

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 237.333 van 9 februari 2017

in de zaak A. 221.212/XII-8296

In zake: 1. de BVBA 3D DOMESTIC PROJECTS
2. de NV INFINITI GAMING MIDDELKERKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Griet Cnudde
kantoor houdend te 9000 Gent
Brabantdam 56
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 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 14 januari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van Burgemeester en schepenen van de gemeente

Middelkerke van 29 december 2016, ter kennis gebracht op 30 december 2016, waarbij

(1.) Goedkeuring verleend wordt aan het gunningsverslag voor de algemene offerteaanvraag voor het ‘Project Casino Middelkerke’, dat als bijlage bij de beslissing wordt gevoegd om er integraal deel van uit te maken en waarbij zij zich de motieven en de conclusies van dit gunningsverslag volledig eigen maakt en dienvolgens :

(2.) De inschrijver Infiniti Gaming Middelkerke nv – 3D Domestic Projects bvba en de inschrijver Versluys Bouwgroep bvba – Golden Palace Casino (nv in oprichting) – General Automatic Amusement nv – Citexar nv Te Weren,

(3.) de opdracht voor het project Casino Middelkerke aan de inschrijver SPV Testerep (bvba in oprichting) – E.C.K. nv te gunnen.”

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 Griet Cnudde, 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. 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 bepaling 6.2. en 6.4.1. van het bestek ‘Project Casino Middelkerke, open offerteaanvraag’, van artikel 95,§3, eerste lid het Koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 (hierna genoemd ‘KBP’), artikel 21, §3, 2° tot 5° lid KBP en artikel 99 KBP, art. 107, 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, samen met de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het beginsel van gelijke behandeling (tevens genomen uit de schending van art. 2 Richtlijn 2004/18/EG en art. 5, eerste lid Wet Overheidsopdrachten) als algemene beginselen van behoorlijk bestuur alsook uit de schending van de materiële motiveringsplicht”.

De verzoekende partijen doen in hun “bespreking” van het middel in essentie gelden 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.

Het loutere feit dat deze inschrijver als “enige regelmatige inschrijver” wordt beschouwd, volstaat volgens het verslag om hem voor het subgunningscriterium “vergoedingen” de maximum score van 15 punten te geven. Uit de bestreden beslissing en het genoemde verslag blijkt echter nergens dat enige controle is uitgevoerd op het ‘karakter” van de aangeboden vergoeding. Meer bepaald is volgens de verzoekende partijen niet nagegaan of de aangeboden vergoeding die bestaat uit verschillende componenten (C1, C2 en C3) als “normaal” kan worden beschouwd.

Dat de offerte van de gekozen inschrijver volgens de verwerende partij als enige diende te worden getoetst aan de gunningscriteria, neemt volgens de verzoekende partijen niet weg dat de door de overige inschrijvers aangeboden “Vergoedingen” mee betrokken konden worden in het prijsonderzoek evenals de gekende, gangbare marktconforme vergoedingen welke doorgaans betaald worden voor het opstalrecht (de canon), de uitbating en concessie van casino's.

Bovendien staat vast dat de aanbestedende overheid geen vragen heeft gesteld over de prijszetting van de gekozen inschrijver.

De aanbestedende overheid kon naar inziens van de verzoekende partijen *in casu* niet anders dan zich vragen stellen bij het kennelijk abnormaal karakter van de prijszetting van Testerep – ECK en diende derhalve een prijsonderzoek te voeren en daaruit de passende conclusies te trekken.

Zij wijzen er daarbij op dat de door beide andere inschrijvers voorgestelde vergoedingen met kop en schouders boven deze van Testerep – ECK uitsteken.

Wat de vergoeding C1 “een vaste jaarlijkse canon voor het nieuwe casinogebouw” betreft, merken zij op dat de gemeente Middelkerke ingevolge de opstalovereenkomst met het Vlaamse Gewest een jaarlijkse opstalvergoeding van 100.000 euro aan de opstalgever verschuldigd is. In zover de inschrijver een canon betaalt die minder bedraagt dan hetgeen de aanbestedende overheid aan het Vlaamse Gewest verschuldigd is, is er volgens hen sprake van een abnormaal lage prijs. Bovendien rijst volgens hen de vraag of de bestreden beslissing ingevolge het feit dat er sprake is van een “gratis” opstal de staatssteunregels van de Europese Unie doorstaat en derhalve goorloofd is.

Wat de vergoeding C2 “vaste concessievergoeding voor de uitbating van de nieuwe speelzaal betreft”, merken zij op dat de door de gekozen inschrijver geboden vergoeding niet alleen substantieel afwijkt van hetgeen door de andere inschrijvers werd geboden, doch ook van de gangbare vergoedingen op de markt én van de vergoeding die de gemeente Middelkerke op heden voor haar casino mocht ontvangen.

Beoordeling

7. Ongeacht de al dan niet toepasselijkheid te dezen van de geschonden geachte bepalingen betreffende abnormale prijzen uit het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: 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.

8. 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”.

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

10. 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.

11. Terecht lijken de verwerende partij en de tussenkomende 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.

12. 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

prijs criterium 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 prijs criterium. *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.

13. 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.

14. Ter terechtzitting verwees het optredend lid van het auditoraat naar haar advies in de zaak nr. 221.211, behandeld voorafgaand aan de huidige zaak, waarin zij had 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 ontwerpvrijheid 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 andere geweerde inschrijver diezelfde lage vergoeding van 1 euro hebben geboden, terwijl de verzoekende partijen een canon hebben 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.

De Raad van State valt deze bevindingen bij.

15. 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.

16. In de mate dat de verzoekende partijen in deze zaak bijkomend nog een schending aanvoeren van artikel 107, 1, van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’, waarbij zij zich slechts “de vraag stellen” of de bestreden beslissing ingevolge het feit dat er sprake is van een “gratis” opstal de staatssteunregels van de Europese Unie doorstaat en derhalve geoorloofd is, en waarbij elk onderzoek naar het vervuld zijn van de toepassingsvoorwaarden van artikel 107 VWEU in het verzoekschrift ontbreekt, lijkt deze wijze van formulering van de grief alleen al een reden om te concluderen dat de grief niet de vereiste

nauwkeurigheid heeft, vereist in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, en bijgevolg niet wordt aanvaard.

17. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

18. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van “artikel 51, § 2, artikel 82 § 1 en artikel 95, § 2, het Koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011[...], van artikel 61 § 2, art.62 en art. 522 van het wetboek van vennootschappen, van art. 9) h, k, q en y van de tekst der statuten van NV E.C.K., gepubliceerd in het B.S. op 13.10.2015 samen met de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het beginsel van gelijke behandeling (dit laatste tevens genomen uit art. 2 Richtlijn 2004/18/EG en art. 5, eerste lid Wet Overheidsopdrachten) als algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van de materiële motiveringsplicht”.

Volgens de verzoekende partijen blijkt uit het gunningsverslag dat er op datum van indiening van de offerte, van 12 december 2016 door de Raad van Bestuur van ECK een “bijzondere volmacht” werd verleend aan Tim De Borle om “ieder individueel handelend in naam en voor rekening van E.C.K. NV, het Middelkerke Dossier verder te onderhandelen, voor te bereiden, te finaliseren en te implementeren en, in het algemeen, alles te doen wat nodig of nuttig is om het Middelkerke Dossier succesvol af te ronden, met inbegrip van maar niet beperkt tot het finaliseren en de ondertekening van enige documentatie in dit verband door E.C.K. NV”.

Zij stellen zich daarbij de vraag of het in het licht van de door hen in het verzoekschrift nader uiteengezette omstandigheden van plaats en tijd aannemelijk is dat de volmacht van 12 december 2016 bij de offerte zat op uur en datum van indiening. Alleszins blijkt volgens hen niet uit de stukken dat de

algemene vergadering voor of ten laatste op 12 december 2016 de vereiste beslissingen heeft genomen.

Voorts merken zij op dat de genoemde bijzondere volmacht werd verleend door de Raad van Bestuur van E.C.K. en dat er geen afzonderlijke beslissing werd genomen om deel te nemen aan de offerte-aanvraag.

Volgens de verzoekende partijen schendt de bestreden beslissing art. 9, h, k en q van de statuten van E.C.K. nu overeenkomstig deze bepaling:

“(1.) de beslissing tot indiening van de offerte voorafgaand diende te worden voorgelegd aan de algemene vergadering van NGG en
(2.) de beslissing tot indiening van de offerte enkel goedgekeurd kon worden door de raad van bestuur na goedkeuring van de relevante beslissing door de algemene vergadering van NGG
(3.) deze beslissing niet voorligt
(4.) een bijzondere volmacht verleend werd door de Raad van Bestuur en niet door de algemene vergadering.”

De overheid heeft volgens hen niet zorgvuldig gehandeld en is niet in redelijkheid tot haar beslissing gekomen nu zij de offerte van Testerep – ECK niet geweerd heeft wegens kennelijke onregelmatigheid en nietigheid. Minstens diende zij de indiening op dit punt in vraag te hebben gesteld.

Beoordeling

19. Overeenkomstig artikel 61, § 1, van het Wetboek van vennootschappen handelen de vennootschappen door hun organen waarvan de bevoegdheden worden vastgesteld door dit Wetboek, het doel en de statuten. De leden van deze organen zijn niet persoonlijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap.

Artikel 62 van het Wetboek van vennootschappen bepaalt dat in alle akten die een vennootschap verbinden, onmiddellijk voor of na de handtekening van de persoon die de vennootschap vertegenwoordigt, moet worden vermeld in welke hoedanigheid hij optreedt.

Artikel 522 van het Wetboek van vennootschappen, waarvan eveneens de schending wordt opgeworpen, bepaalt:

“Art. 522. § 1. De raad van bestuur is bevoegd om alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap, behoudens die waarvoor volgens de wet alleen de algemene vergadering bevoegd is.

De bevoegdheden van de raad van bestuur kunnen door de statuten worden beperkt. Zodanige beperking kan, evenmin als de eventuele verdeling van de taken door de bestuurders overeengekomen, aan derden worden tegengeworpen, ook al is die beperking of verdeling openbaar gemaakt.

[...]

§ 2. De raad van bestuur vertegenwoordigt de vennootschap jegens derden en in rechte als eiser of als verweerder. De statuten kunnen echter aan een of meer bestuurders bevoegdheid verlenen om alleen of gezamenlijk de vennootschap te vertegenwoordigen. Zodanige bepaling kan aan derden worden tegengeworpen. De statuten kunnen aan deze bevoegdheid beperkingen aanbrengen, maar deze beperkingen kunnen, evenmin als de eventuele verdeling van de taken door de bestuurders overeengekomen, niet aan derden worden tegengeworpen, ook al is die beperking of verdeling openbaar gemaakt.”

20. Artikel 9), h, k, q en y, van de statuten van de nv E.C.K, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 30 september 2015, zoals gevoegd bij de offerte van de gekozen inschrijver, luidt als volgt:

“(…) De Raad van Bestuur is bevoegd om alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap, behoudens die waarvoor volgens de wet alleen de algemene vergadering bevoegd is.

Enige beslissing van de raad van bestuur met betrekking tot één van de volgende aangelegenheden (hierna de ‘Bestuursaangelegenheden’) zal echter voorafgaand worden voorgelegd aan de algemene vergadering van NGG en enkel goedgekeurd kunnen worden door de raad van bestuur na goedkeuring van de relevante beslissing door de algemene vergadering van NGG:

[...]

(h) het aangaan, beëindigen of wijzigen van overeenkomsten met een impact van meer dan EUR 100.000 die niet werd voorzien in het jaarlijks budget;

[...]

(k) het aangaan, beëindigen of wijzigen van een joint venture, een consortium of gelijkaardige overeenkomsten;

[...]

(q) elke beslissing die een impact heeft op de toelatingen, toestemmingen, attesten en vergunningen, met inbegrip van erkenningen, en alle andere relevante goedkeuringen en machtigingen, met in begrip van doch niet beperkt tot socio-economische vergunningen, milieuvergunningen en kansspelvergunningen en de bijhorende concessies/convenanten van de Groep;

[...]

(y) elke exclusieve delegatie van bevoegdheden en elke toekenning, wijziging en herroeping van bijzondere volmachten aan een bijzondere volmachthouder;

[...]

Bijzondere volmachten

Het orgaan dat overeenkomstig de voorgaande artikelen de vennootschap vertegenwoordigt, kan gevolmachtigden van de vennootschap aanstellen.

Alleen bijzondere en beperkte volmachten voor bepaalde of voor een reeks bepaalde rechtshandelingen zijn geoorloofd. De gevolmachtigden verbinden de vennootschap, binnen de perken van de hun verleende volmacht, onverminderd de verantwoordelijkheid van de bestuurders in geval van overdreven volmacht.

Onverminderd de algemene vertegenwoordigingsmacht van de raad van bestuur als college, wordt de vennootschap in rechte en ten aanzien van derden geldig vertegenwoordigd door één bestuurder en één vertegenwoordiger van Betco, gezamenlijk optredend.”

21. Te dezen wordt in het gunningsverslag de offerte van de gekozen inschrijver formeel regelmatig bevonden op grond van de volgende motivering, vervat in bijlage 4 bij het gunningsverslag:

“Ondertekening Offerteformulier

1. Ondertekening door een persoon die de Inschrijver (zowel de Kandidaat-Opdrachtnemer als de Kandidaat-Speelzaaluitbater) rechtsgeldig kan verbinden:

- Voor de Kandidaat-Opdrachtnemer: [...]

- Voor de Kandidaat-Speelzaaluitbater: dhr. Tim De Borle, bijzondere volmachthouder E.C.K. nv

2. Bewijsstukken (statuten, benoemingsbesluiten andere nuttige docs + markering relevante passages); indien gemachtigden: volmachtgevers + akte waaruit bevoegdheid blijkt: OK

- B.C.S. Investissement als promotor vertegenwoordigd door dhr. Johan Willemen (gedelegeerd bestuurder):

[...]

- E.C.K. NV vertegenwoordigd door dhr. Tim De Borle (bijzondere volmachthouder)
- Notulen vergadering Raad van Bestuur van E.C.K. nv d.d. 12.12.2016, waarbij een bijzondere volmacht aan dhr. Tom De Clercq en Tim De Borle wordt toegekend;
- Uittreksel van relevante bepalingen uit de statuten, waaruit blijkt dat bijzondere volmachten kunnen worden verleend door de Raad van Bestuur;
- Uittreksel uit de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad d.d. 13.10.2015, waaruit blijkt dat bijzondere volmachten kunnen worden verleend door de Raad van Bestuur. Alleen bijzondere en beperkte volmachten voor bepaalde of voor een reeks bepaalde rechtshandelingen zijn geoorloofd.

Beoordeling: De Raad van Bestuur van E.C.K. nv kan bijzondere volmachten verlenen, zoals blijkt uit het uittreksel van relevante bepalingen uit de statuten en het uittreksel uit de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad d.d. 13.10.2015. Zo werd geldig een bijzondere volmacht verleend aan dhr. Tim De Borle bij vergadering d.d. 12.12.2016 om ‘ieder individueel handelend in naam en voor rekening van E.C.K. NV, het Middelkerke Dossier verder te onderhandelen, voor te bereiden, te finaliseren en te implementeren en, in het algemeen, alles te doen wat nodig of nuttig is om het Middelkerke Dossier succesvol af te ronden, met inbegrip van maar niet beperkt tot het finaliseren en de ondertekening van enige documentatie in dit verband door E.C.K. NV’. Dhr. Tim De Borle kon aldus het Offerteformulier geldig als gevolmachtigde namens E.C.K. nv ondertekenen.”

22. De essentiële grief in het tweede middel is dat de offerte van de gekozen inschrijver niet geldig zou zijn ondertekend namens de nv E.C.K. door Tim De Borle als bijzonder gevolmachtigde.

23. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de offerte van de gekozen inschrijver werd ondertekend namens de nv E.C.K. door Tim De Borle, één van beide bestuurders van de vennootschap, als bijzondere volmachthouder.

Volgens artikel 16.2. van de gecoördineerde statuten van de nv E.C.K., gevoegd bij de offerte, kan de raad van bestuur van de nv E.C.K. bijzondere volmachten verlenen aan bijzondere volmachthouders.

24. In de mate dat de verzoekende partijen zich in dit middel “de vraag stellen” of het in het licht van de door hen in het verzoekschrift uiteengezette omstandigheden aannemelijk is dat de volmacht van 12 december 2016 bij de

offerte zat op uur en datum van indiening, valt op te merken dat deze grief feitelijke grondslag lijkt te missen.

De offerte van de gekozen inschrijver bevat immers de notulen van de vergadering van de raad van bestuur van de nv E.C.K. van 12 december 2016, waarbij een bijzondere volmacht aan Tom De Clercq en Tim De Borle wordt toegekend. Uit de notulen blijkt ook dat de vergadering gesloten werd verklaard om 8u20.

25. Daargelaten de vraag of de statutaire beperkingen aan de bevoegdheden van de raad van bestuur, waar de verzoekende partijen naar verwijzen, aan derden mogen worden tegengeworpen, dient voorts op het eerste gezicht hoe dan ook te worden vastgesteld dat de offerte van de gekozen inschrijver tevens de notulen van de algemene vergadering van de nv NGG van 12 december 2016 bevat, waarbij de volgende machtiging werd verleend:

“1. Goedkeuring, voor zoveel als nodig, van het Middelkerke Dossier overeenkomstig het Escalatiemechanisme.

[...]

De aandeelhouders besluiten het geheel Middelkerke Dossier en de inschrijving op de gunningsprocedure door E.C.K. NV in het kader daarvan, voor zoveel als nodig gelet op het overeengekomen Escalatiemechanisme, goed te keuren en bijgevolg het bevoegd vennootschapsorgaan van E.C.K. NV te machtigen om hierover te beraadslagen en te besluiten. De aandeelhouders besluiten tevens eventuele stappen reeds genomen door het bevoegd vennootschapsorgaan van E.C.K. NV in dit verband te bekrachtigen.

2. Bespreking en goedkeuring van de volgende voorgenomen verrichting overeenkomstig het Escalatiemechanisme:

(a) Toekenning van een bijzondere volmacht door de raad van bestuur van E.C.K. NV aan de heer Tom De Clercq en de heer Tim De Borle om, ieder individueel handelend in naam en voor rekening van E.C.K. NV, het Middelkerke Dossier verder te onderhandelen, voor te bereiden, te finaliseren en te implementeren en, in het algemeen, alles te doen wat nodig of nuttig is om het Middelkerke Dossier succesvol af te ronden, met inbegrip van maar niet beperkt tot het finaliseren en de ondertekening van enige documentatie in dit verband.

[...]

De aandeelhouders besluiten de E.C.K. Machtiging goed te keuren en bijgevolg het bevoegd vennootschapsorgaan van E.C.K. NV te machtigen om hierover te beraadslagen en te besluiten. De aandeelhouders besluiten tevens eventuele stappen reeds genomen door het bevoegd vennootschapsorgaan van E.C.K. NV in dit verband te bekrachtigen.”

Uit deze notulen blijkt op het eerste gezicht ook dat de Algemene Vergadering om acht uur is bijeengekomen, en dus voorafgaand aan voormelde vergadering van de raad van bestuur van E.C.K, waarop de bijzondere volmacht werd verleend.

Ook in de mate dat de verzoekende partijen aanvoeren dat alleszins niet uit de stukken blijkt dat de algemene vergadering voor of ten laatste op 12 december 2016 de vereiste beslissingen heeft genomen, lijkt het middel bijgevolg in elk geval feitelijke grondslag te missen.

26. Ten slotte lijkt ook het standpunt van de verzoekende partijen, dat de beslissing van de raad van bestuur van nv E.C.K. om de volmacht te verlenen geen afzonderlijke beslissing zou inhouden om effectief aan de offerteaanvraag deel te nemen, in het licht van de hiervoor aangehaalde bepalingen uit de notulen niet te kunnen worden gevolgd. Bovendien lijkt zowel in de notulen van de algemene vergadering van nv NGG als in de notulen van de raad van bestuur van nv E.C.K. uitdrukkelijk te worden verwezen naar het project casino Middelkerke.

27. Aldus lijkt niet aangetoond dat de offerte niet rechtsgeldig werd ondertekend namens de nv E.C.K. zodat het uitgangspunt van het tweede middel faalt wat de ingeroepen schending betreft van de artikelen 51, § 2, 82, § 1 en 95, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing. Evenmin is aangetoond dat de artikelen 61, § 2, 62 en 522 van het Wetboek van vennootschappen en de artikelen 9) h, k, q en y van de tekst der statuten van de nv E.C.K werden geschonden of de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel of het beginsel van gelijke behandeling.

Het tweede middel, zoals in het inleidend verzoekschrift aangevoerd, is niet ernstig.

28.1. Ter terechtzitting voeren de verzoekende partijen als bijkomend middel aan dat volmachten van bepaalde aandeelhouders die tot de voormelde algemene vergadering behoorden niet correct waren, waarbij de verzoekende partijen niet wensen te onthullen van wie zij deze interne informatie hebben vernomen.

28.2. Ongeacht de vraag of dit middel al niet reeds in het inleidend verzoekschrift had kunnen worden aangevoerd, leent het, zoals het is gesteund op specifieke regelgeving uit het vennootschapsrecht, zich *prima facie* niet tot het snelle onderzoek en de beoordeling ter terechtzitting door Auditoraat en Raad, die inherent zijn aan een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de huidige. Ook van de verwerende en de tussenkomende partijen lijkt in die omstandigheden geen deugdelijk verweer te kunnen worden verwacht. Het nieuwe middel is aldus niet ontvankelijk.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

29. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van “de bepalingen van art. 58 §1, 2° lid van het Koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011, van art. 5.3. van het bestek (ii), samen met de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het beginsel [patere] legem quam ipse fecisti en het beginsel van gelijke behandeling (dit laatste tevens genomen uit art. 2 Richtlijn 2004/18/EG en art. 5, eerste lid Wet Overheidsopdrachten) als algemene beginselen van behoorlijk bestuur alsook de schending van de materiële motiveringsplicht”.

Het middel wordt opgesplitst in drie onderdelen.

Uiteenzetting van het eerste middelonderdeel

30. De verzoekende partijen betogen dat de gekozen inschrijver ten onrechte werd geselecteerd op grond van de opgegeven referentie “PPS Clarenhof Mechelen” als referentie voor exploitatie en vermarkting.

Deze referentie werd volgens hen onterecht opgegeven als een referentie voor exploitatie of vermarkting en voldoet aldus niet aan de criteria van het bestek daar de rol van Testerep beperkt was tot de aanneming en niet de exploitatie of vermarkting omvatte alsook omdat de bouwkost lager was dan het minimumvereiste van 20.000.000 euro.

Bovendien staat het volgens de verzoekende partijen vast dat het gelijkheidsbeginsel geschonden is, aangezien de verwerende partij hun wel om verduidelijking heeft gevraagd over het aandeel van de ontwerper in een referentie en de daaraan gekoppelde investeringskost, en deze verduidelijking niet werd gevraagd voor het project Clarenhof van de gekozen inschrijver.

Beoordeling van het eerste middelonderdeel

31. 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.”

32. 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.”

33. Ter terechtzitting verwees het optredend lid van het auditoraat naar haar advies in de zaak nr. 221.211, behandeld voorafgaand aan de huidige zaak, waarin zij bij een analoog middel had vastgesteld onder meer 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 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 de 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 bijgevalen 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 tussenkomenende 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.

Ten slotte blijkt op het eerste gezicht 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.

In de onderhavige zaak is in het auditorsadvies nog bijkomend opgemerkt wat volgt.

De verzoekende partijen in deze zaak voeren op grond van een projectfiche zoals terug te vinden op de website van WIT architecten (stuk 2.1.2.c verzoekende partijen) nog bijkomend aan dat de bouwkost van deze referentie lager zou zijn dan de minimum vereiste van 20.000.000 euro.

Op het eerste gezicht kon de verwerende partij op grond van de bij de offerte gevoegde fiche vaststellen dat het referentieproject betrekking heeft op een bouwkostsom van 22.309.986 euro (btw niet inbegrepen) en aldus oordelen dat het vereiste bedrag was bereikt. Dit stuk wordt door de verzoekende partijen ook niet van valsheid beticht. Er blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij kennis had van het door de verzoekende partijen voorgelegde uittreksel van de website van WIT architecten. Het uittreksel lijkt voorts niet nader te specificeren wat het bedrag van 19.500.000 euro precies omvat. Bovendien lijkt het eveneens door de verzoekende partijen als stuk neergelegde uittreksel van de website van Willemen Groep de grootteorde van het opgegeven bedrag in de projectfiche gevoegd bij de offerte veeleer te bevestigen dan te ontcrachten.

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

In de mate dat de verzoekende partijen in deze zaak ten slotte nog bijkomend een schending van het gelijkheidsbeginsel aanvoeren aangezien de verwerende partij hun wel om verduidelijking heeft gevraagd over het aandeel van de inschrijver in de opgegeven referenties en de daaraan gekoppelde investeringskost, valt op te merken dat uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij dergelijke vraag tot verduidelijking aan de verzoekende partijen blijkt te hebben gesteld betreffende de referenties “ontwerp architectuur” en dat wat die referenties betreft aan de gekozen inschrijver een vergelijkbare vraag blijkt te zijn gesteld. Bovendien wordt wat die referenties “ontwerp” betreft, in het bestek uitdrukkelijk opgegeven gevraagd van “een beschrijving van het aandeel van de inschrijver in het project en een raming van de daar aan gekoppelde investeringskost”, terwijl dit *prima facie* niet werd gevraagd inzake de referenties “exploitatie/vermarkting van het Nieuwe Casinogebouw.

34. De Raad van State valt deze argumentaties bij.

Het eerste onderdeel van het derde middel is niet ernstig.

Uiteenzetting van het tweede middelonderdeel

35. De verzoekende partijen betogen dat de gekozen inschrijver ten onrechte werd geselecteerd op grond van de vijf opgegeven referenties inzake de “uitvoering bouwwerken nieuw casinogebouw”.

De referentie “Artesis Plantijn Hogeschool” werd onterecht weerhouden als referentie voor de uitvoering bouwwerken daar waar de inschrijver via Willemen General Contractor slechts voor 33,50% de aannemer was voor dit project en aldus niet voldoet aan de voorwaarden van het bestek nu hiermee de aan zijn inbreng gekoppelde investeringskost/aandeel onder het budget lag dat door het bestek als ondergrens is bepaald: 20 miljoen euro. De verwerende partij had deze referentie dan ook moeten verwerpen.

Wat de referentie “gevangenis Leuze-en-Hainaut” betreft, merken zij op dat Willemen General Contractor de volledige bouwkost heeft

opgegeven als referentie daar waar zijn aandeel niet duidelijk is. De gemeente had hier op zijn minst om verduidelijking moeten vragen alvorens conclusies te trekken doch heeft dit nagelaten.

Wat de referentie “KDG Campus Zuid” betreft, had Willemen General Contractor volgens hen slechts 17.500.000 euro in aanmerking mogen nemen als aandeel in dit project wat beneden de minimumvereiste van 20.000.000 euro uit het bestek is. De verzoekende partijen zijn dan ook van oordeel dat deze referentie onterecht werd opgegeven als referentie voor de uitvoering bouwwerken daar Willemen General Contractor slechts voor 50% de aannemer was voor dit project en aldus niet voldoet aan de voorwaarden van het bestek.

Ook wat de referentie “verbouwing & uitbreiding Shopping 1 – Genk” betreft, had de verwerende partij volgens hen op zijn minst om verduidelijking moeten vragen met betrekking tot het aandeel van Willemen General Contractor en Cit Blaton, alsook met betrekking tot het aandeel nieuwbouw ten opzichte van de renovatie. Het komt volgens de verzoekende partijen immers zeer onwaarschijnlijk over dat deze referentie de minimumvereisten van het bestek kon halen.

Zij stelt vast dat de gemeente wel de referentie “Wijnegem Shopping Center” heeft verworpen omdat het aandeel van Willemen General Contractor niet meegedeeld was. Voor de hierboven genoemde projecten waarvan het aandeel van Willemen General Contractor niet vermeld was noch de respectieve investeringskost heeft zij dezelfde kritische zin echter niet gehanteerd.

Beoordeling van het tweede middelonderdeel

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

“iii. 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 (bioskopen, 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 miljoen euro (excl. BTW) en een minimale netto vloeroppervlakte van 4.000 m²."

Overeenkomstig het bestek moeten voormelde referenties aan de volgende formele eisen voldoen:

"Per opgave voor de referenties uitvoering bouwwerken en ontwerp Nieuwbouw Casinogebruik wordt volgende informatie verstrekt:

- De contactpersoon, telefoon en mailadres van de contactpersoon binnen de relevante opdrachtgever;
- De omschrijving van het globale werk, inclusief oppervlakten, eenheden, functies, doelgroep en behoeften, etc;
- Beschrijving van het ontwerp aan de hand van foto's en tekeningen;
- Een beschrijving van het aandeel van de inschrijver in het project en een raming van de daar aan gekoppelde investeringskost;
- Een verduidelijking of de beschreven taken werden uitgevoerd tijdens ontwerp-, bouw- of exploitatiefase;
- Een opgave van de gevraagde kost van het totale project (voor zover relevant)."

Over de wijze waarop de ervaring van de inschrijvers of de genomineerde onderaannemers moet zijn opgedaan, bevat het Bestek bovendien volgende specifieke bepaling aangaande de ervaring opgedaan in combinatie:

"5.6.3. Ervaring opgedaan in combinatie

'Ervaring, door de Inschrijver resp. een Genomineerde Onderaannemer opgedaan in combinatie, wordt slechts dan als ervaring van die Inschrijver resp. Genomineerde Onderaannemer aangemerkt als de Inschrijver resp. de Genomineerde Onderaannemer kan aantonen dat hij (a) daadwerkelijk en (b) voor het Project relevante expertise aan het door die combinatie uitgevoerde referentieproject heeft geleverd.

Indien een combinatie waarin de desbetreffende partij heeft gezeten een duidelijke werkverdeling heeft gehad, en de desbetreffende partij niet daadwerkelijk betrokken is geweest bij de voor de onderhavige Gunningsprocedure relevante disciplines, dan kan de desbetreffende ervaring van die combinatie niet aan deze partij worden toegerekend."

37. 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 “uitvoering bouwwerken Nieuw Casinogebouw” betreft, wordt dit in het gunningsverslag als volgt gemotiveerd:

“De Inschrijver geeft met betrekking tot deze discipline de volgende referenties op: Artesis Plantin hogeschool, Gevangenij – Leuze-en-Hainaut, KDG campus zuid, Verbouwing & uitbreiding Shopping 1 – Genk en Wijnegem Shopping Center.

Met uitzondering van de referentie Wijnegem Shopping Center, voldoen al deze referenties aan de minimale eisen gesteld in het Bestek. Voor de gedetailleerde analyse wordt naar de onder Bijlage 3 bijgevoegde beoordelingstabel verwezen. De Inschrijver toont aldus aan dat hij over de vereiste technische bekwaamheid inzake deze discipline beschikt.”

Uit bijlage 3 bij het gunningsverslag blijkt dat de referentie inzake Wijnegem Shopping Center niet werd aanvaard omdat de “beschrijving van het aandeel van de inschrijver in project” en de “Raming en bouwkost van aandeel in het project van de inschrijver” niet werd meegedeeld.

De overige vier opgegeven referenties worden daarentegen wel geacht aan alle gestelde vereisten te voldoen, waaronder de minimale totale bouwkost van 20 miljoen euro, btw niet inbegrepen.

38. In het auditoraatsadvies ter terechtzitting wordt bij dit middelonderdeel opgemerkt onder meer wat volgt.

De verzoekende partijen voeren in dit middelonderdeel aan dat referenties slechts mochten worden aanvaard ten belope van het aandeel van de inschrijver bij de uitvoering ervan.

Op het eerste gezicht lijkt de in de bestreden beslissing en het gunningsverslag door de verwerende partij gehanteerde ruimere interpretatie waarbij telkens met de gehele bouwkost lijkt te zijn rekening gehouden voor zover aan de overige voorwaarden van de aankondiging en het bestek was voldaan, evenwel te passen binnen de door haar in de aankondiging en het bestek gestelde selectievoorwaarden.

Uit de in het bestek gestelde formele eis aan de referentie inzake de “beschrijving van het aandeel van de inschrijver in het project en een

raming van de daar aan gekoppelde investeringskost” lijkt *prima facie* niet het tegendeel te kunnen worden afgeleid, nu het bestek een uitdrukkelijke bepaling bevat aangaande de ervaring opgedaan in combinatie die uitdrukkelijk lijkt toe te laten dat ervaring, door de Inschrijver respectievelijk een Genomineerde Onderaannemer opgedaan in combinatie, als ervaring van die Inschrijver respectievelijk Genomineerde Onderaannemer wordt aangemerkt, voor zover aan de in het bestek gestelde voorwaarden is voldaan.

De door de verzoekende partijen verdedigde interpretatie lijkt op het eerste gezicht dan ook een bijkomende voorwaarde toe te voegen die niet vervat was in de opdrachtdocumenten.

Bovendien lijken zij er in de projectfiche betreffende de door hen voorgelegde en aanvaarde referentie inzake Cultuur Centrum Ieper zelf op te wijzen dat Alheembouw hier bouwheer was “in een structuur van een tijdelijke vereniging” , en daarmee zelf de ernst van deze grief te ondermijnen.

In de mate dat de verzoekende partijen zich in de uiteenzetting van hun middel voorts nog beroepen op diverse internetuittreksels, blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij kennis had van deze uittreksels en hiermee dan ook rekening diende te houden. Bovendien worden de door de gekozen inschrijver bij de offerte gevoegde projectfiches niet van valsheid beticht.

Wat de referenties ‘Artesis Plantijn Hogeschool’, ‘gevangenis Leuze-en-Hainaut’, ‘KDG Campus Zuid’ en ‘verbouwing & uitbreiding Shopping 1 – Genk’ betreft, blijkt uit de projectfiches gevoegd bij de offerte van de gekozen inschrijver *prima facie* telkens dat een bouwkost van meer dan 20.000.000 euro (btw niet inbegrepen) werd opgegeven, dat tevens duidelijk vermeld wordt dat het werk werd uitgevoerd in het kader van een tijdelijke handelsvennootschap en dat ook het aandeel van de inschrijver in het project wordt weergegeven.

De verzoekende partijen tonen in het licht van voormeld artikel 5.6.3. “Ervaring opgedaan in combinatie” van het bestek dan ook niet aan dat de verwerende partij ten onrechte zou hebben rekening gehouden met deze referenties, dan wel ten onrechte zou nagelaten hebben om hierover nog vragen te stellen.

39. De Raad van State onderschrijft deze bevindingen. Ook het tweede onderdeel van het middel is niet ernstig.

Uiteenzetting van het derde middelonderdeel

40. De verzoekende partijen betogen dat zij ten onrechte niet werden geselecteerd.

Wat de niet aanvaarding van hun referentie “uitbreiding distributiecentrum Delhaize” betreft, merken zij op dat de definitie van “recreatieve infrastructuur” in het bestek een limitatieve opsomming bevat, doch deze van ‘multifunctionele gebouwen’ een niet limitatieve opsomming waarbij een combinatie van functies kenmerkend moet zijn zonder dat evenwel bepaald is in welke mate dat deze functies in meerdere of mindere mate moeten aanwezig zijn en hoe deze moeten worden onderscheiden. De door haar opgegeven referentie is volgens haar wel degelijk multifunctioneel in de zin van het bestek en de wijze waarop het bij de beoordeling van de andere kandidaten werd gehanteerd. Minstens is er volgens hen sprake van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel aangezien aan alle inschrijvers vragen werden gesteld omtrent onduidelijkheden en de verwerende partij nagelaten heeft om hun hierover verduidelijking te vragen.

Wat de niet aanvaarding van hun referentie “Accent Business Park en Business Hotel Mercure” betreft, merken zij op dat de verwerende partij dit project ten onrechte heeft uitgesplitst tot twee projecten. Ook hier zou het zorgvuldigheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel geschonden zijn omdat hierover geen verduidelijking werd gevraagd.

Beoordeling van het derde middelonderdeel

41. Wat inschrijver “Infiniti Gaming - 3 D Domestic Projects” betreft, luidt de motivering in het gunningsverslag dienaangaande als volgt:

“Uitvoering bouwwerken nieuw Casinogebouw:

De Inschrijver geeft met betrekking tot deze discipline de volgende referenties op: Cultuur Centrum Ieper, Uitbreiding distributiecentrum Delhaize, Accent Business Park en Business Hotel Mercure.

Alleen de referentie Cultuur Centrum Ieper voldoet aan de eisen gesteld in het Bestek.

De referentie Uitbreiding distributiecentrum Delhaize kan niet worden aanvaard, aangezien dit project geen recreatieve infrastructuur betreft en het evenmin om een multifunctioneel gebouw gaat (uitsluitend distributiecentrum).

Ook de referenties Accent Business Park en Business Hotel Mercure kunnen niet worden aanvaard, aangezien de totale bouwkost van de desbetreffende gebouwen lager is dan 20 miljoen EUR (excl. btw). Het minimum van drie geldige referenties wordt door de Inschrijver dus niet behaald. De Inschrijver toont dan ook niet aan dat hij over de vereiste technische bekwaamheid inzake deze discipline beschikt. Voor de gedetailleerde analyse wordt naar de onder Bijlage 3 bijgevoegde beoordelingstabel verwezen.”

In bijlage 3 bij het gunningsverslag wordt inzake referentie ‘Uitbreiding distributiecentrum Delhaize’ nog opgemerkt: “geen recreatieve functie, niet multifunctioneel (enkel distributiecentrum = monofunctie)”.

42. In het auditoraatsadvies ter terechtzitting werd bij dit middelonderdeel onder meer het volgende betoogd.

In de mate dat de verzoekende partijen in dit middelonderdeel aanvoeren dat hun referentie ‘uitbreiding distributiecentrum Delhaize’ wel een multifunctioneel gebouw zou betreffen, valt op te merken dat het begrip “multifunctionele gebouwen” in het bestek gedefinieerd werd als: “gebouwen met een combinatie van functies zoals horeca, huisvesting, parking, etc.”

Dit vereiste lijkt ook samen te moeten worden gelezen met de omschrijving van het voorwerp van de opdracht in de aankondiging en het bestek.

Op die grond lijkt de verwerende partij terecht te oordelen dat, aangezien de door de verzoekende partijen bij hun offerte gevoegde referentie inzake ‘Uitbreiding distributiecentrum Delhaize’ slechts melding lijkt te maken van een “distributiecentrum” de verzoekende partijen op grond van de voorgelegde documenten niet hebben aangetoond dat het een referentie aangaande realisatie van nieuwbouw van vergelijkbare infrastructuur betreft.

Voor zover zij in hun verzoekschrift nog uiteenzetten waarom deze referentie wel degelijk multifunctioneel zou zijn, valt op te merken dat de verwerende partij hiermee op het eerste gezicht geen rekening kon houden nu zulks op het eerste gezicht niet bleek uit de offerte zelf. Bovendien lijkt deze uitsplitsing van functies veeleer kunstmatig en op het eerste gezicht niet van aard om te besluiten dat het de grenzen van een zorgvuldige beoordeling vanwege de verwerende partij te buiten gaat om deze referentie niet als een referentie inzake vergelijkbare infrastructuur te beschouwen.

In de mate dat de verzoekende partijen nog aanvoeren dat er minstens sprake zou zijn van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel doordat aan alle inschrijvers vragen zouden zijn gesteld omtrent onduidelijkheden, valt op te merken dat nergens uit het gunningsverslag blijkt dat aan een inschrijver vragen zouden zijn gesteld omtrent de reeds in het bestek gevraagde omschrijving van de functies.

Ten slotte lijkt het de verwerende partij bezwaarlijk ten kwade te kunnen worden geduid dat zij de referenties ‘Accent Business Park’ en ‘Business Hotel Mercure’ als afzonderlijke referenties heeft behandeld, aangezien de verzoekende partijen dienaangaande zelf afzonderlijke referenties lijken toe te voegen aan hun offerte, telkens ook ondersteund met een afzonderlijk attest van goede uitvoering, ondertekend door twee verschillende opdrachtgevers.

Bovendien blijkt de verwerende partij met betrekking tot de referentie ‘Business Hotel Mercure’ wel een verduidelijking te hebben gevraagd inzake de schijnbare onduidelijkheid tussen de bouwkost vermeld op de projectfiche (20.800.671 euro) en het attest van goede uitvoering (18.739.527 euro) en lijken de verzoekende partijen alsdan geen opmerkingen te hebben gemaakt in de zin dat dit project ten onrechte zou zijn “afgesplitst”.

Overigens lijken de verzoekende partijen geen belang te hebben bij hun kritiek dat de referenties ‘Accent Business Park’ en ‘Business Hotel Mercure’ als één referentie hadden moeten worden beschouwd, omdat zij, gelet op de op het eerste gezicht terechte niet aanvaarding van de referentie “Uitbreiding distributiecentrum Delhaize”, alsdan hoe dan ook niet lijken te beschikken over het vereiste minimumaantal referenties. De kritiek lijkt dan ook slechts betrekking te hebben op overtollige motieven.

43. De Raad van State valt deze bevindingen bij. Ook het derde onderdeel van dit middel faalt en bijgevolg is het middel in zijn geheel niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

44. In een vierde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van “de bepalingen van art. 58 §1, 1° en 2° lid, art. 61 §2, 5° en 6° lid, art. 61 §3, 2° lid, art. 61 §4, art. 62 §1, art. 62 §5, art. 63 §1 en art. 63 §2, art. 66, art. 95 §2 en §4 KBP, samen met art. 2, 6° en 7° lid Wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, van bepaling 3.1.1., 5.1.1., 6.3.1. en 7.3, sub (v) van het bestek, van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en ‘het beginsel *pater[e] legem quam ipse fecisti*’, het beginsel van gelijke behandeling (dit laatste tevens genomen uit art. 2 Richtlijn 2004/18/EG en art. 5, eerste lid Wet Overheidsopdrachten) als algemene beginselen van behoorlijk bestuur alsook de schending van de materiële motiveringsplicht”.

Eerste middelonderdeel

45. In een eerste middelonderdeel doen de verzoekende partijen gelden dat uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij nagelaten heeft te onderzoeken of de verzoekende partijen zich al dan niet in een toestand van uitsluiting bevinden.

In ieder geval staat op grond van het indieningsdossier volgens hen vast dat zij alle gevraagde attesten en documenten die overeenkomstig het bestek bij de offerte dienden te worden gevoegd, correct en volledig aangeleverd hebben en dat op grond hiervan niet kan worden besloten dat de offerte gebrekkig is.

Beoordeling

46. Uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij aan de door de verzoekende partijen aangehaalde opmerkingen in het gunningsverslag inzake de foutmeldingen bij het opvragen van RSZ-attesten en de vermelding van een belastingschuld op een fiscaal attest vooralsnog geen gevolgen lijkt te hebben

verbonden in de zin dat zij om die reden niet werden uitgesloten. Uit de bestreden beslissing en het gunningsverslag blijkt immers dat zij op andere gronden niet werden geselecteerd en dat hun offerte bovendien ook onregelmatig werd verklaard.

De verzoekende partijen lijken *prima facie* dan ook geen belang te hebben bij dit middelonderdeel, nu de verzoekende partijen door de beweerde schending niet zijn of niet dreigen te worden benadeeld, voorwaarde om krachtens de artikelen 14 en 15 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, de gevraagde schorsing te verkrijgen.

Tweede middelonderdeel

47. In een tweede middelonderdeel betwisten de verzoekende partijen nog de substantiële onregelmatigverklaring van hun offerte wegens het niet toevoegen van een projectplanning bij hun offerte. Daarbij voeren zij aan dat de “projectplanning” zoals gedefinieerd in het bestek, pas diende te worden gemaakt nadat de opdracht al is gegund.

Volgens de verzoekende partijen hebben zij dergelijke projectplanning bovendien wel degelijk ingediend bij hun offerte en meer bepaald integraal opgenomen in het financieel plan van 3D Domestic Projects.

Beoordeling

48. Uit de 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 derde onderdeel van het derde 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 het tweede onderdeel van hun vierde 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 derde onderdeel van het derde middel niet ernstig werd bevonden, lijken de verzoekende partijen geen belang meer te hebben bij het tweede onderdeel van het vierde middel.

VII. Besluit en kosten

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

50. 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 400 euro, elk voor de helft, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende 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