

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.207 van 11 december 2020
in de zaak A. 232.213/XII-8987**

In zake: de NV CASINO KURSAAL OOSTENDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Louis Francois
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD OOSTENDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Bronders
kantoor houdend te 8400 Oostende
Archimedesstraat 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de NV INFINITY GAMING KNOCKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 november 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Oostende van 16 oktober 2020, [...] houdende de gunning van de concessie ‘voor de exclusieve uitbating van een kansspelinrichting klasse I of casino op het grondgebied van de Stad Oostende’ aan de nv Infiniti Gaming Knocke”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 23 november 2020 heeft de nv Infinity Gaming Knokke gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 december 2020, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat David D’Hooghe, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Stijn Vanhulle, die *loco* advocaat Bart Bronders verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De gemeenteraad van de stad Oostende beslist op 28 mei 2018 om een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking te voeren voor het plaatsen van een concessie voor diensten voor de exclusieve uitbating van een kansspelinrichting klasse I of casino op het grondgebied van de stad Oostende.

3.2. De offertes worden geopend op 17 juli 2018. De volgende inschrijvers hebben een offerte ingediend:

- de nv Casino Kursaal Oostende (de verzoekende partij), en
- de nv Infiniti Gaming Knokke (de gekozen inschrijver en tussenkomende partij).

3.3. Er worden met beide inschrijvers onderhandelingen gevoerd. Vervolgens worden zij met brieven van 15 november 2018 uitgenodigd om een BAFO in te dienen, ten laatste op 26 november 2018 om 12.00 uur.

3.4. Met een brief van 23 november 2018 aan de verwerende partij deelt de nv Casino Kursaal Oostende mee dat zij heeft vernomen van “de heren Koen De Wispelaere en Antoon Dierick van de groep DRGT” dat de groep DRGT deelneemt aan de huidige procedure en dat deze onderneming “[a]ls leverancier van informatica diensten aan het casino Oostende [...] op permanente basis [beschikt] over een toegang tot al [haar] systemen en data, alsook tot [haar] communicatieverkeer en [aldus] beschikt [...] over alle operationele informatie van [haar] onderneming. Dit geeft hun een uiterst belangrijke ‘insight’ in de volledige werking van het casino”. Gezien dat feit maakt de nv Casino Kursaal Oostende “het meest strikte voorbehoud”.

3.5. Op 26 november 2018 worden de BAFO’s geopend. Beide inschrijvers hebben een BAFO ingediend:

- de nv Casino Kursaal Oostende biedt een eenmalige bijdrage van 5.600.000 euro en een vast jaarlijks concessiegeld van 580.000 euro; en
- de nv Infiniti Gaming Knokke biedt een eenmalige bijdrage van 6.750.000 euro en een vast jaarlijks concessiegeld van 675.000 euro.

De laatstgenoemde inschrijver blijkt daarbij “rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar bestuurders dhr. Jorgen De Muynck en dhr. Koen De Wispelaere”.

3.6. Op 28 november 2018 wordt een eerste selectie- en gunningsverslag opgesteld. Beide offertes worden regelmatig verklaard. Geen van beide inschrijvers bevindt zich in een toestand van uitsluiting. Wat de kwalitatieve selectie betreft, wordt de nv Casino Kursaal Oostende zonder noemenswaardige opmerkingen geselecteerd evenals de gekozen inschrijver, weliswaar na een uitvoerig onderzoek.

Wat de brief van 23 november 2018 van de nv Casino Kursaal Oostende betreft, wordt opgemerkt dat “[d]e loutere bewering van een inschrijver dat een andere inschrijver of een met hem verbonden onderneming – permanente toegang heeft tot haar informaticasystemen en data, alsook tot haar communicatieverkeer, [...] de aanbestedende overheid niet toe[laat] een [inschrijver] om die reden uit de procedure te weren”.

Vervolgens worden de BAFO’s getoetst aan het prijscriterium. De nv Casino Kursaal Oostende behaalt een eindscore van 84,4 punten, de nv Infiniti Gaming Knokke 100 punten. Er wordt dan ook voorgesteld om de concessie te gunnen aan de nv Infiniti Gaming Knokke.

3.7. Met een beslissing van 3 december 2018 onderschrijft het college van burgemeester en schepenen het gunningsverslag van 28 november 2018, dat tot deel van de beslissing wordt verklaard, en gunt het de concessie aan de nv Infiniti Gaming Knokke.

3.8. Met een aangetekende brief van 7 december 2018 protesteert de nv Casino Kursaal Oostende opnieuw bij de verwerende partij inzake de rol van “de DRGT-groep”, als leverancier van kansspelproducten met een E-licentie, in de plaatsingsprocedure aan de zijde van de nv Infiniti Gaming Knokke, die “deel uit[maakt] van de DRGT-groep”. Zij heeft door een gerechtsdeurwaarder laten vaststellen dat personen verbonden aan “de DRGT-groep” en de nv Infiniti Gaming Knokke toegang hebben tot haar informaticasystemen. Zij vraagt om de offerte van de nv Infiniti Gaming Knokke als ongeldig te verwerpen.

Op 13 december 2018 volgt nog een brief van de raadsman van de nv Casino Kursaal Oostende, met daarbij een proces-verbaal van vaststelling door een gerechtsdeurwaarder, met einddatum 30 november 2018, en diverse vaststellingen inzake toegang tot het informaticasysteem van de nv Casino Kursaal Oostende.

3.9. Met een brief van 11 januari 2019, aangetekend verzonden op 14 januari 2019, geeft de verwerende partij aan de nv Casino Kursaal Oostende kennis van de gunningsbeslissing.

3.10. Op 28 januari 2019 stelt de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 3 december 2018 in. Die zaak is bij de Raad van State bekend onder het rolnummer A. 227.300/XII-8689.

Bij arrest nr. 243.771 van 21 februari 2019 schorst de Raad van State de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 3 december 2018, in essentie omdat de verwerende partij de aanwijzingen die werden voorgelegd door de verzoekende partij dat de gekozen inschrijver mededingingsverstorende handelingen zou hebben gesteld niet had onderzocht en had afgedaan als een loutere bewering van een inschrijver, hoewel aanwijzingen werden voorgelegd in de vorm van een proces-verbaal van vaststelling door een gerechtsdeurwaarder.

Op 28 juni 2019 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing van 3 december 2018 in te trekken.

3.11. Op 18 juni 2019 worden beide inschrijvers door de verwerende partij verzocht om hun argumenten schriftelijk te bezorgen voor 31 juli 2019. Zij dienen hun argumenten in bij de verwerende partij.

3.12. Op 22 november 2019 stelt de verwerende partij een deskundige aan op het vlak van informatica en netwerk om de zaak te onderzoeken.

3.13. Op 18 juni 2020 legt de deskundige een eindverslag neer. Dit verslag telt 36 bladzijden, met bijlagen in totaal zelfs 109 bladzijden.

3.14. Op 19 juni 2020 wordt een tweede gunningsverslag opgesteld. Daarin wordt beslist de nv Infiniti Gaming Knokke niet uit te sluiten van de plaatsingsprocedure wegens mededingingsverstorende handelingen, waarbij summier naar het eindverslag van de deskundige wordt verwezen.

Vervolgens wordt het onderzoek van de offertes zoals uitgevoerd in het eerste gunningsverslag hernomen en wordt voorgesteld om de concessie te gunnen aan de nv Infiniti Gaming Knokke.

3.15. Op 26 juni 2020 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij opnieuw om de concessie te gunnen aan de nv Infiniti Gaming Knokke, daarbij verwijzend naar het gunningsverslag.

Met een aangetekende brief van diezelfde dag geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij en de nv Infiniti Gaming Knokke van de tweede gunningsbeslissing. Het gunningsverslag is bijgevoegd, maar niet het eindverslag van de deskundige.

3.16. Op 13 juli 2020 stelt de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 26 juni 2020 in. Die zaak is bij de Raad van State bekend onder het rolnummer A. 231.252/XII-8928.

Bij arrest nr. 248.100 van 31 juli 2020 schorst de Raad van State de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 26 juni 2020, in essentie omdat het eindverslag van de deskundige niet samen met de gunningsbeslissing ter inzage van de inschrijvers was gegeven door de verwerende partij. De Raad van State oordeelde daarbij dat de inschrijvers afdoende kennis moeten kunnen nemen van de bevindingen van de deskundige om deze eventueel aan kritiek te kunnen onderwerpen voor de rechter.

Op 16 oktober 2020 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing van 26 juni 2020 in te trekken.

3.17. Op 13 augustus 2020 richt de verzoekende partij een brief aan de verwerende partij met daarin een reeks bezwaren en bedenkingen bij het onderzoek dat werd uitgevoerd door de deskundige informatica en netwerk.

De deskundige informatica en netwerk stelt op 24 september 2020 een aanvullend verslag op, waarin wordt ingegaan op de bezwaren en bedenkingen van de verzoekende partij.

3.18. Op 1 oktober 2020 wordt een derde gunningsverslag opgesteld. Daarin worden de vaststellingen van de deskundige in zijn eindverslag van 18 juni

2020 en zijn aanvullend verslag van 24 september 2020 uitvoerig besproken en bijgevalen. Er wordt besloten dat er geen voldoende plausibele aanwijzingen zijn dat de nv Infiniti Gaming Knokke handelingen heeft gesteld die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen.

Vervolgens wordt het onderzoek van de BAFO's zoals uitgevoerd in het eerste gunningsverslag hernomen en wordt voorgesteld om de concessie te gunnen aan de nv Infiniti Gaming Knokke.

3.19. Op 16 oktober 2020 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij om de concessie opnieuw te gunnen aan de nv Infiniti Gaming Knokke, daarbij verwijzend naar het derde gunningsverslag. Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekende brief van 27 oktober 2020 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij en de nv Infiniti Gaming Knokke van de derde gunningsbeslissing. Het derde gunningsverslag is bijgevoegd, alsook het eindverslag van de deskundige, de brief van de verzoekende partij van 13 augustus 2020 en het aanvullend verslag van de deskundige informatica en netwerk van 24 september 2020.

IV. Tussenkoms

De nv Infinity Gaming Knokke blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

De verzoekende partij en de tussenkomende partij hebben een "Nota ter ondersteuning van de mondelinge toelichting ter zitting", respectievelijk een "Nota pleidooien" ingediend. Het procedurereglement kort geding voorziet niet in de mogelijkheid tot het indienen van dergelijke nota's. Er wordt dan ook

enkel rekening mee gehouden in zover ze de neerslag vormen van hetgeen ter terechtzitting is gepleit.

VI . Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

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

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

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

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

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van “de artikelen 25 en 37 van de Concessiewet, artikel III.11. van het Wetboek Economisch Recht [...], alsmede het mededingingsbeginsel [en] het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij vat het middel zelf als volgt samen -randnummers weggelaten-:

“Verwerende partij heeft de maximale looptijd van de concessie vastgesteld op 30 jaar. Ze heeft daarbij echter verzaakt aan haar verplichting om de looptijd van de concessie te beperken tot datgene dat voor de concessienemer noodzakelijk is om zijn investering met een redelijk rendement op het geïnvesteerde kapitaal terug te verdienen. De exploitatie van het casino te Oostende wordt ingevolge het door verwerende partij goedgekeurd bestek dan ook langer dan noodzakelijk en verantwoord is aan de mededinging onttrokken. Minstens heeft de verwerende partij eraan verzaakt om te onderzoeken of de looptijd van 30 jaar wel redelijk verantwoord is in het licht van de in artikel 37 Concessiewet [2016] gestelde vereisten.

Hierdoor schendt het Bestek de artikelen 25 en 37 van de Concessiewet [2016], het artikel III.11., tweede lid van het Wetboek Economisch Recht [...], alsmede het mededingingsbeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel, zodat ook de op die onwettige bestekbepaling gesteunde gunningsbeslissing door die onwettigheid is aangetast.”

Beoordeling

8. Artikel 25, § 1, en artikel 37 van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ (hierna: wet concessieovereenkomsten), luiden als volgt:

“Art. 25. § 1. Een aanbesteder mag geen concessie opstellen met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt

geacht kunstmatig te zijn beperkt indien een concessie is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers of werken, leveringen of diensten ten onrechte te bevoordelen of benadelen.

[...]

Art. 37. § 1. De looptijd van concessies wordt beperkt. De looptijd wordt door de aanbesteder geraamd op basis van de gevraagde werken of diensten.

§ 2. Voor concessies die langer duren dan vijf jaar, wordt de maximale looptijd van de concessie beperkt tot de periode waarin van een concessiehouder redelijkerwijs verwacht mag worden dat hij de investeringen die hij heeft gemaakt voor de exploitatie van de werken of diensten, samen met een rendement op het geïnvesteerde vermogen terugverdiend, rekening houdend met de investeringen die nodig zijn om de specifieke contractuele doelstellingen te halen.

Voor de berekening worden zowel de initiële investeringen als de investeringen tijdens de looptijd van de concessie in aanmerking genomen.”

Artikel III.11. van het Wetboek van economisch recht (hierna: wetboek economisch recht), luidt:

“Art. III.11. Wanneer het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, wordt een selectie gemaakt uit de gegadigden volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure.

In de in het eerste lid bedoelde gevallen wordt de vergunning voor een passende beperkte duur verleend en wordt zij niet automatisch verlengd; evenmin wordt enig ander voordeel toegekend aan de dienstverrichter wiens vergunning zojuist is verlopen of aan personen die een bijzondere band met die dienstverrichter hebben.

De regels voor de selectieprocedure kunnen rekening houden met overwegingen die betrekking hebben op de volksgezondheid, met doelstellingen van sociaal beleid, de gezondheid en de veiligheid van werknemers of zelfstandigen, de bescherming van het milieu, het behoud van het cultureel erfgoed en andere dwingende redenen van algemeen belang.”

9. In het eerste middel betwist de verzoekende partij in essentie de rechtsgeldigheid van de door de verwerende partij gekozen maximale looptijd van de concessie.

10. Blijkens het bestek wordt de concessie verleend voor een termijn van vijftien jaar:

“4. Looptijd van de overeenkomst

De overeenkomst heeft een looptijd van 15 jaar vanaf 1 augustus 2021 en is hernieuwbaar voor een volgende periode van 15 jaar onder voorbehoud van het verkrijgen van een hernieuwing van de vergunning klasse A voor het exploiteren van een kansspelinrichting klasse I en de volledige uitvoering van alle verbintenissen van de concessieovereenkomst.”

De bij het bestek gevoegde model concessieovereenkomst luidt wat de duur ervan betreft:

“Artikel 2.

2.1. Huidige overeenkomst neemt een aanvang op 1 augustus 2021 en eindigt op 31 juli 2036.

2.2. De overeenkomst is eenmalig verlengbaar met eenzelfde periode en onder dezelfde voorwaarden, mits de Concessienemer voor 31 juli 2035 de concessiegever laat weten dat hij een verlenging wenst onder voorbehoud van een hernieuwing van een vergunning voor het uitbaten van het casino en mits de Concessienemer op eer verklaart dat hij voldoet aan de gestelde minimale voorwaarden voor het verkrijgen van een dergelijke vergunning zoals vereist door de Kansspelwet en haar uitvoeringsbesluiten.

In het geval van een hernieuwing van de vergunning gaat de verlengingsperiode in vanaf 1 augustus 2036 en verstrijkt zonder mogelijkheid van stilzwijgende verlenging op 31 juli 2051.”

11. Een eerste vaststelling is dat, anders dan de verzoekende partij laat uitschijnen in de adstructie van het middel, de concessie reeds *prima facie* wordt verleend voor een looptijd van 15 jaar en niet zonder meer voor een termijn van 30 jaar. Er is inderdaad voorzien in een eenmalige verlengingsmogelijkheid met opnieuw 15 jaar, maar die mogelijke verlening is reeds op het eerste gezicht voorwaardelijk en niet zomaar stilzwijgend.

12. De verzoekende partij lijkt bij het aanbrengen van het middel in het verzoekschrift bovendien de voorliggende zaak ten onrechte geïsoleerd te bekijken, buiten haar specifieke context. Het lijkt te dezen immers niet te gaan om de gunning van een zuivere concessieovereenkomst in de zin van de wet concessieovereenkomsten. De bestreden beslissing betreft immers de gunning van een concessie voor de exclusieve uitbating van een kansspelinrichting klasse I of

casino, een concessievorm waarop naast de bepalingen van de wet concessieovereenkomsten en het wetboek economisch recht, ook – en zeker niet ondergeschikt – de bepalingen van de wet van 7 mei 1999 ‘op de kansspelen, de weddenschappen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers’ (hierna: kansspelwet) van toepassing zijn. Zulks blijkt overigens ook uit het bestek, dat ondubbelzinnig verwijst naar het van toepassing zijn van de kansspelwet op de gunning van de concessie.

Er bestaan binnen het kader van deze wet negen klassen van vergunningen en drie aanvullende vergunningen. De vergunning klasse A staat de exploitatie toe van een kansspelinrichting klasse I of casino. Opdat een vergunning klasse A zou mogen worden verleend, is vereist dat de gemeente waar het casino zal worden uitgebaat, een concessieovereenkomst sluit met de kandidaat-exploitant. De vergunning klasse A wordt verleend voor hernieuwbare periodes van vijftien jaar. Het te dezen eveneens van toepassing zijnde koninklijk besluit van 26 juni 2002 ‘betreffende de concessieovereenkomsten afgesloten tussen de gemeenten en de kandidaat-exploitanten van een kansspelinrichting klasse I’ legt in zijn artikel 14 overigens uitdrukkelijk een link tussen de duurtijd van de concessie en de kansspel vergunning klasse A.

In het licht van de bepalingen van de kansspelwet en het voornoemde koninklijk besluit, lijkt het feit dat de verwerende partij te dezen de concessieovereenkomst een initiële looptijd van 15 jaar heeft gegeven op het eerste gezicht geen miskennis van de door de verzoekende partij ingeroepen rechtsnormen te vormen. Deze termijn volgt immers rechtstreeks uit de wetgeving op de kansspelen. Het kan de verwerende partij niet ten kwade worden geduid, zo lijkt het, dat zij de looptijd van de concessie heeft willen laten samenvallen met de looptijd van de daarmee onlosmakelijk verbonden kansspel vergunning klasse A. Dat de verzoekende partij het in haar pleitnota anders ziet, en zij de koppeling van de duurtijd van de exploitatieconcessie aan deze van de kansspelvergunning als onterecht afdoet, doet daaraan geen afbreuk. Het lijkt zelfs in hoge mate een opportunistiekritiek te betreffen.

Er blijkt alleszins niet, minstens niet met de in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste *prima facie* ernst, dat de verwerende

partij te dezen bij het bepalen van de looptijd zou hebben gehandeld met het oogmerk om de concessie uit te sluiten van het toepassingsgebied van de wet concessieovereenkomsten of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken.

Dat er werd voorzien in een voorwaardelijke eenmalige verlengingsmogelijkheid van de concessie, lijkt op het eerste gezicht niet tot een ander besluit te leiden en vormt *prima facie* evenmin een disproportionele inbreuk op de mededinging.

13. Het eerste middel is niet ernstig.

14. Er is in de huidige stand van het geding dan ook geen nood om in te gaan op de bezwaren inzake de ontvankelijkheid van het eerste middel die worden opgeworpen door de verwerende partij en de tussenkomende partij .

B. Tweede middel

Uiteenzetting

15. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van “artikel 46, § 1, 2° iuncto 48, § 2, tweede lid en 49 van de Concessiewet en het artikel 42, §3 van het Koninklijk Besluit van 25 juni 2017 betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten [...], alsmede het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij vat het middel zelf als volgt samen -randnummers weggelaten-:

“Uit de voormelde bepalingen vloeit voort dat indien een beroep wordt gedaan op de draagkracht van een derde, dit engagement bevestigd moet worden tijdens de verschillende fases van de gunningsprocedure. Het is aan de aanbesteder daarop toe te zien en zodoende geen concessies te gunnen aan inschrijvers die niet (meer) voldoen aan de selectie-eisen. Om aan die verplichting te voldoen dient de aanbesteder dan ook steeds voorafgaand aan de gunning na te gaan of de eerst gerangschikte (nog steeds) voldoet aan de vooropgestelde selectievoorwaarden.

In casu heeft de nv Infiniti Gaming Knokke in haar initiële offerte van 17 juli 2018 een verbintenis voorgelegd van de nv Casino Austria International Belgium (CAIB) waarin die laatste haar draagkracht ter beschikking stelt. Uit de BAFO d.d. 26 november 2018 van de nv Infiniti Gaming Knokke blijkt echter niet dat zij nog steeds een beroep kan doen op de draagkracht van CAIB. Dat blijkt bovendien ook niet uit de meerdere brieven die de nv Infiniti Gaming Knokke naar de verwerende partij heeft gestuurd m.b.t. tot de verlengingen van de instandhoudingstermijn van haar offerte. Bijgevolg ligt met de BAFO geen actuele verbintenis meer voor waarmee CAIB haar draagkracht ter beschikking stelt. Er blijkt dan ook niet dat de nv Infiniti Gaming Knokke (zelf) op datum van de gunningsbeslissing nog aan de selectievoorwaarden voldoet. Hierdoor schendt de bestreden beslissing de artikelen 46, §1, 20 iuncto 48, §2, tweede lid en 49 van de Concessiewet en het artikel 42, §3 KB Plaatsing, alsmede het zorgvuldigheidsbeginsel.”

Beoordeling

16. Overeenkomstig artikel 46, § 1, eerste lid, 2°, van de wet concessieovereenkomsten, worden concessies gegund op grond van de door de aanbesteder vastgestelde gunningscriteria, mits aan de voorwaarde is voldaan dat de inschrijver voldoet aan de selectievoorwaarden die door de aanbesteder in het concessiedocument zijn vastgesteld.

Overeenkomstig artikel 48, § 2, tweede lid, van de wet concessieovereenkomsten, leggen de aanbesteders het gebruik van een document van voorlopig bewijs op en zorgen zij ervoor, op onpartijdige en transparante wijze, met inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling, dat de geselecteerde kandidaten voldoen aan de selectievoorwaarden en dat de concessie niet wordt gegund aan een inschrijver die niet voldoet aan de selectievoorwaarden.

Artikel 49 van de wet concessieovereenkomsten, betreft de draagkracht van derden en luidt als volgt:

“Om te voldoen aan de in artikel 48 bedoelde kwalitatieve selectievoorwaarden, kan een ondernemer in voorkomend geval en voor een bepaalde concessie steunen op de draagkracht van andere instanties, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die instanties. Indien een ondernemer een beroep wenst te doen op de draagkracht van andere instanties, bewijst hij ten behoeve van de aanbesteder dat hij gedurende de hele concessieperiode zal beschikken over de nodige middelen,

bijvoorbeeld door een door deze instanties aangegane verbintenis over te leggen. Wat betreft de financiële draagkracht kan de aanbesteder eisen dat de ondernemer en de andere betrokken instanties gezamenlijk instaan voor de uitvoering van de overeenkomst.

Onder dezelfde voorwaarden en mits hetzelfde voorbehoud kan een combinatie van ondernemers zoals bedoeld in artikel 30 een beroep doen op de draagkracht van leden van de combinatie of van andere instanties.”

Artikel 42, § 3, van het koninklijk besluit van 27 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten’ (hierna: koninklijk besluit concessieovereenkomsten), luidt:

“§ 3. In een procedure met opeenvolgende fases behoudt de kandidaat die werd geselecteerd op basis van de draagkracht van een derde, zijn verbintenissen met deze derde gedurende de ganse loop van de plaatsingsprocedure en van concessielooptijd, voor zover deze kandidaat concessiehouder wordt. Dit moet blijken uit de opeenvolgende offertes.”

17. In het tweede middel voert de verzoekende partij in essentie aan dat, gelet op artikel 42, § 3, van het koninklijk besluit concessieovereenkomsten, de gekozen inschrijver te dezen het bewijs had moeten leveren dat de derde op wiens draagkracht hij een beroep doet om te voldoen aan de selectievereisten, zijn draagkracht verbintenis gestand doet.

18. De voorliggende concessie wordt gegund met een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Noch uit de concessiedocumenten, noch uit het eigenlijke verloop van de plaatsingsprocedure, kan er te dezen worden afgeleid dat het zou gaan om een procedure met opeenvolgende fases, dit is een plaatsingsprocedure waarin er eerst een afzonderlijke selectiefase wordt gevoerd, met het indienen van een aanvraag tot deelneming door kandidaat-inschrijvers op grond van een selectiedocument, waarna er een afzonderlijke selectiebeslissing wordt genomen, om vervolgens in een tweede fase de geselecteerde kandidaat-inschrijvers toe te laten een eigenlijke offerte in te dienen.

Er blijkt integendeel dat er meteen offertes werden ingediend door de inschrijvers, waarna er op grond van die offertes werd onderhandeld, om de inschrijvers vervolgens nog een BAFO te laten indienen, welke ‘BAFO’ evenwel bij beide inschrijvers beperkt is gebleven, zo blijkt, tot het indienen van een nieuw prijsvoorstel en zich niet heeft uitgestrekt tot het indienen van een volledig herwerkte offerte.

19. Het middel steunt in zijn kern op de veronderstelling dat artikel 42, § 3, van het koninklijk besluit concessieovereenkomsten, te dezen van toepassing zou zijn. Die bepaling betreft evenwel enkel procedures met een opeenvolgende selectie-en gunningsfase. Zoals reeds opgemerkt is zulks hier op het eerste gezicht niet het geval. De betrokken bepaling is *prima facie* te dezen niet van toepassing.

Het tweede middel lijkt aldus reeds op het eerste gezicht grondslag te missen.

20. Voor zoveel als nodig kan er nog worden opgemerkt dat bij de initiële offerte van de gekozen inschrijver wel degelijk een draagkracht-verbintenis werd gevoegd van de door hem voorgestelde derde (zie administratief dossier, stuk nr. 7.25). In het dossier kan op het eerste gezicht niets worden teruggevonden waaruit zou blijken dat deze draagkracht-verbintenis nadien zou zijn verbroken of ingetrokken.

Er is aldus niet op het eerste gezicht aangetoond dat de gekozen inschrijver op het ogenblik van het nemen van de gunningsbeslissing niet (langer) zou hebben voldaan aan de selectievoorwaarden.

21. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

22. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van “de artikelen 25, §2 juncto artikel 52, [eerste lid,] 4° Concessiewet [2016],

alsmede het patere legem-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsverplichting”.

Zij vat het middel zelf als volgt samen (randnummers weggelaten):

“De verwerende partij komt in haar beslissing tot het besluit dat er in hoofde van de nv Infiniti Gaming Knokke geen voldoende plausible aanwijzingen bestaan van mededingings-vertekenend handelen en dat er dan ook geen reden is tot uitsluiting.

Er blijkt echter dat de deskundige en zodoende ook de verwerende partij aan de artikelen 25, §2 en 52, eerste lid 4° Concessiewet [2016] een verkeerde invulling hebben gegeven, daar van de verzoekende partij wordt verwacht technisch bewijs aan te leveren dat effectief toegang werd genomen tot haar onderdelen van de server. De verwerende partij leidt dan ook ten onrechte uit de beweerd vaststelling van de deskundige dat er geen (technisch) bewijs zou zijn van ‘inbreuken’ op de mededinging, zonder meer af dat geen ‘voldoende plausible aanwijzingen’ voorhanden zijn van mededingingsvertekenend handelen.

Hoe dan ook blijkt dat verzoekende partij verschillende aanwijzingen heeft aangeleverd die doen blijken dat er verscheidene mogelijkheden waren voor de nv Infiniti Gaming Knokke om toegang te nemen tot onderdelen van de server van verzoekende partij. Die aanwijzingen werden door de deskundige niet ontkracht, doch enkel genegeerd, geminimaliseerd of volledig ontkend. Door de deskundige wordt meer bepaald niet weersproken dat de beweringen van de verzoekende partij vanuit technisch opzicht wel degelijk mogelijk zijn, enkel dat het niet wordt bewezen, terwijl de verzoekende partij steeds heeft aangegeven dat het gewoonweg niet mogelijk is de effectieve toegang waarheidsgetrouw technisch te kunnen bewijzen (en voor de toepassing van de uitsluitingsregel dat ook niet hoeft te bewijzen).

Bovendien slagen de deskundige en de verwerende partij er niet in een plausible verklaring te bieden voor de kennis van de nv Infiniti Gaming Knokke van de interne boekhoudkundige gegevens van de verzoekende partij.”

Vervolgens voert de verzoekende partij overheen twintig bladzijden van haar verzoekschrift een gedetailleerde kritiek op het onderzoek van de zaak door de deskundige informatica en netwerk die door de verwerende partij werd aangesteld.

In deze uitvoerige kritiek doet de verzoekende partij, samengevat, gelden dat de deskundige en de verwerende partij er een foutieve

lezing op nahouden van artikel 25, § 2, en artikel 52, eerste lid, 4°, van de wet concessieovereenkomsten, aangezien deze bepalingen immers geen (technisch) bewijs van mededingingsvertekenend handelen vereisen; de deskundige heeft de door de verzoekende partij aangeleverde plausibele aanwijzingen (dit is bestuurders van de gekozen inschrijver hadden met nominatieve logins toegang tot de gegevens van de verzoekende partij; minstens hadden zij met generieke anonieme logins toegang tot die gegevens; de gekozen inschrijver heeft kennis van interne boekhoudkundige cijfers van de verzoekende partij) ten onrechte afgewezen, minstens werden deze niet naar behoren onderzocht; het staat volgens de verzoekende partij dan ook vast dat de mededinging werd vertekend.

In het besluit van haar betoog vat de verzoekende partij haar argumentatie zelf nog eens als volgt samen (randnummers weggelaten):

“Er moet aldus worden vastgesteld dat de deskundige/verwerende partij, door te vereisen dat verzoekende partij effectief (technisch) moet aantonen dat toegang is genomen tot haar private ruimte(s) / folders / mappen / programma's opdat van de betreffende uitsluitingsgrond toepassing kan worden gemaakt, aan de betreffende uitsluitingsregel een verkeerde invulling heeft gegeven.

Dat is problematisch nu de verwerende partij ten onrechte uit de beweerde vaststelling van de deskundige dat er geen (technisch) bewijs zou zijn van 'inbreuken' op de mededinging, zonder meer heeft afgeleid dat geen 'voldoende plausibele aanwijzingen' voorhanden zijn van mededingingsvertekenend handelen.

Het gevolg daarvan is dat verschillende erg aannemelijke door de verzoekende partij aangeleverde aanwijzingen onterecht eenvoudigweg door de deskundige werden genegeerd, geminimaliseerd of volledig ontkend, niet omdat zij niet plausibel of mogelijk zijn, maar omdat zij geen effectief technisch bewijs vormden.

Door de deskundige wordt aldus niet weersproken dat het beweerde van de verzoekende partij vanuit technisch opzicht wel degelijk mogelijk is, enkel dat het niet wordt bewezen, terwijl de verzoekende partij dat niet waarheidsgetrouw kan en overigens ook niet moet bewijzen.

Vast staat dat de nv Infiniti Gaming Knokke kennis heeft van interne boekhoudkundige cijfers van de verzoekende partij die niet publiekelijk beschikbaar werden gemaakt en de verzoekende partij minstens met haar schrijven van 13 augustus 2020 duidelijk heeft aangetoond dat de gegeven verklaringen ofwel evenzeer de mededinging vertekenen, ofwel aantoonbaar onjuist zijn. Die laatste vaststelling werd ook [door] de deskundige gedaan, doch genegeerd omdat er geen effectief technisch bewijs voorlag van toegang tot de private ruimtes van de verzoekende partij.

Er ligt dan ook geen plausibele verklaring voor van de kennis van de nv Infiniti Gaming Knokke, terwijl de verzoekende partij wel aannemelijk heeft gemaakt dat (de bestuurders van) de nv Infiniti Gaming Knokke over verschillende manieren beschikken om toegang tot (o.m.) de betreffende cijfers te kunnen nemen en die mogelijkheden noch door de verwerende partij, noch de deskundige worden ontkracht.

Door voor de toepassing van de betreffende uitsluitingsregel te vereisen dat de verzoekende partij effectief (technisch) moet aantonen dat inzage is genomen in haar ruimte(s) / folders / mappen / programma's opdat een 'inbreuk' voorhanden zou zijn, terwijl geen plausibele verklaring voorligt van de kennis van de nv Infiniti Gaming Knokke van interne cijfers van de verzoekende en terwijl de verzoekende partij wel aannemelijk heeft gemaakt — minstens niet wordt weersproken — dat (de bestuurders van) de nv Infiniti Gaming Knokke over verschillende manieren konden beschikken om toegang te nemen tot (o.m.) de betreffende interne cijfers, heeft de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing de artikelen 25, §2 en 52, eerste lid 4° Concessiewet [2016], alsmede het randnummer 10 van het Bestek, het patere legem-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel geschonden."

Beoordeling

23. Artikel 25, § 2, van de wet concessieovereenkomsten, betreft het verbod op mededingingsvertekenende handelingen en luidt als volgt:

"§ 2. Ondernemers stellen geen handelingen, sluiten geen overeenkomsten of maken geen afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen.

Offertes of aanvragen tot deelneming die met een dergelijke handeling, overeenkomst of afspraak zijn ingediend, mogen worden geweerd overeenkomstig de bepalingen van artikel 52.

Indien een dergelijke handeling, overeenkomst of afspraak evenwel tot het sluiten van een concessie heeft geleid, treft de aanbesteder de maatregelen voor contractuele inbreuken, tenzij hij, bij een met redenen omklede beslissing, anders beschikt."

Artikel 52 van de wet concessieovereenkomsten, betreft de facultatieve uitsluitingsgronden. Overeenkomstig het door de verzoekende partij ingeroepen eerste lid, 4°, van die bepaling, kan de aanbestedende overheid, in elk stadium van de plaatsingsprocedure, een kandidaat of inschrijver uitsluiten wanneer zij over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt om te besluiten dat de kandidaat of inschrijver handelingen zou hebben gesteld, overeenkomsten zou

hebben gesloten of afspraken zou hebben gemaakt teneinde de mededinging te vertekenen in de zin van artikel 25 van de wet concessieovereenkomsten.

24. In het derde middel voert de verzoekende partij een kritiek op het onderzoek van de zaak door de deskundige informatica en netwerk die door de verwerende partij werd aangesteld. In essentie doet zij gelden dat de deskundige ten onrechte haar argumenten heeft afgewezen die volgens haar staven dat een bestuurder van de gekozen inschrijver zich wederrechtelijk toegang heeft verschaft tot haar bedrijfsgegevens die op een computerserver worden bewaard.

In zoverre het daarbij gaat om een feitelijke kritiek op de bevindingen van een deskundige in een kennelijk nogal technische materie, leent dit middel zich op het eerste gezicht moeilijk tot een onderzoek in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, waarbij de Raad van State niet over de nodige tijd beschikt om ingewikkelde technische vraagstukken diepgaand te bestuderen en desgevallend een deskundige aan te stellen om onoverkomelijke technische twistpunten te beslechten.

Het middel lijkt aldus op het eerste gezicht enkel ernstig te kunnen worden bevonden in zoverre reeds *prima facie* uit de kritieken zou blijken dat het onderzoek door de deskundige niet naar behoren is verlopen of kennelijke onjuistheden bevat die ook zonder de bijstand van een gerechtsdeskundige de rechtens vereiste mate van *prima facie* ernst vertonen.

25. In een eerste punt van kritiek doet de verzoekende partij gelden dat de deskundige en de verwerende partij er een foutieve lezing op na houden van artikel 25, § 2, en artikel 52, eerste lid, 4°, van de wet concessieovereenkomsten, deze bepalingen vereisen volgens de verzoekende partij geen (technisch) bewijs van mededingingsvertekenend handelen.

Artikel 52, eerste lid, 4°, van de wet concessieovereenkomsten, verwijst inderdaad naar het beschikken door de aanbestedende overheid over “voldoende plausibele aanwijzingen [...] om te besluiten dat de kandidaat of inschrijver handelingen zou hebben gesteld, overeenkomsten zou hebben gesloten of afspraken zou hebben gemaakt teneinde de mededinging te vertekenen”. De

parlementaire voorbereiding van de wet concessieovereenkomsten heeft het over “een begin van bewijs (plausibele aanwijzingen) door de aanbesteder, van het bestaan van handelingen, afspraken of overeenkomsten tussen ondernemers die de mededinging kunnen vertekenen”.

De wetgever lijkt aldus op het eerste gezicht in deze bepaling de lat niet onmogelijk hoog te hebben willen leggen voor een aanbestedende overheid die zich geconfronteerd ziet met mededingingsverstorende handelingen van inschrijvers dewelke moeilijk te bewijzen zijn.

Anders dan de verzoekende partij het lijkt te zien, lijkt het feit dat de aanbestedende overheid rechtens kan volstaan met het bijbrengen van plausibele aanwijzingen die een begin van bewijs vormen, niet in te houden dat zij daar ook steeds en in elk denkbaar geval genoeg mee dient te nemen. Het is niet omdat de wet stelt dat loutere aanwijzingen kunnen volstaan – om de bewijslast voor de aanbestedende overheid te verlichten – dat het de verwerende partij te dezen, in een context van beschuldigingen tussen inschrijvers onderling, niet toegelaten zou zijn om een diepgaand onderzoek te voeren naar de ware toedracht van de zaak. De verwerende partij mag er zelf voor kiezen om niet louter op aanwijzingen af te gaan, hoewel zulks haar door de wet in beginsel wel wordt toegelaten. De wetgever wou met de betrokken bepaling kennelijk de bewijslast voor de aanbestedende overheid draaglijk maken in een moeilijk te bewijzen materie, niet het de inschrijvers onderling eenvoudig maken om concurrenten te doen elimineren aan de hand van lichtvaardige argumentaties.

26. Een aanbestedende overheid, die zoals te dezen, door een van de inschrijvers wordt geconfronteerd met aanwijzingen dat een andere inschrijver specifieke handelingen heeft gesteld die de mededinging kunnen vertekenen, is er rechtens toe gehouden deze aanwijzingen met de nodige aandacht te onderzoeken. In deze zaak was zulks eerst niet gebeurd en had de verwerende partij initieel deze aanwijzingen zonder meer terzijde geschoven, wat tot het schorsingsarrest nr. 243.771 van 21 februari 2019 heeft geleid. De verzoekende partij lijkt dat arrest in het verzoekschrift ten onrechte een ruimere draagwijdte te geven. Het ging erom dat de verwerende partij te dezen initieel geen volledig zorgvuldig onderzoek had gevoerd, niet meer, niet minder.

Er blijkt niet, zoals de verzoekende partij lijkt te veronderstellen, dat de aanbestedende overheid zich op grond van artikel 52, eerste lid, 4°, van de wet concessieovereenkomsten, in elk geval zou moeten beperken tot een oppervlakkig onderzoek van de aanwijzingen, louter naar het al dan niet plausibel karakter ervan. Indien de aanbestedende overheid er zelf voor kiest om de haar door een inschrijver voorgelegde aanwijzingen aan een diepgaand onderzoek te onderwerpen en zelfs een forensisch deskundige in de materie aan te stellen, lijkt zulks haar geheel vrij te staan. Het lijkt niet het oogmerk van de wetgever te zijn geweest met de verwijzing naar “voldoende plausibele aanwijzingen” om een aanbestedende overheid het recht te ontzeggen een grondig onderzoek te voeren, wel was het, zoals reeds opgemerkt, kennelijk de bedoeling om de bewijslast voor het bestuur te verlichten. De Raad van State ziet niet in hoe de aanbestedende overheid hier een onzorgvuldig handelen zou kunnen worden verweten doordat zij een meer diepgaand onderzoek heeft gevoerd naar de kwestie dan rechtens van haar wordt vereist. Een bestuur lijkt moeilijk te mogen worden verweten té grondig te zijn geweest.

Er blijkt evenmin dat de door het bestuur aangestelde deskundige zijn opdracht had dienen te beperken tot het louter nagaan van het plausibel karakter van de aanwijzingen. De deskundige lijkt wel degelijk een concrete technische bewijsvoering van de beschuldigende inschrijver te mogen vereisen, zeker in het kader van de voorliggende zaak waarin de ene inschrijver aan de hand van een proces-verbaal van vaststelling door een gerechtsdeurwaarder de andere inschrijver in wezen beschuldigt van een informatica-inbraak en het stelen van gevoelige bedrijfsgegevens voorafgaand aan het indienen van de offertes. Het gaat immers reeds op het eerste gezicht om zware aantijgingen, die behalve een inbreuk op de mededinging in de zin van de wet concessieovereenkomsten, ook een misdrijf lijken te kunnen uit te maken. De vraag rijst overigens waarom de verzoekende partij, voor zover geweten, nog geen strafrechtelijk luik heeft gegeven aan deze zaak die al twee jaar aansleept. Die vaststelling lijkt het sérieux van de zware beschuldigingen die worden geuit door de verzoekende partij toch enigszins te ondergraven.

27. Er blijkt aldus niet, minstens niet op het eerste gezicht, dat de verwerende partij en de door haar aangestelde deskundige te dezen, in de

specifieke context van de voorliggende zaak, een onjuiste invulling aan de betrokken bepalingen van de wet concessieovereenkomsten zouden hebben gegeven door van de verzoekende partij te verlangen dat zij minstens een begin van (technisch) bewijs van mededingingsvertekenend handelen zou leveren.

28. Het eerste punt van kritiek is niet ernstig.

29. In een tweede punt van kritiek doet de verzoekende partij gelden dat de verwerende partij en de deskundige ten onrechte het bestaan van plausibele aanwijzingen hebben afgewezen, minstens deze niet naar behoren hebben onderzocht. Deze kritiek telt drie subkritieken, die alle van veeleer technische aard zijn. Het onderzoek daarvan, zoals dat hierna volgt, is dan ook zeer *prima facie*, zoals de kritieken zich op het eerste gezicht aandienen en worden begrepen.

30. In een eerste subkritiek betoogt de verzoekende partij dat zij bij gerechtsdeurwaardersexploot heeft laten vaststellen dat een bestuurder van de nv Infiniti Gaming Knokke met een nominatieve login toegang heeft genomen tot de server van de verzoekende partij.

De deskundige heeft evenwel in zijn eindverslag vastgesteld dat de betrokken server een gedeelde server blijkt te zijn, die niet louter en alleen aan de verzoekende partij toebehoort en enkel door haar wordt beheerd en gebruikt. Deze blijkt integendeel van een type te zijn dat door meerdere entiteiten wordt gedeeld en beheerd, door de deskundige een zgn. “appartementsmodel” genoemd, waarbij gebruikers van meerdere entiteiten kunnen inloggen en actief zijn op dezelfde server zonder dat zulks betekent dat zij daardoor *ipso facto* ook toegang hebben tot elkaars privaat voorbehouden delen van de server. Een login heeft enkel toegang tot de delen van de server die aan die specifieke login werden toegewezen. Uit het verslag van de deskundige blijkt dat de server te dezen wordt gedeeld door vijf entiteiten, allen gerelateerd aan de kansspelsector, onder meer entiteiten waarin de betrokken bestuurder van de gekozen inschrijver actief is. Deze cruciale vaststellingen over de aard van de server worden op zich niet betwist door de verzoekende partij.

Dat de betrokken bestuurder van de gekozen inschrijver heeft ingelogd op een dergelijke gedeelde server, zoals vastgesteld in het proces-verbaal van de gerechtsdeurwaarder, lijkt in het licht van die niet-betwiste vaststellingen door de deskundige op het eerste gezicht dan ook niet noodzakelijk te moeten leiden tot de vaststelling dat er een begin van bewijs bestaat van mededingingsverstorende handelingen in hoofde van de gekozen inschrijver. Zoals de deskundige ook vaststelt, wordt niet het bewijs geleverd dat de betrokken bestuurder van de gekozen inschrijver is ingelogd op de aan de verzoekende partij voorbehouden delen van de server. Deze vaststellingen van de deskundige over de aard van de betrokken server lijken de impact van de vaststellingen in het vornoemd proces-verbaal overigens decisief te ondermijnen. De verzoekende partij lijkt daarin een beeld van de feiten te hebben geschapen dat niet helemaal met de technische realiteit lijkt overeen te stemmen.

Waar de verzoekende partij in het verzoekschrift doet gelden dat de toegangsrechten van de nominatieve login van de betrokken bestuurder mogelijk achteraf werden gewijzigd betreft zulks op het eerste gezicht een loutere bewering.

De stelling dat niet vaststaat dat met de betrokken login geen toegang werd genomen tot de gegevens van de verzoekende partij, lijkt niet tot een andere conclusie te leiden. In een aantijging als de voorliggende lijkt immers de last om een begin van concreet bewijs te leveren van feiten die een inbreuk op de mededinging vormen wel degelijk bij de verzoekende partij te liggen, minstens blijkt niet dat loutere beweringen en toespelingen zouden volstaan om als “voldoende plausibele aanwijzingen” te worden aangemerkt.

De eerste subkritiek dient in de huidige stand van het geding te worden verworpen als niet voldoende *prima facie* ernstig.

31. In een tweede subkritiek betoogt de verzoekende partij dat zij heeft aangetoond dat de bestuurders van de gekozen inschrijver toegang konden hebben tot generieke anonieme logins dewelke toegang verlenen tot de interne gegevens van de verzoekende partij, meer bepaald gaat het om de login “diradmin”

wat de server in het algemeen betreft en de login “administr” wat betreft de boekhoudsoftware “poppy” die op de server draait.

De loutere mogelijkheid dat bestuursleden van de andere inschrijver eventueel met een dergelijke generieke login toegang zouden hebben kunnen nemen tot de aan de verzoekende partij voorbehouden delen van de gedeelde server, dan wel het boekhoudprogramma van de verzoekende partij op de server, is immers niet meer dan een hypothetische mogelijkheid, die op zich genomen niet onafwendbaar leidt tot de vaststelling dat er een begin van bewijs zou bestaan van mededingingsverstoringe handelingen in hoofde van de gekozen inschrijver.

In dit verband lijkt er overigens te kunnen worden opgemerkt dat het niet meteen een zorgvuldige IT-strategie lijkt om naar eigen zeggen gevoelige bedrijfsgegevens te bewaren op een server die wordt gedeeld met rechtstreekse concurrenten in de sector. Dat dergelijke gegevens best worden bewaard op een server die volledig in eigen beheer is – en die liefst zelfs is afgeschermd van het publieke internet – lijkt veeleer evident. Dat er door de eigen keuze van de verzoekende partij om gevoelige gegevens te bewaren op een server die wordt beheerd door en gedeeld met concurrenten een eventuele mogelijkheid bestaat dat deze concurrenten met een anonieme login inzage zouden hebben kunnen nemen in die gevoelige gegevens, lijkt in dat licht ook in grote mate aan de verzoekende partij zelf te wijten. Het lijkt niet te kunnen worden aanvaard dat zij haar eigen handelwijze nu inroept om ten aanzien van een concurrent aantijgingen te maken die blijkbaar niet kunnen worden bewezen. Zoals reeds opgemerkt lijkt in de onderhavige zaak, waarin de verzoekende partij uiteindelijk een concurrent het plegen van informatica-misdrijven verwijt, niet te kunnen worden volstaan met loutere beweringen en toespelingen, die *prima facie* op een eerder wankel technische bodem lijken te steunen.

De vaststellingen van de deskundige in zijn eindverslag en aanvullend verslag, waarin de beweringen van de verzoekende partij inzake het gebruik van generieke anonieme logins worden verworpen, lijken in het licht van het voorgaande op het eerste gezicht niet als onzorgvuldig te moeten worden aangemerkt.

De tweede subkritiek dient in de huidige stand van het geding te worden verworpen als niet voldoende *prima facie* ernstig.

32. In een derde subkritiek betoogt de verzoekende partij dat de gekozen inschrijver kennis blijkt te hebben van interne boekhoudkundige cijfers van de verzoekende partij, “tot op de decimalen juist”, zonder dat daarvoor een plausibele verklaring voorhanden is.

Deze derde subkritiek blijkt in de eerste plaats betrekking te hebben op de vermelding in de offerte van de gekozen inschrijver van omzetcijfers voor de slotmachines in het Casino van Oostende voor de jaren 2008 tot en met 2013. Zulks gebeurt bij de presentatie van de carrière van één van de aandeelhouders van de gekozen inschrijver. In die presentatie wordt evenwel toegelicht dat deze persoon in de betrokken periode instond voor het operationele management van de slotmachines in vier casino's, waaronder dat van Oostende. Dat hij in die hoedanigheid nauwkeurige kennis had van de betrokken omzetcijfers en percentages lijkt voor de hand te liggen. Dat gegeven vormt op het eerste gezicht op zich dan ook geen plausibel begin van bewijs van een onrechtmatige toegang door deze persoon tot de boekhoudkundige cijfers van de verzoekende partij op de server. Het gebruiken van voordien in de betrokken sector op het eerste gezicht niet onrechtmatig verworven kennis lijkt op het eerste gezicht in beginsel geen handeling uit te maken die de normale mededinging vertekent. Het zich kunnen beroepen op inside kennis indien men voordien inderdaad ook een insider is geweest, lijkt daarentegen reeds op het eerste gezicht in beginsel tot het normale spel van de mededinging te mogen behoren.

De opmerking in het verzoekschrift dat dit feit op zich geen bewijs vormt van het feit dat de gekozen inschrijver zijn kennis niet zou hebben verkregen via illegale toegangsmogelijkheden, zijn loutere beweringen en toespelingen die niet volstaan om de ernst van de kritiek aan te tonen.

Daarnaast heeft de derde subkritiek betrekking op de vermelding in de offerte van de gekozen inschrijver van een lagere omzetgroei voor de slotmachines in het Casino van Oostende over de laatste vijf jaar. Op dit punt werd de gekozen inschrijver bevraagd door de deskundige, waarna de gekozen

inschrijver als verklaring gaf dat deze kennis onder meer werd afgeleid uit de publiekelijk beschikbare jaarverslagen van de Kansspelcommissie.

Dat de betrokken persoon – het weze herhaald, op het eerste gezicht een persoon met een substantiële expertise inzake de exploitatie van slotmachines– op grond van door hem verworven kennis en aan de hand van de jaarrapporten van de Kansspelcommissie een ruwe inschatting kan maken van een omzetsdaling voor de betrokken casino-activiteit vormt op het eerste gezicht geen onaannemelijke verklaring. Daarbij dient te worden opgemerkt dat het hier niet om een gedetailleerde analyse van de omzetsdaling gaat, maar wel om het in zeer algemene termen verwijzen naar “lagere groeicijfers de laatste jaren (ca. gecumuleerd 5% over de laatste vijf jaar)”, wat niet meteen lijkt te duiden op kennis die voorbehouden zou zijn aan actuele insiders en die op geen enkele wijze door een outsider zou kunnen worden gededuceerd uit publiek beschikbare cijfers en kennis van de betrokken sector.

Ook dit gegeven lijkt aldus geen plausibel begin van bewijs te vormen van een onrechtmatige toegang door de betrokken persoon tot de boekhoudkundige cijfers van de verzoekende partij op de betrokken server.

Aldus ligt er wel degelijk een plausibele uitleg voor de wijze waarop de gekozen inschrijver aan de betrokken cijfers en percentages die in zijn offerte worden vermeld is gekomen, minstens lijkt het geen onafwendbaar besluit dat de gekozen inschrijver enkel tot deze cijfers en percentages zou zijn kunnen komen door zich onrechtmatig toegang te verschaffen tot de vertrouwelijke boekhouding van de verzoekende partij op de betrokken server.

Ook de derde subkritiek is niet ernstig.

33. Het tweede punt van kritiek is in zijn geheel niet ernstig.

34. In een derde punt van kritiek besluit de verzoekende partij dat de mededinging te dezen wel degelijk werd vertekend.

Dit punt betreft evenwel louter een gevolgtrekking uit de twee eerdere punten van kritiek. Nu deze punten van kritiek *prima facie* niet ernstig werden bevonden, is er evenmin grond om het derde punt van kritiek ernstig te bevinden.

35. Het derde middel is in zijn geheel niet ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Infinity Gaming Knokke tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van elf december tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin