

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.332 van 9 februari 2017
in de zaak A. 221.211/XII-8297**

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 BELGIE
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 WILLEMEN GROEP
3. de NV E.C.K.
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 13 januari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing dd. 29 december 2016 [...] van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke [...] dewelke ertoe strekt enerzijds het project Casino Middelkerke aan de inschrijver ‘SPV Testerep (bvba in oprichting) - E.C.K. nv’ te gunnen en anderzijds ertoe strekt de inschrijvers ‘Infiniti Gaming Middelkerke nv - 3D Domestic Projects bvba’ en de ‘Versluys Bouwgroep bvba-Golden Palace Casino (nv in oprichting) – General Automatic Amusement nv – Citexar nv’ te weren”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 januari 2017 hebben de nv B.C.S. Investissement, de nv Willemen Groep en de nv E.C.K. gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 februari 2017, 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 Bartels 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. Op 25 juli 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke om de opdracht voor het “project Casino Middelkerke” aan de “B.C.S. Investissement NV – Napoleon Games NV” te gunnen.

3.2. Bij arrest nr. 235.777 van 15 september 2016 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de gunningsbeslissing van 25 juli 2016.

3.3. Op 27 september 2016 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing van 25 juli 2016 waarbij het “project Casino Middelkerke” aan inschrijver “BSC Investissement NV – Napoleon Games NV” werd gegund, in te trekken en de lopende onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor het “project Casino Middelkerke” stop te zetten.

3.4. Een nieuwe overheidsopdracht voor de aanneming van werken, met als benaming “Project Casino Middelkerke” wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 oktober 2016 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 13 oktober 2016.

Het project bestaat uit twee onderdelen:

- (a) De realisatie en uitbating van het nieuwe casinogebouw waarvoor de opdrachtnemer met de aanbestedende overheid een DBFMO-overeenkomst sluit.
- (b) De inrichting en uitbating van de speelzaal waarvoor de aanbestedende overheid met de speelzaaluitbater een concessieovereenkomst sluit.

Het project bestaat daarbij uit een vast deel en een voorwaardelijk deel:

- (a) Vast projectonderdeel DBFMO: het opstellen van een definitief ontwerp en uitvoeringsdossier en het bekomen van definitieve projectvergunningen voor het project door de opdrachtnemer.
- (b) Vaste concessieonderdeel: de inrichting en uitbating van de tijdelijke speelzaal gedurende de ontwerp- en de bouwfase van het nieuwe casinogebouw door de speelzaaluitbater.
- (c) Voorwaardelijk projectonderdeel DBFMO: ontwerpen, bouwen, financieren, onderhouden en uitbaten van het nieuwe casinogebouw, uitbating en vermarkting van de functies in het nieuwe casinogebouw en garanderen dat de nieuwe speelzaal door de speelzaaluitbater kan worden uitgebaat, door de opdrachtnemer.
- (d) Voorwaardelijke concessieonderdeel: de inrichting en de uitbating van de nieuwe speelzaal door de speelzaaluitbater.

Als gunningsprocedure wordt gekozen voor een open offerte-aanvraag.

3.5. Inzake de technische bekwaamheid worden in de aankondiging de volgende vereisten gesteld:

“(a) Referenties Uitbating Speelzaal van de kandidaat-Speelzaaluitbater: Minimaal één (1) (daterend van uiterlijk drie (3) jaar voorafgaand aan de aankondiging van het project) referentie die betrekking heeft op de exploitatie van een speelzaal van een kansspelinrichting klasse I, onder de vergunning klasse A of gelijkwaardig en/of een kansspelinrichtingklasse II, onder de vergunning klasse B of gelijkwaardig, zoals bedoeld in de wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de weddenschappen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers.

(b) Referenties exploitatie/vermarkting nieuw Casinogebouw: Lijst van minimaal één (1) en maximaal drie (3) 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 ontwikkelingskost (erelonen ontwerp + aannemingskosten) van 20 000 000 EUR (excl. btw) en een minimale netto vloeroppervlakte van 4 000 m².

De ontwikkelaar moet aantonen dat hij instond voor (delen van) de ontwikkeling, promotie en vermarkting.

(c) Referenties uitvoering bouwwerken Nieuw Casinogebouw:

Lijst van minimaal drie (3) recente en maximaal vijf (5) (voorlopige oplevering daterend van uiterlijk 5 jaar voorafgaand aan de Aankondiging van het Project) referenties van projecten die betrekking hebben op de realisatie van nieuwbouw van vergelijkbare infrastructuur. Met vergelijkbare infrastructuur wordt recreatieve infrastructuur (bioscopen, theaterzalen, zwembaden, pretparken, casino's) of multifunctionele gebouwen (gebouwen met een combinatie van functies zoals horeca, huisvesting, parking, etc.) bedoeld met een minimale totale bouwkost van 20 000 000 euro (excl. BTW) en een minimale netto vloeroppervlakte van 4000 m².

(d) Referenties ontwerp architectuur:

Lijst van minimaal 3 en maximaal 5 recente (finaal ontwerp daterend van uiterlijk vijf (5) jaar voorafgaand aan de Aankondiging van het Project) referenties van gelijkaardige projecten die betrekking hebben op het ontwerp van nieuwbouw van vergelijkbare infrastructuur met een minimale totale bouwkost van 10 miljoen euro (excl. btw).

Met vergelijkbare infrastructuur wordt recreatieve infrastructuur of multifunctionele gebouwen bedoeld.

Maximaal twee (2) referenties die enkel betrekking hebben op wedstrijdontwerpen worden in aanmerking genomen.

Minimaal één (1) gerealiseerde referentie heeft een minimale netto vloeroppervlakte van 4 000 m² en een minimale bouwkost van 20 miljoen euro (excl. btw).

Minimaal één (1) recente (ontwerp daterend van uiterlijk vijf (5) jaar voorafgaand aan de Aankondiging van het Project) referentie van een landmark-gebouw met een minimale totale bouwkost van 20 miljoen euro (excl. btw) en een minimale netto vloeroppervlakte van 4 000 m².

Eventuele minimumeisen:

Klasse 8: meer dan 5 330 000 EUR, categorie: D.”

3.6. Het bestek vermeldt de volgende gunningscriteria:

“

1.	Kwaliteit van de ontwikkeling van het nieuwe Casinogebouw (punt 6.3)	(70 punten)
	- Architecturaal ontwerp van het Nieuwe Casinogebouw (punt 6.3.1) waarbij 10 punten zullen worden toegekend in functie van de snelheid en de kwaliteit van de door de Inschrijver voorgestelde Projectplanning	(50 punten)
	- Inrichting en uitbating van het Nieuwe Casinogebouw en de Speelzaal (punt 6.3.2.)	(20 punten)
2.	Financiële kwaliteit van de Offerte	(30 punten)
	- Vergoedingen (punt 4.1.)	(15 punten)
	- Robuustheid Financieel Plan (punt 4.2)	(15 punten)

”

Volgens het bestek zullen minstens de volgende vergoedingen door de opdrachtnemer/speelzaaluitbater verschuldigd zijn:

- “(i) Een vaste jaarlijkse Canon voor het Nieuwe Casinogebouw, die krachtens de DBFMO-overeenkomst en de Opstalovereenkomst vanaf de geplande datum van ingebruikname van het Nieuwe Casino gebouw door de Opdrachtnemer verschuldigd zal zijn (hierna: ‘C1’);
- (ii) Een vaste Concessievergoeding voor de uitbating van de Nieuwe Speelzaal, die krachtens de Concessieovereenkomst Tijdelijke en Nieuwe Speelzaal vanaf de geplande datum van ingebruikname van het Nieuwe Casinogebouw door de Speelzaaluitbater verschuldigd zal zijn (hierna: ‘C2’);
- (iii) Een vaste Concessievergoeding voor de uitbating van de Tijdelijke Speelzaal, die krachtens de Concessieovereenkomst Tijdelijke en Nieuwe Speelzaal vanaf de inwerkingtreding van de Concessieovereenkomst door de Speelzaaluitbater verschuldigd zal zijn (hierna: ‘C3’);”

3.7. Drie inschrijvers dienen tijdig een offerte in:

- SPV Testerep (bvba in oprichting) - E.C.K. nv;
- Infiniti Gaming Middelkerke nv - 3D Domestic Projects bvba;
- Versluys Bouwgroep bvba - Golden Palace Casino (nv in oprichting) - General Automatic Amusement nv – Citexar.

3.8. De verwerende partij stelt vervolgens diverse vragen aan de inschrijvers om toelichting te verkrijgen bij de ingediende offertes, die door de inschrijvers worden beantwoord.

3.9. In het gunningsverslag wordt vastgesteld dat zowel inschrijver “Infiniti Gaming - 3 D Domestic Projects” als inschrijver “Versluys - Golden Palace” niet beschikken over de in het bestek vereiste technische bekwaamheid. De derde inschrijver “Testerep-ECK” voldoet volgens het gunningsverslag wel aan alle gestelde selectievereisten inzake de technische bekwaamheid.

Daarenboven zijn volgens het gunningsverslag zowel de offerte van inschrijver “Infiniti Gaming – 3 D Domestic Projects” als de offerte van inschrijver “Versluys – Golden Palace” aangetast door een substantiële

onregelmatigheid, respectievelijk wegens gebrek aan bijgevoegde projectplanning en ongeldige ondertekening offerteformulier. De offerte van “Testerep-ECK” wordt wel regelmatig bevonden. Bijgevolg wordt in het gunningsverslag enkel de offerte van deze inschrijver getoetst aan de gunningscriteria. Vervolgens wordt voorgesteld om de opdracht aan inschrijver “Testerep-ECK” te gunnen.

3.10. Op 29 december 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke om het gunningsverslag goed te keuren en om overeenkomstig het gunningsverslag inschrijvers “Infiniti Gaming Middelkerke nv/ 3D Domestic Projects bvba” en “Versluys Bouwgroep bvba – Golden Palace Casino (nv in oprichting) – General Automatic Amusement nv – Citexar” te weren en om de opdracht voor het project Casino Middelkerke te gunnen aan inschrijver “SPV Testerep (bvba in oprichting) - E.C.K. NV”.

3.11. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 30 december 2016 wordt voormelde beslissing meegedeeld aan de inschrijvers.

IV. Tussenkost

4. De nv B.C.S. Investissement, de nv Willemen Groep en de nv E.C.K. 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. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 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.

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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan “van artikel 20 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 58, §1, 2°, en 60, § 2 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ [hierna: koninklijk besluit Plaatsing], van de artikelen 5.3. B ii), en 5.4, e), derde lid, van het bestek, samen met de schending van het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het vertrouwensbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van de formele motiveringsplicht als opgenomen in de wet van 29 juli 1991[‘ betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’].”

In dit middel voeren de verzoekende partijen aan dat zij door de verwerende partij ten onrechte niet werden geselecteerd wegens het niet voldoen aan de selectievoorwaarden betreffende de technische bekwaamheid.

Het middel wordt opgesplitst in drie onderdelen.

In een eerste onderdeel betogen de verzoekende partijen dat uit geen enkel punt uit het bestek blijkt dat de voorlopige oplevering van de referentieprojecten reeds moest hebben plaatsgevonden.

In een tweede onderdeel voeren de verzoekende partijen in essentie aan dat de bestreden beslissing geen rekening houdt met de door hen opgegeven referenties “Lighthouse-Belview”, “Hotel de Police te Charleroi” en “La Réserve te Knokke”.

In een derde onderdeel betogen de verzoekende partijen nog dat, wat het selectievereiste van artikel 5.3 B. ii), van het bestek betreft, op discretionaire wijze wordt voorbijgegaan aan artikel 60, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing overeenkomstig welke bepaling de kandidaat of de inschrijver, behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, de gevraagde inlichtingen en documenten niet dient voor te leggen indien hij dit reeds gedaan heeft voor een andere procedure, uitgeschreven door dezelfde aanbestedende overheid op voorwaarde dat hij die procedure precies vermeldt in zijn aanvraag tot deelneming of offerte en mits de bedoelde inlichtingen en documenten aan de gestelde vereisten beantwoorden. Nochtans heeft de verwerende partij voor de beoordeling of aan de selectievereisten inzake de technische bekwaamheid inzake de uitbating van de speelzaal was voldaan wél toepassing gemaakt van voormeld artikel 60, § 2. Zij wijzen erop dat zij in de eerste gunningsprocedure reeds drie toereikende referenties hadden aangereikt – Lichttoren, Barbarahof en Lighthouse Belview, waarvan Lighthouse Belview bovendien ook uitdrukkelijk bij de voorliggende open offerteaanvraag als referentieproject werd gevoegd zoals aangevoerd in het tweede onderdeel.

Beoordeling

7. Aangezien de verzoekende partijen in hun middel nalaten uiteen te zetten op welke wijze de bestreden beslissing artikel 20 van de voormelde wet van 15 juni 2006 schendt, lijkt het middel op het eerste gezicht niet ontvankelijk in de mate dat een schending van deze wetsbepaling wordt aangevoerd.

8. Artikel 60 van het koninklijk besluit Plaatsing luidt als volgt:

“§ 1. De aanbestedende overheid die via elektronische middelen kosteloos toegang heeft tot de inlichtingen of documenten uitgaande van overheidsinstanties die haar in staat stellen de in artikel 58, § 1, bedoelde situatie van de betrokken kandidaten of inschrijvers na te gaan, stelt laatstgenoemden ervan vrij de in die artikelen bedoelde inlichtingen mee te delen of documenten voor te leggen.

De aanbestedende overheid vermeldt in de opdrachtdocumenten de inlichtingen of documenten welke ze via elektronische weg zal opvragen. Zij vraagt zelf deze inlichtingen of documenten op en bewaart de resultaten ervan in het administratief dossier.

§ 2. Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, dient de kandidaat of de inschrijver de gevraagde inlichtingen en documenten niet voor te leggen indien hij dit reeds gedaan heeft voor een andere procedure, uitgeschreven door dezelfde aanbestedende overheid, op voorwaarde dat hij die procedure precies vermeldt in zijn aanvraag tot deelneming of offerte en mits de bedoelde inlichtingen en documenten aan de gestelde vereisten beantwoorden.”

9. Inzake de technische bekwaamheid worden in de aankondiging onder meer de volgende vereisten gesteld:

“(b) Referenties exploitatie/vermarkting nieuw casinogebouw:

Lijst van minimaal één (1) en maximaal drie (3) 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 ontwikkelingskost (erelonen ontwerp + aannemingskosten) van 20 miljoen euro (excl. BTW) en een minimale netto vloeroppervlakte van 4 000 m².

De Ontwikkelaar moet aantonen dat hij instond voor (delen van) de ontwikkeling, promotie en vermarkting.”

Artikel 5.3. B ii), van het bestek, waarvan de verzoekende partijen de schending opwerpen, luidt als volgt:

“ii. Referenties exploitatie / vermarkting nieuw Casinogebouw:

Lijst van minimaal één (1) en maximaal drie (3) 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 ontwikkelingskost (erelonen ontwerp + aannemingskosten) van 20 miljoen euro (excl. BTW) en een minimale netto vloeroppervlakte van 4.000 m².

De Ontwikkelaar moet aantonen dat hij instond voor (delen van) de ontwikkeling, promotie en vermarkting.”

Artikel 5.4, e), derde lid, van het bestek, waarvan eveneens de schending wordt opgeworpen, bepaalt bovendien:

“De vereiste referenties moeten aan de volgende formele eisen voldoen:

[...]

De referenties voor de exploitatie/ vermarkting van het Nieuwe Casino-gebouw, moet minstens volgende gegevens vermelden:

- Korte omschrijving van het project oppervlakte, eenheden, functies, doelgroep en behoeften, etc.)
- Naam opdrachtgever met gegevens contactpersoon
- Situering in de tijd van het project
- een opgave van de gevraagde kost van het totale project (voor zover relevant);
- Status van realisatie en commercialisering en, desgevallend, de op dit ogenblik voorziene termijn van realisatie en voorziening van commercialisering;”

In artikel 5.4.e), vijfde lid, van het bestek worden nog de volgende algemene formele vereisten gesteld:

“Bij elke referentie is aan te geven wat de relevantie is t.o.v. het Project. Dezelfde referentie kan, indien relevant, voor meerdere subcategorieën gebruikt worden.

Het voorstellen van meer referentieprojecten dan per discipline is opgegeven is niet toegelaten. Indien een Inschrijver meer dan het opgegeven aantal referentieprojecten indient, behoudt de Aanbestedende Overheid zich het recht voor om enkel de projecten in overweging te nemen die het meest vooraan in de aanvraag tot deelneming werden opgenomen.

Het voorstellen van minder referentieprojecten dan het opgegeven minimumaantal is evenmin toegelaten, gezien de Inschrijver moet aantonen over voldoende ervaring te beschikken, die in verhouding staat tot de aard en de complexiteit van het Project.”

10. In het gunningsverslag, waar de bestreden gunningsbeslissing naar verwijst, wordt geoordeeld dat de verzoekende partijen niet voldoen aan de selectievoorwaarden betreffende de technische bekwaamheid op grond van de volgende motivering:

“Exploitatie/vermarkting nieuw casinogebouw

De Inschrijver geeft met betrekking tot deze discipline de volgende referenties op: One Carlton te Knokke, Kop van ‘t sas te Bredene en Victoria te Oostende.

Géén van deze referenties voldoet aan de minimale eisen gesteld in het Bestek. Er werd vereist dat het gaat om een gebouw of project dat het voorwerp van voorlopige oplevering heeft uitgemaakt. De referentie One Carlton te Knokke betreft een gebouw dat nog volledig gerealiseerd moet worden (aanvang van de werken zou pas begin 2017 zijn) en dus niet reeds het voorwerp van voorlopige oplevering uitmaakte of kon uitmaken. Afgezien daarvan wordt over de status van de vermarkting van het gebouw geen informatie gegeven. De referenties Kop van ‘t sas te Bredene en Victoria te Oostende voldoen, zoals blijkt uit de door de Inschrijver zelf gegeven informatie, niet aan de vereisten inzake minimale totale ontwikkelingskost. Aldus toont deze Inschrijver niet aan dat hij inzake deze discipline over de vereiste technische bekwaamheid beschikt. Voor de gedetailleerde analyse wordt naar de onder Bijlage 3 bijgevoegde beoordelingstabel verwezen.”

11. Wat de formele motivering van de bestreden beslissing betreft, moet deze, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partijen afleiden uit de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de

belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

In de mate dat in het middel de formele motivering van de niet-selectie van de verzoekende partijen aan de orde is, tonen de verzoekende partijen niet op het eerste gezicht aan waarom de meegedeelde motieven hun niet in staat stelden terdege te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen hun niet-selectie. In het gunningsverslag worden immers duidelijk de referenties vermeld die de verwerende partij heeft beoordeeld, evenals waarom deze volgens de verwerende partij niet voldoen. Het tegendeel blijkt overigens ook uit het hier besproken middel, waarin de verzoekende partijen deze motivering uitgebreid betwisten. Aldus lijkt op dat punt voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens de *ratio legis* ervan.

12. In een eerste onderdeel van het middel betogen de verzoekende partijen dat uit geen enkel punt uit het bestek blijkt dat de voorlopige oplevering van de referentieprojecten reeds moest hebben plaatsgevonden. Integendeel geeft het bestek volgens de verzoekende partijen zelf aan dat bij de referentieprojecten voor de exploitatie of vermarkting van het Nieuwe Casinogebouw de “voorziene” termijn van realisatie en commercialisering moet worden vermeld, hetgeen de verzoekende partijen ook expliciet zouden hebben gedaan.

13. In de eerste plaats komt het aan de aanbestedende overheid toe de kandidaten te beoordelen vanuit het oogpunt van de technische bekwaamheid aan de hand van de vereisten daaromtrent gesteld in de aankondiging, en om de in dat verband voorgelegde documenten en inlichtingen te beoordelen. Zij beschikt daarbij over een zekere beoordelingsvrijheid.

Wel dient de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de kandidaten de regels die zij zelf heeft vastgelegd in de opdrachtdocumenten te respecteren, alsook de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals de zorgvuldigheidsplicht en het beginsel van de gelijke behandeling.

Wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimumeisen inzake selectie mag de aanbestedende overheid de betrokken kandidaat niet selecteren, op

straffe van anders het bestek en de gelijke behandeling van de inschrijvers te schenden.

Het komt voorts toe aan de kandidaat voor een overheidsopdracht om zijn kandidaatstelling voldoende te stofferen en te onderbouwen, teneinde de aanbestedende overheid toe te laten om op grond van de kandidaatstelling te beoordelen of betrokkene aan de gestelde selectie-eisen voldoet.

14. De in het gunningsverslag door de verwerende partij gehanteerde interpretatie, dat de betrokken referentie inzake exploitatie/vermarkting een gebouw of een project moet betreffen dat het voorwerp van voorlopige oplevering heeft uitgemaakt, lijkt te passen binnen de door haar in de aankondiging en het bestek gestelde selectievoorwaarden.

Zowel in de aankondiging als in het bestek wordt immers uitdrukkelijk bepaald dat een lijst dient te worden opgegeven van “minimaal één (1) en maximaal drie (3) recente (voorlopige oplevering daterend van uiterlijk vijf (5) jaar voorafgaand aan de Aankondiging van het Project) referenties”.

Overigens is er niet alleen sprake van “voorlopige oplevering” bij de vereiste referenties inzake “Exploitatie/vermarkting nieuw casinogebouw”, doch ook bij de gevraagde referenties inzake “uitvoering bouwwerken nieuw casinogebouw”.

Op het eerste gezicht lijkt het, ook in het licht van artikel 69, 7°, van het koninklijk besluit Plaatsing - waarin eveneens gewag wordt gemaakt van attesten van goede uitvoering - niet onzorgvuldig dat de aanbestedende overheid voor het beoordelen van de technische bekwaamheid slechts rekening wenst te houden met projecten die zich reeds bevinden in de fase van voorlopige oplevering. Wat de referenties uitvoering bouwwerken betreft worden overigens ook uitdrukkelijk attesten van goede uitvoering vereist.

Het standpunt van de verzoekende partijen dat er in het voormelde selectievereiste slechts sprake zou zijn van de “voorlopige oplevering”

om het begrip “recent” te definiëren, lijkt op het eerste gezicht dan ook niet te kunnen worden bijgevalen.

Aangezien reeds in de aankondiging sprake was van “voorlopige oplevering”, lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht evenmin de reeds in de aankondiging gestelde selectie-eis in het gunningsverslag *a posteriori* te hebben verstrengd, zoals de verzoekende partijen betogen.

In de mate dat de verzoekende partijen nog aanvoeren dat het bestek zelf zou aangeven dat bij de referentieprojecten voor de exploitatie of vermarkting van het nieuwe casinogebouw de “voorziene” termijn van realisatie en commercialisering moet worden vermeld, valt op te merken dat in de hiervoor aangehaalde besteksbepalingen van artikel 5.4.e, derde lid, slechts de formele eisen lijken te worden gesteld die de verwerende partij moeten toelaten om na te gaan of de referenties van de inschrijver aan de in de aankondiging gestelde minimale selectievereisten voldoen.

Luidens artikel 58, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit Plaatsing geeft “de aanbestedende overheid in de aankondiging van opdracht of, bij gebrek aan een dergelijke aankondiging, in de uitnodiging tot het indienen van een offerte, aan welke de vastgestelde kwalitatieve selectiecriteria zijn en welke de te verstrekken noodzakelijke inlichtingen en documenten zijn”. Bijgevolg dient te worden verwezen naar de lijst opgesomd in de aankondiging.

Uit de offerte van de verzoekende partijen blijkt – en dit wordt door de verzoekende partijen ook niet betwist – dat, wat de referentie “One Carlton” betreft, de aanvang van de werken pas begin 2017 zou plaats vinden. Bovendien blijkt aangaande de status van vermarkting geen informatie te zijn gegeven.

Voorts lijkt het voormelde selectie criterium op het eerste gezicht ook op gelijke wijze te zijn toegepast bij de beoordeling van de drie inschrijvers. Zo lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht ook de referentie PPS Sion van inschrijver Testerep-ECK niet te hebben aanvaard omdat die referentie op een project betrekking had dat nog niet voorlopig was opgeleverd.

Met de verwerende partij en de tussenkomende partijen dient tot slot op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de verzoekende partijen in het verzoekschrift dat aanleiding gaf tot het arrest nr. 235.776 van de Raad, zelf aangevoerd hebben dat het “Project Sion” van inschrijver BCS Investissement-Napoleon Games niet aan de voorwaarden uit de selectieleidraad voldeed omdat het project slechts gedeeltelijk gerealiseerd was en aldus de door de verwerende partij in de bestreden beslissing gehanteerde interpretatie zelf lijkt te hebben onderschreven.

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

15. In een tweede onderdeel voeren de verzoekende partijen in essentie aan dat de bestreden beslissing geen rekening houdt met de door hen opgegeven referentie “Lighthouse-Belview”, niettegenstaande deze referentie aan de criteria voldoet én ook in de eerste gunningsprocedure reeds werd voorgelegd én aanvaard door de verwerende partij. Daardoor zou ook het vertrouwensbeginsel manifest miskend zijn. Daarnaast zou de verwerende partij ook verkeerdelijk voorbijgaan zijn aan de voorgelegde referentieprojecten “Hotel de Police te Charleroi” en “La Réserve te Knokke”.

16. Zowel in de aankondiging als in het bestek werd in het kader van de voorliggende open offerteaanvraag uitdrukkelijk bepaald dat de inschrijvers met betrekking tot de referenties “exploitatie/vermarking nieuw Casinogebouw” een lijst dienden op te geven van minimaal één (1) en maximaal drie (3) recente referenties.

Tevens werd uitdrukkelijk bepaald dat het voorstellen van meer referentieprojecten dan per discipline is opgegeven niet toegelaten was en dat, indien een inschrijver meer dan het opgegeven aantal referentieprojecten indient, de aanbestedende overheid zich het recht voorbehoudt om enkel de projecten in overweging te nemen die het meest vooraan in de aanvraag tot deelneming werden opgenomen.

De voormelde bepalingen uit de aankondiging en het bestek worden door de verzoekende partijen niet betwist.

Uit de stukken van het administratief dossier lijkt nog te mogen worden afgeleid dat de offerte van de verzoekende partijen, wat de opgave van de vereiste referenties inzake technische bekwaamheid betreft, duidelijk minder gestructureerd is dan de offertes van de overige twee inschrijvers. De verzoekende partijen hebben slechts een aantal referenties toegevoegd, gescheiden door drie schutbladen, terwijl de overige twee inschrijvers in hun offerte niet alleen in schutbladen voorzien, doch ook expliciet verduidelijken welke referenties worden opgegeven voor welk onderdeel.

Op het eerste gezicht mocht de verwerende partij de offerte van de verzoekende partijen zo begrijpen dat zij voor het hier besproken onderdeel in het kader van de huidige open offerteaanvraag drie referenties hebben opgegeven: “One Carlton te Knokke”, “Kop van’t Sas te Bredene” en “Victoria te Oostende”, hetgeen ter terechtzitting ook niet lijkt te worden betwist.

Minstens lijkt zij zich overeenkomstig de voormelde besteks-bepaling te hebben mogen beperken tot de drie projecten die het meest vooraan werden opgenomen.

Op het eerste gezicht heeft de verwerende partij dan ook niet gehandeld in strijd met de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen door geen rekening te houden met de referentie “Lighthouse-Belview” - welke referentie op het eerste gezicht pas achter het tweede schutblad in de offerte vermeld wordt – aangezien de verzoekende partijen er zelf voor lijken te hebben gekozen om in het kader van de huidige algemene offerteaanvraag voor dit onderdeel drie nieuwe referenties op te geven, het bestek uitdrukkelijk voorschrijft dat het voorstellen van meer referentieprojecten dan per discipline is opgegeven, niet is toegelaten en de verwerende partij zich in het bestek ook het recht heeft voorbehouden om, als meer referentieprojecten worden ingediend, enkel de projecten in overweging te nemen die het meest vooraan in de aanvraag tot deelneming werden opgenomen.

17. Om dezelfde redenen lijkt niet te kunnen worden aangenomen dat de verwerende partij ten onrechte is voorbijgaan aan de referentieprojecten “Hotel de Police te Charleroi” en “La Réserve te Knokke”.

Op het eerste gezicht mocht de verwerende partij de offerte van de verzoekende partijen zo begrijpen dat deze referenties door de verzoekende partijen niet werden opgegeven als één van de drie referenties voor dit onderdeel, doch slechts bij de referenties aangaande de “Bouwwerken”. Minstens behoorden zij niet tot de eerste drie opgegeven referenties.

Bovendien lijkt in deze referenties op het eerste gezicht ook nergens te worden gewezen op het aspect “ontwikkeling, promotie en vermarkting”, noch te worden aangegeven welke onderneming daarvoor instond.

18. Ook het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

19. In een derde onderdeel betogen de verzoekende partijen nog dat, wat het selectievereiste in artikel 5.3. B ii), van het bestek betreft, op discretionaire wijze wordt voorbijgegaan aan het artikel 60, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing doordat de verwerende partij geen rekening heeft gehouden met de door de verzoekende partijen opgegeven referenties inzake exploitatie of vermarkting van het nieuwe casino in het kader van de eerste, inmiddels stopgezette, gunningsprocedure.

Overeenkomstig artikel 60, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing moet een kandidaat of inschrijver, behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, de gevraagde inlichtingen en documenten voor een bepaalde opdracht van dezelfde aanbestedende overheid, niet voorleggen indien hij dit reeds gedaan heeft voor een andere opdracht. Deze bepaling is echter slechts van toepassing onder meer onder de voorwaarde dat de kandidaat of inschrijver in zijn aanvraag tot deelneming of offerte de referenties van de vorige procedure vermeldt.

De inhoud van deze bepaling wordt in het toepasselijke bestek uitdrukkelijk hernomen onder 5.1.1. aangaande de algemene uitsluitingsgronden.

20. Te dezen blijkt op het eerste gezicht echter niet dat aan de voormelde bepaling is voldaan.

Op het eerste gezicht blijken de verzoekende partijen voor dit onderdeel immers drie nieuwe referenties te hebben opgegeven. Nergens in de offerte van verzoekende partijen lijkt, wat het voldoen aan de eisen inzake technische bekwaamheid betreft, naar het eerder ingediende selectiedossier van 15 april 2015 te worden verwezen.

Voorts dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partijen, in tegenstelling tot de offertes van de twee andere inschrijvers, inzake de “uitbating speelzaal” geen enkele referentie bevat.

Het feit dat de verwerende partij wel toepassing heeft gemaakt van de voormelde bepaling bij de beoordeling van de referenties voor de uitbating van de speelzaal, wordt volgens de verwerende partij verklaard door het feit dat inzake de “uitbating van de speelzaal” de aankondiging en het bestek geen maximaal aantal referenties opleggen zodat er op dit punt door verwijzing naar de vorige gunningsprocedure geen discriminerende behandeling van de inschrijvers kon zijn.

De handelwijze van de verwerende partij lijkt aldus de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten te zijn gegaan. In elk geval lijken de verzoekende partijen door deze werkwijze niet te zijn benadeeld, wel integendeel.

21. Ook het derde onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

22. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 59, 3°, 82, 95, § 2, en 96, § 4, van het koninklijk besluit Plaatsing “*juncto* de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer

specifiek het materiële motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel alsook het ‘*patere legem quam ipse fecisti*’-beginsel”.

In dit middel betogen zij in essentie dat de verwerende partij hun offerte ten onrechte substantieel onregelmatig heeft verklaard wegens niet geldige ondertekening van het offerteformulier.

Beoordeling

23. Uit de voormelde motivering in het gunningsverslag blijkt dat de verzoekende partijen niet werden geselecteerd en dat hun offerte bovendien substantieel onregelmatig werd verklaard.

Nu in het kader van de beoordeling van het eerste middel reeds is gebleken dat door de verzoekende partijen niet wordt aangetoond dat zij ten onrechte niet werden geselecteerd, dienen de grieven die de verzoekende partijen in hun tweede middel uiten op de motieven op grond waarvan eveneens tot substantiële onregelmatigheid van hun offerte wordt besloten in de huidige stand van het geding niet te worden onderzocht. Aangezien het eerste middel reeds niet ernstig werd bevonden, lijken de verzoekende partijen immers geen belang meer te hebben bij het tweede middel.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

24. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de “artikelen 6.2. en 6.4.1. van het bestek, de artikelen 21, 95, § 3, eerste lid en 99 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, in samenhang met de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

In dit middel betogen de verzoekende partijen dat de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig is wegens abnormale prijzen, minstens dat de offerte van de gekozen inschrijver op dit punt niet zorgvuldig werd onderzocht.

Ondanks de zeer lage jaarlijkse vergoeding die door het uiteindelijk begunstigde consortium zal worden verstrekt in vergelijking met de twee overige inschrijvers, blijkt nergens uit het administratief dossier dat de verwerende partij het verplichte prijsonderzoek van artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing heeft verricht en overeenkomstig artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing het consortium “SPV Testerep (bvba in oprichting) - E.C.K. NV” in kwestie per aangetekende brief om de nodige schriftelijke verantwoording heeft verzocht over de samenstelling van deze abnormale lage prijs of vergoedingen.

Dat de vergoeding zoals voorgesteld door de gekozen inschrijver abnormaal is, volgt volgens hen ook uit de in het bestek bepaalde berekening betreffende het aantal toe te kennen punten voor het criterium van de vergoeding, evenals uit een vergelijking met de in de vorige gunningsprocedure geboden vergoedingen.

Alleszins blijkt volgens hen dat de vergoedingen die geboden worden door het begunstigde consortium geenszins als marktconform kunnen worden beoordeeld.

Beoordeling

25. Ongeacht de al dan niet toepasselijkheid te dezen van de geschonden geachte bepalingen betreffende abnormale prijzen uit het koninklijk besluit Plaatsing, is er in elk geval een plicht voor een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

26. Daargelaten de vraag of de aan de orde zijnde “vergoedingen” al dan niet kunnen worden beschouwd als een prijs in de zin van het voormelde artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing, lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat de stelling van de verzoekende partijen, dat de verwerende partij helemaal geen prijsonderzoek heeft verricht, in haar algemeenheid niet kan worden bijgevalen. Uit de gegevens van het dossier blijkt immers dat de verwerende partij het realistisch karakter van de aangeboden vergoedingen ook diende te beoordelen en effectief lijkt te hebben beoordeeld in het kader van het tweede subgunningscriterium “Robuustheid Financieel Plan” van het gunningscriterium “Financiële kwaliteit van de Offerte”.

27. Zelfs indien voormelde “vergoedingen” beschouwd kunnen worden als een prijs in de zin van voormeld artikel 21, § 1, tonen de verzoekende partijen bovendien niet aan dat de aanbestedende overheid te dezen de plicht had de in het middel bedoelde bevraging te verrichten.

28. Op het eerste gezicht mocht de aanbestedende overheid in het voorliggende geval bij het al dan niet opstarten van de procedure van blijkbaar abnormale prijzen, evenals bij haar regelmatigheidsonderzoek, rekening houden met de bijzonderheden van de voorliggende gemengde opdracht die zowel betrekking lijkt te hebben op het ontwerp, de ontwikkeling en de uitbating of vermarkting van een nieuw casinogebouw als op de concessie voor de uitbating van een kansspelinrichting klasse I, waarbij de economische haalbaarheid en rendabiliteit van het project volgens het bestek ook volledig ten laste van de opdrachtnemer worden gelegd. Uitzondering gemaakt voor de vergoeding die voor de zeewering en de heraanleg van het openbaar domein betaald zal worden, zal de opdrachtnemer volgens het bestek immers geen vergoeding vanwege de aanbestedende overheid ontvangen. Hij is voor de financiering van het project aangewezen op de opbrengsten uit de uitbating of vermarkting van het nieuwe casinogebouw, de uitbating of vermarkting van de ondergrondse parkings en de uitbating van de speelzaal.

29. Terecht lijken de verwerende partij en de tussenkommende partijen er op te wijzen dat het te dezen niet gaat om prijzen die door de aanbestedende overheid aan de inschrijver worden betaald, doch om vergoedingen

die door de inschrijver aan de aanbestedende overheid worden betaald als tegenprestatie om het gebouw te kunnen ontwikkelen, vermarkten en uitbaten.

30. Daarbij lijkt ook rekening te moeten worden gehouden met de *ratio legis* van het prijsonderzoek. Het betalen van een lagere vergoeding aan de verwerende partij lijkt op het eerste gezicht als dusdanig immers geen risico op een kwalitatief minderwaardige uitvoering van het project in te houden of de gelijkheid tussen de inschrijvers aan te tasten, doordat bij de beoordeling van het prijscriterium realistische prijzen met niet-realistische prijzen zouden worden vergeleken en aan de offerte met niet-realistische prijzen aldus ten onrechte de hoogste score zou worden toegekend op een prijscriterium. *In casu* loopt de inschrijver door het betalen van een lagere vergoeding daarentegen zelf het risico dat hij hierdoor bij de beoordeling van de financiële kwaliteit van de offerte een lagere score zal behalen op het subgunningscriterium “vergoedingen” in vergelijking met de overige inschrijvers.

31. De aanbestedende overheid beschikt voorts, zeker bij een offerteaanvraag, over een ruime beoordelingsvrijheid inzake de beoordeling van abnormale prijzen, evenals inzake de beoordeling van de materiële regelmatigheid van de offertes in het algemeen, en deze beoordelingsvrijheid lijkt hier des te ruimer gelet op de aard van de gemengde opdracht en de in het bestek vooropgestelde vergoedingen die voor een inschrijver een ruimere marge bij de “prijszetting” lijken te bieden.

32. Ter terechtzitting wordt in het mondeling advies van het auditoraat nog vastgesteld wat volgt.

Daarnaast valt op te merken dat de als vertrouwelijk neergelegde offerte van de gekozen inschrijver zelf reeds elementen inzake verantwoording voor de opgegeven vergoedingen lijkt te bevatten ingevolge de opgegeven kostenramingen en het financieel plan. In de mate dat de verzoekende partijen aanvoeren dat de gekozen inschrijver met de vooropgestelde vergoedingen een disproportioneel winstvoordeel zou beogen, lijkt *prima facie* te moeten worden vastgesteld dat de rendementen die de inschrijver verwacht te halen reeds in de offerte transparant werden meegedeeld in het kader van het financieel plan zodat de verwerende partij reeds op grond van de offerte zelf in staat was om deze te beoordelen.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt voorts dat de drie inschrijvers zeer uiteenlopende vergoedingen “C” hebben aangeboden.

- gekozen inschrijver : 188.751 euro

- Infiniti Gaming Middelkerke nv/ 3 D Domestic Projects bvba: 761.250 euro

- Versluys Bouwgroep bvba - Golden Palace Casino (nv in oprichting) - General Amusement nv - Citexar: 515.001 euro.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen doen gelden, lijkt uit de in het bestek voorgeschreven beoordelingsmethode voor het subgunningscriterium “vergoedingen” als dusdanig geen schijnbaar abnormaal karakter van de door de gekozen inschrijver geboden vergoedingen te kunnen worden afgeleid.

De vergelijking die zij daarbij maken met de puntenscore die zou zijn toebedeeld indien zij wel zouden zijn geselecteerd en indien hun offerte niet onregelmatig zou zijn verklaard, is op het eerste gezicht niet relevant, nu zij in de overige middelen niet aantonen dat hun offerte ten onrechte niet bij de beoordeling van dit subgunningscriterium zou zijn betrokken.

Aangezien de twee niet gekozen inschrijvers niet werden geselecteerd en hun offerte onregelmatig werd bevonden, lijkt een schijnbaar abnormaal karakter op het eerste gezicht niet te kunnen worden afgeleid uit een vergelijking met de door deze inschrijvers geboden vergoedingen.

Bovendien liet de geïntegreerde opdracht op het eerste gezicht een grote ontwerp vrijheid toe, wat geleid heeft tot uiteenlopende projecten, bouwkosten en -opbrengsten. Daarnaast lijkt de aanpak van de drie inschrijvers inzake de uitbating en vermarkting van het nieuwe Casinogebouw eveneens verschillen te vertonen. Ook dit maakt op het eerste gezicht dat uit een vergelijking met de door de andere inschrijvers geboden vergoedingen niet noodzakelijkerwijze de abnormaliteit of het onrealistisch karakter van de door de gekozen inschrijver geboden vergoedingen mag worden afgeleid.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt voorts dat, specifiek wat de vergoeding C1 “vaste jaarlijkse Canon voor het Nieuwe Casinogebouw” betreft, niet alleen de gekozen inschrijver, doch ook de verzoekende partijen diezelfde lage vergoeding van 1 euro hebben geboden, terwijl de derde inschrijver een canon heeft geboden die gelijk is aan de vergoeding die de verwerende partij aan het Vlaamse Gewest moet betalen. Hoewel de door de gekozen inschrijver geboden vergoeding C1 aldus minder bedraagt dan de vergoeding die de verwerende partij aan het Vlaamse Gewest moet betalen, blijkt het geheel van de door de gekozen inschrijver geboden vergoeding dit bedrag wel te overstijgen.

In de mate dat de verzoekende partijen nog aanvoeren dat een schijnbaar abnormaal karakter zou moeten blijken uit een vergelijking van de door de gekozen inschrijver geboden vergoedingen in de huidige procedure met

deze geboden in de vorige procedure, lijken de verwerende partij en de tussenkomende partijen er op het eerste gezicht terecht op te wijzen dat de toetsing aan het subgunningscriterium “Robuustheid van het Financieel Plan” – waaraan een even grote weging van 15 punten wordt toegekend als aan het subgunningscriterium “vergoedingen” zelf – nieuw is ten opzicht van de eerste, stopgezette, onderhandelingsprocedure.

Op het eerste gezicht lijkt dit alvast een gegronde reden te kunnen zijn waarom de geboden vergoedingen in het kader van de huidige procedure verschillen van de voorgaande.

Bovendien zetten de verwerende partij en de tussenkomende partijen in de nota en het verzoekschrift tot tussenkomst uiteen dat uit het financieel plan gevoegd bij de offerte blijkt dat de huurvergoeding in vergelijking met de huurvergoeding uit het financieel plan uit de eerste gunningsprocedure gestegen is en dat de hoogte van die stijging, die in de tabblad “input” “huurinkomsten EUR/jaar” – Casino, wordt uitgedrukt, overeenkomt met de daling van de geboden concessievergoedingen.

In die omstandigheden blijkt *prima facie* niet dat de verwerende partij op grond van het verschil in de geboden vergoedingen in beide procedures tot een schijnbaar abnormaal karakter van de geboden vergoedingen in de huidige procedure diende te besluiten en de inschrijver hierover verder had moeten bevragen.

33. De Raad van State valt deze bevindingen bij.

34. In de mate dat de verzoekende partijen ten slotte nog aanvoeren dat het schijnbaar abnormaal karakter van de geboden concessievergoedingen zou blijken uit vergelijking met wat marktconform betaald wordt aan concessievergoedingen door de casino’s in België evenals de concessievergoeding die de gemeente Middelkerke tot op heden ontvangt voor de uitbating van het casino, lijken zij evenmin te mogen worden bijgevalen gelet op de specifieke aard van de voorliggende geïntegreerde opdracht, waarbij de rechten en verplichtingen van de opdrachtnemer op het eerste gezicht niet zonder meer kunnen worden vergeleken met een afzonderlijke gunning van een dienstenconcessie aangaande de uitbating van een casino.

35. Het derde middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

36. Een vierde en laatste middel wordt geput uit “de schending van de bepalingen van artikel 20 van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, van artikel 58, §1, tweede lid van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, van artikel 5.3. B ii), van het bestek, samen met de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers als algemene beginselen van behoorlijk bestuur alsook de schending van de materiële motiveringsplicht”.

In dit middel betogen de verzoekende partijen dat de gekozen inschrijver ten onrechte werd geselecteerd.

Volgens de verzoekende partijen stelt artikel 5.3. B ii), van het bestek dat het de ontwikkelaar is die moet aantonen dat hij instond voor (delen van) de ontwikkeling, promotie en vermarkting.

Als ontwikkelaar wordt door Testerep de nv BCS Investissement (commerciële naam “Willemen Real Estate”) naar voren geschoven.

Uit de bijlage 3 bij het gunningsverslag, dat de controletabel inzake technische bekwaamheid weergeeft, blijkt dat de verwerende partij betreffende het begunstigde consortium het referentieproject “PPS Clarenhof Mechelen” heeft aanvaard als voldoende om de selectievereiste inzake vermarkting of exploitatie van het nieuwe casino overeenkomstig artikel 5.3. B ii), van het bestek positief te beoordelen. Bij de beoordeling van dit punt wordt verwezen naar de deelname van de vermarkting van “Willemen General Contractor”.

Echter uit de controlelijst blijkt betreffende het begunstigde consortium dat de nv Willemen General Contractor een genomineerde onderaannemer is van de kandidaat-opdrachtnemer.

Uit het bestek blijkt volgens de verzoekende partijen dat de ontwikkelaar geen beroep mocht doen op genomineerde onderaannemers. De bestreden beslissing kan Willemen General Contractor volgens hen dan ook niet aanvaarden als “ontwikkelaar” in de zin van het bestek. Zodanig is de rol van de “ontwikkelaar” niet aangetoond en wordt door het begunstigde consortium helemaal niet voldaan aan de selectie vereiste van artikel 5.3. B ii), van het bestek.

Daarenboven, en ten overvloede, blijkt volgens de verzoekende partijen ook uit de projectfiche betreffende Clarenhof - Mechelen dat Willemen General Contractor de aannemer was van het project Clarenhof Mechelen en geenszins is opgetreden als ontwikkelaar en dus zeker niet heeft ingestaan voor de ontwikkeling, promotie en vermarkting van dit project.

Uit de controlefiche blijkt tot slot dat Willemen Real Estate – namelijk de nv B.C.S. Investissement – de ontwikkelaar zal zijn voor het project Casino Middelkerke. Deze heeft met het referentieproject Clarenhof Mechelen echter niets te maken. Aangezien Willemen General Contractor en Willemen Real Estate – namelijk de nv B.C.S. Investissement – twee verschillende ondernemingen zijn, kan de motivering in hoofde van de verwerende partij inzake het voldoen aan de selectievereiste van artikel 5.3 B ii), van het bestek volgens de verzoekende partijen op geen enkel punt worden gerechtvaardigd.

Beoordeling

37. Aangezien de verzoekende partijen in hun middel nalaten uiteen te zetten op welke wijze de bestreden beslissing artikel 20 van de wet van 15 juni 2006 schendt, lijkt het middel op het eerste gezicht niet ontvankelijk in de mate dat een schending van deze wetsbepaling wordt aangevoerd.

38. Artikel 5.3. B. ii), van het bestek, waarvan de verzoekende partijen de schending inroepen, luidt als volgt:

“ii. Referenties exploitatie / vermarkting nieuw casinogebouw:

Lijst van minimaal één (1) en maximaal drie (3) 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 ontwikkelingskost (erelonen ontwerp + aannemingskosten) van 20 miljoen euro (excl. BTW) en een minimale netto vloeroppervlakte van 4.000 m².

De Ontwikkelaar moet aantonen dat hij instond voor (delen van) de ontwikkeling, promotie en vermarkting.”

39. In het gunningsverslag, waar de bestreden beslissing naar verwijst, wordt geoordeeld dat het consortium “SPV Testerep (bvba in oprichting) – nv E.C.K.” voldoet aan de selectievoorwaarden betreffende de technische bekwaamheid. Wat de referenties “exploitatie/vermarkting nieuw casinogebouw betreft, wordt zulks in het gunningsverslag als volgt gemotiveerd:

“Exploitatie/vermarkting nieuw casinogebouw

De Inschrijver geeft met betrekking tot deze discipline de volgende referenties op: PPS SION Lier en PPS Clarenhof Mechelen.

De referentie PPS Clarenhof Mechelen voldoet aan de minimale eisen gesteld in het Bestek. Voor de gedetailleerde analyse wordt naar de onder Bijlage 3 bijgevoegde beoordelingstabel verwezen. De Inschrijver geeft aldus voldoende referenties op en toont dan ook aan dat hij over de vereiste technische bekwaamheid inzake deze discipline beschikt.”

40. Ter terechtzitting heeft het optredend lid van het auditoraat in haar advies nog vastgesteld wat volgt.

Uit bijlage 3 bij het gunningsverslag blijkt dat de referentie inzake PPS Sion Lier niet wordt aanvaard omdat geen voorlopige oplevering voorligt.

De referentie PPS Clarenhof Mechelen wordt daarentegen wel geacht aan alle gestelde vereisten te voldoen.

In de mate dat de verzoekende partijen in hun middel uit de definities van de begrippen “ontwikkelaar” en “opdrachtnemer” in het bestek afleiden dat de ontwikkelaar geen beroep mocht doen op een genomineerde onderaannemer voor het aantonen van de technische bekwaamheid, lijkt hun standpunt niet te kunnen worden bijgevallén.

De begrippen “ontwikkelaar”, “opdrachtnemer” en “genomineerde onderaannemer” worden in het bestek als volgt gedefinieerd:

“Ontwikkelaar: de (rechts)perso(o)nen die deel uitmaakt (uitmaken) van de Opdrachtnemer en die voor de realisatie en de vermarkting/uitbating van het Nieuwe Casinogebouw zal (zullen) instaan.”

“Opdrachtnemer: De combinatie bestaande uit minstens een Ontwikkelaar, een Aannemer en een Ontwerper, waarbij deze twee laatste Genomineerde Onderaannemers van de Opdrachtnemer kunnen zijn.”

“Genomineerde Onderaannemer: Rechtspersoon of natuurlijke persoon die geen lid is van de inschrijver en op wiens draagkracht de Inschrijver zich beroept om aan de technische en/of financieel-economische draagkracht te voldoen vereist conform de Selectievoorwaarden. Een persoon is enkel een Genomineerde Onderaannemer indien voldoende is aangetoond (in de bij de Offerte gevoegde documentatie) dat de Inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van het Project noodzakelijke middelen. De Ontwerper en de Aannemer maken alleszins een Genomineerde Onderaannemer uit.”

Op het eerste gezicht lijken voormelde definities van de begrippen “ontwikkelaar” en “opdrachtnemer” uitsluitend tot gevolg te hebben dat de Ontwikkelaar geen Genomineerde Onderaannemer van de Opdrachtnemer kan zijn. Daarentegen lijkt nergens uit de door de verzoekende partijen in het middel aangehaalde bepalingen van het bestek te kunnen worden afgeleid dat de ontwikkelaar zich voor het aantonen van zijn technische bekwaamheid niet overeenkomstig artikel 74 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 zou mogen beroepen op de draagkracht van een genomineerde onderaannemer.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt op het eerste gezicht dat ook de overige twee inschrijvers het bestek *in tempore non suspecto* op die wijze lijken te hebben geïnterpreteerd aangezien zij voor het voldoen aan de vereisten inzake technische bekwaamheid zich beiden eveneens blijken te beroepen op de draagkracht van andere ondernemingen.

In casu blijkt in de offerte van het consortium “SPV Testerep (bvba in oprichting) – nv E.C.K.” nv BCS Investissement (Willemen Real Estate) te zijn opgegeven als “ontwikkelaar”.

De nv Willemen General Contractor wordt in de offerte als genomineerde onderaannemer vermeld.

Uit het gunningsverslag en de projectfiche “PPS-Project Clarenhof”, zoals gevoegd bij de offerte van het consortium “SPV Testerep (bvba in oprichting) – nv E.C.K.” blijkt voorts dat de referentie PPS Clarenhof Mechelen (mede) werd uitgevoerd door nv Willemen General Contractor.

De offerte van het consortium “SPV Testerep (bvba in oprichting) – nv E.C.K.” blijkt echter ook een uitdrukkelijke verbintenis van nv Willemen General Contractor te bevatten om gedurende de ganse looptijd van de opdracht de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen inzake economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid ter beschikking te stellen aan nv Willemen Real Estate (BCS Investissement nv).

Het standpunt van de verzoekende partijen dat uit de projectfiche slechts zou blijken dat Willemen General Contractor de Aannemer was van het project Clarenhof Mechelen en geenszins instond voor (delen van) de ontwikkeling, promotie en vermarkting, lijkt evenmin te kunnen worden bijgevallen in het licht van de ruime omschrijving van de rol en verantwoordelijkheden van de bouwheren in de projectfiche gevoegd bij de offerte enerzijds, en de in voormelde projectfiche uitdrukkelijke vermelding dat de nv Willemen General Contractor (als enige) instond voor de klantenbegeleiding, anderzijds. Dit stuk wordt door de verzoekende partijen ook niet van valsheid beticht.

De projectfiche waarop de verzoekende partijen dit middel lijken te steunen (stuk 21 verzoekende partijen) betreft niet de projectfiche die door de inschrijver bij de offerte was gevoegd als referentie inzake exploitatie / vermarkting nieuw Casinogebouw, doch op het eerste gezicht een uittreksel van de website van de Willemen Groep.

De tussenkomende partijen leggen ter weerlegging van dit middelonderdeel bovendien nog een verklaring neer van de gedelegeerd bouwheer in het kader van dit project ter verduidelijking van de samenwerking tussen Bouwfonds Property Development en Willemen General Contractor wat dit ontwikkelingsproject “Clarenhof” te Mechelen betreft, waarin op het eerste gezicht ook wordt bevestigd dat Willemen General Contractor effectief instond voor (delen van) de ontwikkeling, promotie en vermarkting.

Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij dan ook niet te hebben gehandeld in strijd met de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen door de referentie ‘PPS Clarenhof Mechelen’ in hoofde van de ontwikkelaar aan te nemen.

Ten slotte blijkt op het eerste gezicht evenmin dat de verzoekende partijen bij de beoordeling van deze selectie-eis ongelijk zouden zijn behandeld in vergelijking met het consortium “SPV Testerep (bvba in oprichting) – nv E.C.K.”. Hiervoor volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het eerste middel.

De Raad van State valt deze argumentatie bij.

41. Het vierde middel is niet ernstig.

VII. Besluit en kosten

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

43. 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, de nv Willemen Groep en de nv E.C.K. 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 tussenkomst, begroot op een rolrecht van 450 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 februari 2017,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest