernstig.

13. 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 26, § 3, van voormelde wet bepaalt voorts dat de aanbestedende overheid tijdens de onderhandelingen de gelijke behandeling van alle inschrijvers verzekert en met name geen discriminerende informatie verstrekt die bepaalde inschrijvers kan bevoordelen.

Artikel 109, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt eveneens dat de aanbestedende overheid tijdens de onderhandelingen de gelijke behandeling van alle inschrijvers waarborgt en dat zij geen discriminerende informatie geeft die sommige inschrijvers kan bevoordelen tegenover andere.

De gevolgde gunningsprocedure is die van de onderhandelingsprocedure. Deze procedure is gekenmerkt door een zekere mate van flexibiliteit. Deze flexibiliteit is evenwel niet onbeperkt. Ze wordt in elk geval begrensd door het gelijkheidsbeginsel en door de regels die de aanbestedende overheid in haar bestek heeft bepaald.

Anders dan de tussenkomende partijen aanvoeren, is de leer van het Pressetext arrest, hier niet aan de orde. Het arrest Pressetext van het Hof van Justitie (HvJ, 19 juni 2008, C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur) handelt niet over de marge aan wijzigingen aan een offerte in het kader van een onderhandelingsprocedure, doch over de vraag wanneer er sprake is van een wezenlijke wijziging van een lopende opdracht tengevolge waarvan tot een nieuwe plaatsing van de overheidsopdracht dient te worden overgegaan. In het kader van het betrokken middelonderdeel ligt echter uitsluitend de vraag voor naar de mogelijkheid tot wijziging van de offerte in het kader van de onderhandelingsprocedure, welke vraag dient te worden beoordeeld vanuit het *patere legem*-beginsel en het gelijkheidsbeginsel.

14. Inzake het verloop van de onderhandelingsprocedure bepaalt de gunningsleidraad onder meer wat volgt:

“5.1. Aard van de procedure

Het Project wordt via een onderhandelingsprocedure gegund.

Gedurende de gunningsprocedure kan de Aanbestedende Overheid aan de Inschrijvers steeds vragen om bepaalde onderdelen van hun Offerte toe te lichten, te preciseren of nauwkeuriger te omschrijven. De Aanbestedende

Overheid zal dit alleen doen voor zover dit niet tot concurrentievervalsing of discriminatie dreigt te leiden.

Hierna zal een voorstelling van de verschillende procedurestappen binnen de gunningsfase worden gegeven. Die voorstelling is indicatief. De Aanbestedende Overheid behoudt zich het recht voor om het verloop van de procedure in te korten, te verlengen of te wijzigen, indien de omstandigheden van de gunningsprocedure dit zouden vereisen.

[...]

5.4 Indiening van de Eerste Offerte

[...]

(i) Architecturale en stedenbouwkundige ambities

De eerste offerte dient een helder beeld te geven van de beoogde stedenbouwkundige en architecturale ambities van de inschrijver.

De Inschrijver dient meer in het bijzonder aan te tonen dat hij een concept heeft ontwikkeld dat de maatschappelijke doelstellingen (architecturale identiteit in overeenstemming met DNA van de gemeente, de functionele behoeften, de autonome en/of synergetische werking van de binnen- en buitenactiviteiten), de technische randvoorwaarden (gebruikerscomfort, energiebeheersing, duurzaam materiaalgebruik, onderhoudskost, ...) en de esthetische ambities van het Project met elkaar verbindt.

In dat kader dient de Inschrijver zijn visie aangaande de ruimtelijke integratie toe te lichten [...].

[...]

Ook dient de Inschrijver een beeldkwaliteitsplan op te stellen dat aan de hand van referentiebeelden zal zijn opgebouwd. De Inschrijver moet tot slot een eerste ontwerp-aanzet geven, door middel van conceptschetsen, desgevallend aangevuld met collages, fotomontages, principiële schema's,... Deze conceptschetsen zullen in deze fase echter niet als bindend worden aanzien.

[...]

5.6. Indienen van de Tweede Offerte

Op basis van de beoordeling van de Eerste Offerte en de aanvullende stukken die de Aanbestedende Overheid zal overmaken, zullen de Inschrijvers tot de indiening van een Tweede Offerte worden uitgenodigd. De Tweede Offerte zal een voorontwerp voor het Nieuwe Casinogebouw moeten bevatten.

5.7. Beoordeling van de Tweede Offerte

De Aanbestedende overheid zal de Tweede Offerte aan alle gunningscriteria toetsen. De gunningscriteria en hun beoordelingswijze zijn in punt 6 van deze Gunningsleidraad weergegeven.

De Aanbestedende Overheid zal op basis van deze toetsing en de scores die door de betreffende Inschrijvers werden behaald een rangschikking opstellen.

De Aanbestedende Overheid heeft het recht om na de beoordeling van de Tweede Offerte enkel de twee best gerangschikte Inschrijvers tot de indiening van een BAFO uit te nodigen.

De Aanbestedende Overheid zal de Inschrijvers die tot de volgende fase van de gunningsprocedure worden uitgenodigd, de (afzonderlijke) schriftelijke evaluatie van hun Tweede Offerte, de aangepaste Projectdocumenten en/of aanvullende stukken bezorgen.

5.8. Onderhandelingsmomenten met het oog op de indiening van de BAFO
De onderhandelingen met het oog op de indiening van een BAFO strekken ertoe de Inschrijvers toe te laten het volledige Project uit te werken, de Offertes te optimaliseren (d.w.z. de globale prijs-kwaliteitsverhouding te verbeteren) en over de bepalingen van de Projectovereenkomsten te onderhandelen. [...]

[...]

Tijdens de onderhandelingen kan de Aanbestedende Overheid de Inschrijvers vragen om bepaalde onderdelen van hun Tweede Offerte nader uit te werken.

5.9 Indienen van de BAFO's

De Inschrijvers dienen hun BAFO in overeenstemming met de bepalingen van deze Gunningsleidraad, bij de Aanbestedende Overheid in te dienen. De BAFO zal naast een voorontwerp dat op de Tweede Offerte voortbouwt, ook een maquette moeten bevatten.

De Inschrijvers mogen het algehele prijs- en kwaliteitsniveau van hun reeds ingediende Offertes in hun BAFO niet verminderen, behoudens in geval:

- (i) die wijziging het gevolg is van aanpassingen of preciseringen van de Opdrachtdocumenten, die middels één of meerdere Wijzigende Berichten werden doorgevoerd;
- (ii) die wijziging het gevolg is van verduidelijkingen, aanvullingen, commentaren en/of toelichtingen van de Opdrachtdocumenten, die middels een Algemene of Bijzondere Verduidelijking werden meegedeeld; of
- (iii) de wijziging het voorwerp heeft uitgemaakt van onderhandelingen.

Voorgaande alinea laat het recht van de Inschrijvers onverlet om aangelegenheden die reeds in hun Offerte vermeld waren in hun BAFO specifieker of ruimer te omschrijven.

De BAFO's die het prijs- en kwaliteitsniveau van de eerder ingediende Offertes op een niet-toelaatbare wijze verminderen, kunnen van verdere beoordeling worden uitgesloten."

15. Uit de hiervoor aangehaalde bepalingen van de gunningsleidraad blijkt op het eerste gezicht duidelijk dat de inschrijvers reeds vanaf de eerste offerte een ontwerpaanzet moeten geven, zij het dat deze conceptschetsen volgens de gunningsleidraad in deze fase niet als bindend worden aangezien.

De tweede offerte moet echter reeds een voorontwerp bevatten voor het nieuwe casinogebouw. In tegenstelling tot wat het geval is wat betreft de eerste offerte, bepaalt de gunningsleidraad nergens dat het voorontwerp in deze fase nog steeds als niet bindend wordt aangezien. Dit lijkt op het eerste gezicht ook

in de lijn te liggen van de vastgestelde procedure, nu de gunningsleidraad tevens bepaalt dat de aanbestedende overheid het recht heeft om na de beoordeling van de tweede offerte enkel de twee best gerangschikte inschrijvers tot de indiening van een BAFO uit te nodigen.

Eveneens volgens de gunningsleidraad strekken de onderhandelingen met het oog op de indiening van de BAFO-offertes er vervolgens toe de inschrijvers toe te laten het volledige project uit te werken, de offertes te optimaliseren – dat wil zeggen de globale prijs-kwaliteitsverhouding te verbeteren – en over de bepalingen van de projectovereenkomsten te onderhandelen, waarbij de inschrijvers ook kunnen worden gevraagd om bepaalde onderdelen van hun tweede offerte nader uit te werken.

De gunningsleidraad schrijft ook uitdrukkelijk voor dat de BAFO-offerte een voorontwerp dient te bevatten “dat op de Tweede Offerte voortbouwt”, alsook een maquette.

16. Er blijkt voorts niet dat de verwerende partij deze bepalingen inzake het verloop van de onderhandelingsprocedure zou hebben gewijzigd.

In de BAFO-instructies die aan de inschrijvers werden bezorgd, werd immers nog het volgende opgemerkt:

“Op basis van de beoordeling van de Eerste en Tweede Offerte en de aanvullende stukken die de Aanbestedende Overheid zal overmaken, worden de Inschrijvers tot de indiening van een BAFO uitgenodigd. De Tweede Offerte vormt daarbij het uitgangspunt van de BAFO. Van de Inschrijvers wordt dan ook verwacht dat zij voortbouwen op de reeds ingediende voorstellen en die voorstellen op basis van de evaluatie en nieuwe inzichten verder uitwerken en concretiseren.”

De verwerende partij blijkt in de BAFO-instructies dan ook nogmaals te hebben bevestigd dat de tweede offerte “het uitgangspunt” dient te vormen van de BAFO en dat voortgebouwd dient te worden op de reeds ingediende voorstellen. Er is enkel sprake van het “verder uitwerken en concretiseren” van deze voorstellen.

Dat in de gunningsleidraad tevens wordt gesteld dat de inschrijvers, behoudens in enkele uitdrukkelijk bepaalde gevallen, het algehele prijs- en kwaliteitsniveau van hun reeds ingediende offertes in hun BAFO niet mogen verminderen, lijkt op het eerste gezicht geen afbreuk te doen aan het voorgaande, doch veeleer een bijkomende beperking in te houden.

17. Een eenvoudige visuele vergelijking van het voorontwerp van de tweede offerte van het consortium nv FICO - nv Napoleon Games, met het voorontwerp van de BAFO-offerte van het consortium nv B.C.S. Investissement - nv Napoleon Games, toont op het eerste gezicht reeds aan dat het een geheel nieuw ontwerp betreft. Het voorontwerp in de tweede offerte blijkt immers een constructie te zijn bestaande uit drie volumes met twee torens en een horizontale balk, terwijl het voorontwerp uit de BAFO slechts één volume inhoudt bestaande uit een boogvorm.

In het juryverslag, waarop de bestreden gunningsbeslissing is gesteund, wordt overigens uitdrukkelijk gesteld dat de wijzigingen zowel de morfologie, de programmatie alsook de interne organisatie van het gebouw betreffen.

Die vaststelling lijkt de eerdere opmerking van de jury dat de inschrijver het architecturaal ontwerp heeft aangepast, voortbouwend op de beoordeling van de eerste en tweede offerte, dan ook geheel te ontkrachten.

De overwegingen in het juryverslag dat het nieuwe ontwerp voortbouwt op drie centrale pijlers in de eerste en tweede offerte, zijnde “de relatie met de zee”, “de multifunctionele en niet-seizoensgebonden invulling van het overdekte plein” en “de totale beleving van het programma en de context voor toeristen en de bewoners van de gemeente Middelkerke”, lijken op het eerste gezicht niet van aard om te besluiten dat het nieuwe ontwerp beschouwd kan worden als een louter “verder uitwerken en concretiseren” van de tweede offerte zoals op het eerste gezicht bedoeld in de gunningsleidraad en nog benadrukt in de BAFO-instructies.

Het voorontwerp in de BAFO-offerte betreft op het eerste gezicht een geheel ander gebouw, zowel wat de vormgeving betreft – boogvorm bestaande uit één volume in plaats van een constructie met horizontale balk en twee torens bestaande uit drie volumes – als de interne organisatie – locatie van de diverse functies binnen het gebouw, omvang van hotel en parking. Voorts blijkt de totale oppervlakte van het gebouw en de parking op het eerste gezicht meer dan gehalveerd te zijn en werden ook de inplanting van het gebouw of de gebouwen, de locatie van het overdekt plein en de aard van de zeewering – gebogen zeewering versus eerder rechte zeewering – volledig gewijzigd.

Dat het in het kader van de gevoerde onderhandelingsprocedure toelaatbaar is om verbeteringen aan te brengen aan de tweede offerte wordt door de verzoekende partijen op het eerste gezicht niet betwist. Het feit dat de gunningsleidraad bepaalt dat tijdens de onderhandelingen de aanbestedende overheid de inschrijvers kan vragen “om bepaalde onderdelen van hun Tweede Offerte nader uit te werken”, en in de BAFO-instructies hieromtrent wordt gesteld dat de inschrijvers “[o]p basis van de beoordeling van de Eerste en de Tweede Offerte en de aanvullende stukken die de Aanbestende Overheid zal overmaken, [...] tot de indiening van een BAFO [worden] uitgenodigd”, vormt op het eerste gezicht in het licht van de overige bepalingen van de gunningsleidraad en BAFO-instructies evenwel geen vrijbrief voor het indienen van een volledig gewijzigd voorontwerp. In tegenstelling tot wat de verwerende partij en de tussenkomenende partijen aanvoeren, en zoals blijkt uit hetgeen hiervoor reeds werd uiteengezet, lijkt het in de BAFO-offerte voorgestelde voorontwerp op het eerste gezicht niet te kunnen worden gelijkgesteld met een verbeterd ontwerp om tegemoet te komen aan een opmerking van de verwerende partij bij de beoordeling van de tweede offerte.

Door de BAFO-offerte van het consortium nv B.C.S. Investissement – nv Napoleon Games te aanvaarden en de opdracht aan deze inschrijver te gunnen, lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht dan ook gehandeld te hebben in strijd met de door haarzelf vastgestelde bepalingen inzake het verloop van de onderhandelingsprocedure en het *patere legem*-beginsel te hebben geschonden.

18. Bovendien lijkt zij de gelijke behandeling van de inschrijvers te hebben geschonden zoals vervat in de artikelen 5 en 26, 3°, van de wet van 15 juni 2006 en artikel 109, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit Plaatsing.

De verzoekende partijen lijken zich in hun BAFO-offerte immers wel gehouden te hebben aan voormelde besteksbepalingen waar het voorontwerp in de BAFO-offerte voortbouwt op het voorontwerp uit de tweede offerte.

In de mate dat de verwerende partij nog betoogt dat er geen sprake zou zijn van een ongelijke behandeling aangezien de verzoekende partijen zelf in de mogelijkheid zouden zijn geweest om een zogenaamde significant verbeterde offerte in te dienen, valt op te merken dat de bepalingen van de gunningsleidraad en de BAFO-instructies door een gewoon zorgvuldig inschrijver op het eerste gezicht niet konden worden geïnterpreteerd in de zin dat het toelaatbaar was om een geheel nieuw ontwerp in te dienen.

Indien de verzoekende partijen hadden geweten dat het volgens de verwerende partij wél toelaatbaar was om een geheel ander voorontwerp in te dienen, hadden zij misschien ook een andere, en mogelijks ook regelmatige, BAFO-offerte ingediend. Zo lijkt bijvoorbeeld een project van een beduidend kleinere omvang op het eerste gezicht gemakkelijker te financieren.

Bijgevolg lijkt het rechtsherstel er dan ook geenszins in te kunnen bestaan dat enkel de nv B.C.S. Investissement – nv Napoleon Games in de gelegenheid zou worden gesteld om een nieuwe BAFO-offerte in te dienen.

19. De verzoekende partijen merken daarnaast nog op dat de gebogen zeewering en het doortrekken van de ondergrondse parking elementen zijn die integraal zijn overgenomen uit het voorontwerp van de verzoekende partijen en dat de verwerende partij aldus discriminerende informatie zou hebben verstrekt over hun voorontwerp die de gekozen inschrijver zou hebben bevoordeeld.

Op het eerste gezicht bedoelen de verzoekende partijen met het doortrekken van de ondergrondse parking dat de nieuw aan te leggen parking wordt ontsloten via de reeds bestaande parking. Op het eerste gezicht blijkt dit element echter ook reeds aanwezig in de tweede offerte van het consortium nv FICO – nv Napoleon Games aangezien in het beoordelingsverslag uitdrukkelijk wordt opgemerkt dat de ondergrondse parking via de huidige private parking wordt ontsloten. Er blijkt op het eerste gezicht dan ook niet dat dit punt zou zijn overgenomen uit de offerte van de verzoekende partijen en dat de verwerende partij hierover discriminerende informatie zou hebben verstrekt.

Wat de zeewering betreft, dient daarentegen op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat, waar de tweede offerte van het consortium nv FICO – nv Napoleon Games onmiskenbaar een rechte zeewering bevatte, deze in de BAFO-offerte wordt vervangen door een gebogen zeewering die op het eerste gezicht heel sterk lijkt op de gebogen zeewering die de verzoekende partijen reeds in hun tweede offerte hadden voorgesteld. Op grond van de stukken van het administratief dossier kan op het eerste gezicht echter niet worden vastgesteld dat de verwerende partij hierover discriminerende informatie zou hebben verstrekt. Dit blijkt op het eerste gezicht alvast niet uit het beoordelingsverslag van de tweede offerte van het consortium nv FICO – nv Napoleon Games.

Dit doet echter geen afbreuk aan de hiervoor reeds vastgestelde schending van het *patere legem*-beginsel en het gelijkheidsbeginsel.

20. Het tweede onderdeel van het tweede middel is in de besproken mate ernstig.

De verzoekende partijen hebben als inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard ook belang bij dit onderdeel van het middel omdat slechts één offerte, namelijk deze van de tussenkomen partijen, door de verwerende partij regelmatig werd verklaard en het ernstig bevinden van dit middelonderdeel leidt tot de vaststelling dat de gunningsbeslissing moet worden geschorst in haar tenuitvoerlegging. De hierna bevolen schorsing lijkt de belangen van de verzoekende partijen te vrijwaren zonder dat hun kritiek op de onregelmatigverklaring van hun eigen offerte nog nader moet worden onderzocht,

mede in het licht van het advies van het auditoraat waarbij deze kritiek niet ernstig werd bevonden.

VII. Belangenafweging

21. In ondergeschikte orde vraagt de verwerende partij de Raad van State om een belangenafweging te verrichten met toepassing van artikel 17, § 2, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en om, gezien de nadelige gevolgen volgens haar geenszins opwegen tegen de voordelen die de verzoekende partijen bij een eventuele schorsing zouden bekomen, de schorsing niet te bevelen.

Zij voert hieromtrent het volgende aan:

“163. Zoals reeds in het feitenrelaas werd vermeld, verstrijkt de duur van de concessieovereenkomst die de verwerende partij met MICAS nv - de actuele uitbater van het bestaande casinogebouw – afsloot, op 31 december 2016.

Het is van cruciaal belang dat ook na die datum op het grondgebied van de gemeente Middelkerke een kansspelinrichting klasse I operationeel zal zijn. Het casino draagt immers sterk bij tot de aantrekkingskracht van de gemeente. Het vormt één van de belangrijkste toeristische attracties, die ook buiten het hoogseizoen een grote populariteit kent.

Een gebeurlijk schorsingsarrest zal dan ook onvermijdelijk tot een terugval in de bezoekersaantallen leiden. De inspanningen van de verwerende partij om de toeristische attractiviteit van haar gemeente te verhogen, zullen bijgevolg in grote mate teniet worden gedaan. Ook op financieel gebied zou een eventuele schorsing van de bestreden beslissingen nefast zijn. Indien geen nieuwe concessieovereenkomst kan worden gesloten, zal de verwerende partij de jaarlijkse concessievergoedingen mislopen.

Uit het voorgaande vloeit voort dat een eventuele schorsing aan het openbaar belang afbreuk zal doen.

In voorkomend geval kunnen echter ook particuliere belangen in het gedrang komen. Zo dient het lot van de personeelsleden die thans in dienst van MICAS nv zijn, onder de aandacht te worden gebracht. Zoals in het feitenrelaas werd aangehaald, voorzien de opdrachtdocumenten dat deze personeelsleden, met behoud van verworven rechten, door de nieuwe speelzaaluitbater zullen moeten worden aangeworven. Een gebeurlijk schorsingsarrest zal de continuïteit van hun tewerkstelling echter in gevaar brengen.

164. Volgens de vaste rechtspraak van Uw Raad is het wezenlijk belang bij het aanvechten van beslissingen in verband met overheidsopdrachten

gelegen in het feit dat de verzoekende partij zélf de overheidsopdracht gegund wil krijgen.

In casu lijkt het oogmerk van de verzoekende partijen evenwel anders te zijn. Door een substantieel onregelmatige offerte in te dienen, hebben de verzoekende partijen te kennen gegeven niet bereid te zijn het project overeenkomstig de in de opdrachtdocumenten beschreven modaliteiten te realiseren. Onderhavig beroep lijkt er dan ook enkel en alleen toe te strekken de verwerende partij stokken in de wielen te steken en het project te dwarsbomen.

Overigens wordt die strategie niet alleen door de verzoekende partijen, maar ook door de nv MICAS gevolgd. De verwerende partij kan zich maar moeilijk van de indruk ontdoen dat de herhaalde beroepen die door die laatste werden ingesteld (bij Uw Raad gekend onder de rolnummers G/A 219.964/XII-8207, G/A 219.962/XII-8206, G/A 219.372/XII-8148 en G/A 217.752/XII-7972) enerzijds, en de beroepen van de verzoekende partijen anderzijds, in eenzelfde beschadigingsoperatie kaderen.

Het is evident dat de procedure voor Uw Raad zich niet voor dergelijke operaties leent.

165. Derhalve is het eventuele ‘voordeel’ dat voor de verzoekende partijen uit een schorsing van de bestreden beslissingen zou voortvloeien, niet rechtmatig. Tegen een dergelijk voordeel kunnen de hiervoor geschetste nadelen van een eventuele schorsing, voor derden en voor het openbaar belang, geenszins opwegen. In die omstandigheden is er reden om, met toepassing van artikel 17, § 2, tweede lid, van de RvS-Wet, de gevorderde schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet te bevelen.”

Beoordeling

22. Wat de gevraagde belangenafweging betreft, verwijst de verwerende partij verkeerdelijk naar artikel 17, § 2, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Te dezen dient toepassing te worden gemaakt van artikel 15, derde lid, van de wet van 17 juni 2013, dat luidt als volgt:

“De verhaalinstantie kan, ambtshalve of op verzoek van één van de partijen, rekening houden met de vermoedelijke gevolgen van de schorsing van de uitvoering en van de voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsook met het openbaar belang, en kan beslissen om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige maatregelen niet toe te staan wanneer de negatieve gevolgen ervan groter zouden zijn dan de voordelen ervan.”

23. In het licht van de hiervoor vastgestelde onwettigheden, kan het standpunt van de verwerende partij vooralsnog niet worden bijgevalen dat de offerte van de tussenkomen partijen de meest voordelige offerte uitmaakt en dat de verzoekende partijen geen aanspraak meer kunnen maken op een redelijke kans op gunning van de opdracht.

Zoals hiervoor reeds werd opgemerkt, impliceert het tweede onderdeel van het tweede middel – indien het ernstig en gegrond wordt bevonden – immers dat de opdracht op basis van de voorliggende BAFO-offertes aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

Gelet op de grote moeite die de verzoekende partijen zich hebben getroost om eerst een aanvraag tot deelneming en vervolgens een eerste, een tweede en een BAFO-offerte in te dienen, lijkt evenmin met de verwerende partij te kunnen worden aangenomen dat zij niet geïnteresseerd zouden zijn om zelf de overheidsopdracht gegund te krijgen.

24. Ook de lange looptijd van de opdracht maakt dat de belangen van de verzoekende partijen op ernstige wijze worden geschaad, te meer daar het ook wat zijn aard betreft, geen courante opdracht lijkt te betreffen.

25. De verwerende partij laat bovendien van haar kant na het door haar aangevoerde nadeel te concretiseren. Zij beweert enkel dat dit “onvermijdelijk tot een terugval in de bezoekersaantallen [zal] leiden”, zonder dit nader te onderbouwen.

Voorts wordt *prima facie* niet aangetoond dat door de schorsing van de bestreden gunningsbeslissing de uitbating van een casino in Middelkerke acuut zou worden onderbroken.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt weliswaar dat de duur van de concessieovereenkomst die de verwerende partij met de actuele uitbater van het bestaande casinogebouw sloot, afloopt op 31 december 2016.

De verwerende partij toont echter niet concreet aan dat, zelfs indien het rechtsherstel erin zou bestaan dat een nieuwe gunningsprocedure wordt opgestart, er niet voldoende wettelijke mogelijkheden zijn om, eventueel tijdelijk, toch in de uitbating van een casino te voorzien, hetzij door verlenging van de bestaande concessie, hetzij door een nieuwe tijdelijke gunning van een concessie voor de uitbating van een casino op de huidige of een andere locatie.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt op het eerste gezicht ook dat dergelijke alternatieve locatie reeds voorhanden is.

Om diezelfde reden maakt zij evenmin aannemelijk dat de continuïteit van de tewerkstelling van de leden van het casino onmiddellijk in gevaar is. Ook in geval van een verlenging of van een nieuwe tijdelijke gunning van een concessie voor de uitbating van het casino, lijkt zij immers een vergelijkbare clause aangaande het personeel te kunnen opnemen in de concessievoorwaarden.

In de mate dat de verwerende partij nog wijst op een financieel nadeel omdat zij, indien geen nieuwe concessieovereenkomst kan worden gesloten, jaarlijkse concessievergoedingen zal mislopen, valt op te merken dat zij dit nadeel zelf lijkt te kunnen ondervangen door een nieuwe tijdelijke gunning van een concessie voor de uitbating van een casino op de huidige of een andere locatie.

Bovendien lijkt de gemeente zich veeleer bloot te stellen aan een groter financieel nadeel indien de Raad van State louter op grond van belangenafweging niet tot de schorsing van de gunningsbeslissing zou overgaan en vervolgens ten gronde tot nietigverklaring zou besluiten gelet op de bijzondere bepalingen inzake de beëindigingvergoedingen zoals opgenomen in de goedgekeurde DBFMO-overeenkomst, waarin ook expliciet in de betaling van vergoedingen door de gemeente is voorzien in geval van “[v]roegtijdige beëindiging in geval van Vernietiging van de gunningsprocedure of de gunningsbeslissing”.

26. Er is dan ook niet aangetoond dat de vermoedelijk negatieve gevolgen van de schorsing van de bestreden beslissing te dezen groter zouden zijn dan de voordelen.

VIII. Besluit en kosten

27. Het tweede onderdeel van het tweede middel is ernstig gebleken en verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing. De kosten waaronder de door de verzoekende partijen gevraagde rechtsplegingsvergoeding, worden in beraad gehouden.

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 beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke van 25 juli 2016 waarbij de opdracht voor het project Casino Middelkerke aan de nv B.C.S. Investissement – nv Napoleon Games wordt gegund.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

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