RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 249.482 van 14 januari 2021
in de zaak A. 232.447/XII-9.002

In zake: de NV GRAND CASINO DE DINANT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bettina Poelemans en Antoon Dierick
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE MIDDELKERKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Keuster
kantoor houdend te 2980 Sint-Antonius-Zoersel
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de NV BELCASINOS
2. de NV CASINO KURSAAL OOSTENDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Louis François
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 december 2020, 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 1 oktober 2019 waarbij wordt beslist om voor de concessie 'tot het exploiteren van een kansspelinrichting klasse I (vergunning A/A+)' de NV Belcasinos te selecteren en deze

toe te laten tot het indienen van een offerte;

- De beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Gemeente Middelkerke van 4 februari 2020 waarbij werd beslist om voor de concessie 'tot het exploiteren van een kansspelinrichting klasse I (vergunning A/A+) — bestek 2019-518257' de offerte van de NV Belcasinos mee voorlopig te rangschikken en de NV Belcasinos uit te nodigen tot het indienen van een BAFO;
- De beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Gemeente Middelkerke van 21 februari 2020 waarbij werd beslist om voor de concessie 'tot het exploiteren van een kansspelinrichting klasse I (vergunning A/A+) — bestek 2019-518257' de NV Belcasinos aan te duiden als definitief eerst gerangschikte inschrijver en de NV Belcasinos uit te nodigen tot het finaliseren van het ontwerp van concessieovereenkomst conform de vigerende kansspelwetgeving, de gunningsleidraad en zijn offerte;
- De beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Gemeente Middelkerke van 25 november 2020 waarbij werd beslist om de 'concessie tot het exploiteren van een kansspelinrichting klasse I (vergunning A/A+)' op het grondgebied van de gemeente Middelkerke — bestek 2019-518257 te gunnen aan de NV Belcasinos overeenkomstig de voorwaarden en modaliteiten vastgelegd in de concessieovereenkomst goedgekeurd door de gemeenteraad in zitting van 25 november 2020."

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 23 december 2020 hebben de nv Belcasinos en de nv Casino Kursaal Oostende gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 januari 2021, om 10.15 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bettina Poelemans en Antoon Dierick, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Dirk De Keuster, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat David D'Hooghe, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 gemeente Middelkerke organiseert twee afzonderlijke gunningsprocedures: enerzijds inzake de concessie van een kansspelinrichting en anderzijds betreffende een Design&Buildopdracht (hierna: D&B-opdracht) voor het nieuwe casinogebouw (ook Kursaal genoemd).

De concessieprocedure wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 juni 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 18 juni 2019. De selectieleidraad wordt toegevoegd.

De huidige concessie, en door de kansspelcommissie afgegeven vergunning voor de betrokken inrichting, vervalt op 30 juni 2022.

Het casino is actueel tijdelijk ondergebracht in het Sporthotel Gryson, te 8430 Middelkerke, Westendelaan 94, en zal na de realisatie van het nieuwe casinogebouw, hierna Kursaal genoemd, op de Zeedijk van Middelkerke zijn intrek nemen.

De concessie wordt in beginsel voor een periode van 30 jaar verleend bestaande uit twee aaneensluitende periodes van 15 jaar en onder de voorwaarde dat de concessiehouder tijdig een nieuwe vergunning en verlenging van de lopende vergunning van de klasse A/A+ verkrijgt, afgegeven door de Kansspelcommissie.

De concessie voor de kansspelinrichting wordt in de markt gebracht met een keuze voor de toepassing van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ (hierna: concessiewet) en het

koninklijk besluit van 25 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing concessie).

3.2. Er wordt gekozen voor een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

In de selectieleidraad worden drie procedurefasen onderscheiden:

> “1. Fase 1: Het toegangsrecht en kwalitatieve selectie (selectiefase): hierbij wordt vooreerst nagegaan of de Kandidaat niet aan één van de in deze Selectieleidraad opgesomde uitsluitingsvoorwaarden beantwoordt en tevens voldoet aan de gestelde financiële, economische en technische selectievoorwaarden om te kunnen meedingen. Vervolgens wordt bepaald welke Kandidaten zullen worden uitgenodigd om een Offerte in te dienen, zoals hierna verder uiteengezet.
> 2. Fase 2: hierbij worden de Offertes van de Inschrijvers op basis van de Concessieleidraad vastgelegde gunningscriteria beoordeeld. Dit leidt tot een rangschikking van de Offertes en – eventueel na het indienen van een beste en laatste offerte (BAFO) en een rangschikking op basis van deze BAFO’s - tot het aanduiden van de best geplaatste inschrijver die toegelaten worden tot fase 3.
> 3. Fase 3: met de best geplaatste Inschrijver wordt verder onderhandeld tot het afsluiten van de Concessieovereenkomst.
>
> Zo de Concessieverlenende overheid dit nodig acht, kan ze de Kandidaten resp. Inschrijvers in elke stap van deze procedure uitnodigen tot het verstrekken van bijkomende inlichtingen en/of een toelichting.”

3.3. De selectieleidraad bevat onder het opschrift “Beschrijving van de kwalitatieve selectie” de volgende selectievereiste:

> “4.4 Selectiecriteria
> 4.4.1 Minimumeisen met betrekking tot de financiële en economische draagkracht
> […]
> De Kandidaat moet in de laatste drie boekjaren een gemiddelde jaarlijkse omzet van minimaal tien miljoen euro ‘gross gaming revenu’ (geconsolideerd) uit de uitbating van Kansspelinrichtingen behaald hebben. Dit betreft dus de gezamenlijke inkomsten uit de door de

> Kandidaat geëxploiteerde kansspelinrichtingen, zowel offline als online, zoals overgemaakt overeenkomstig het daartoe door de Cel Audit van de Kansspelcommissie verplicht formulier.
> […].”

3.4. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke selecteert op 1 oktober 2019 vier kandidaten: de nv Grand Casino de Dinant, de nv Eck, de nv Golden Palace Casino Middelkerke en de nv Belcasinos.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.5. De gunningsleidraad wordt goedgekeurd op de gemeenteraad van 18 december 2019.

Het enig gunningscriterium is het bedrag van de jaarlijkse concessievergoeding die verschuldigd is vanaf de aanvang van de concessie, dit is 1 juli 2022.

Offertes die een jaarlijkse concessievergoeding aanbieden van minder dan 1.000.000 euro zullen met toepassing van de selectieleidraad onontvankelijk worden verklaard en niet beoordeeld.

3.6. De eerste offertes worden ingediend op 31 januari 2020. Drie van de vier geselecteerde inschrijvers hebben een bod uitgebracht:

1. de nv Golden Palace Casino Middelkerke: 1.500.000 euro;
2. de nv Grand Casino de Dinant: 1.487.500 euro ; en
3. de nv Belcasinos : 1.050.000 euro.

Op 4 februari 2020 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke om de offertes voorlopig te rangschikken en alle inschrijvers uit te nodigen tot het indienen van een BAFO.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.7. De BAFO’s worden ingediend op 14 februari 2020.

3.8. Op 21 februari 2020 stelt het college van burgemeester en schepenen de definitieve rangschikking vast:

1. de nv Belcasinos: 2.500.000 euro ;
2. de nv Grand Casino de Dinant: 2.022.000 euro ; en
3. de nv Golden Palace Casino Middelkerke: 1.718.000 euro.

De nv Belcasinos wordt als definitief eerst gerangschikte inschrijver uitgenodigd tot het finaliseren van het ontwerp van concessieovereenkomst.

Dit is de derde bestreden beslissing.

3.9. In het najaar van 2020 wordt de concessieovereenkomst onderhandeld met de voorkeursbieder.

Inmiddels wordt, naar verklaring van de verwerende partij, op 10 september 2020 de overheidsopdracht voor het casinogebouw gegund aan het bouwteam Nautilus. Er is geen schorsings- of annulatieprocedure bij de Raad van State ingeleid tegen deze beslissing.

3.10. Op 25 november 2020 wordt de concessieovereenkomst goedgekeurd door de gemeenteraad en gunt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke de concessie voor de kansspelinrichting aan de nv Belcasinos.

Die laatste beslissing is de vierde bestreden beslissing.

3.11. De volgende dagen heeft de verzoekende partij via haar raadslieden verscheidene brieven gericht aan de gemeente Middelkerke om inzage te krijgen in stukken die verband houden met de gunningsbeslissing. Zij ontvangt niet al deze stukken.

IV. Tussenkomst

4. De nv Belcasinos en de nv Casino Kursaal Oostende blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moeten hun verzoeken tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken

5.1. De verzoekende partij vraagt de vertrouwelijkheid op te heffen van een aantal stukken onder meer van de aanvraag tot deelneming, de offerte en de BAFO van de tussenkomende partijen, minstens om de vertrouwelijkheid van deze stukken gedeeltelijk op te heffen, waarbij de (eventueel) daarin opgenomen vertrouwelijke gegevens worden onleesbaar gemaakt.

5.2. Het lijkt in het algemeen niet raadzaam om in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid reeds de vertrouwelijkheid van de als dusdanig aangemerkte documenten te lichten. Bovendien verhindert de vertrouwelijke behandeling van deze stukken niet dat de Raad van State ervan kan kennisnemen en deze in de beoordeling van de zaak mag betrekken.

In de huidige stand van het geding wordt aldus in de onderhavige zaak de vertrouwelijkheid van de stukken niet gelicht.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij en de tussenkomende partijen opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VII. Schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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 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.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 46, § 1, 2°, 48, § 2, tweede lid, en 49 van de concessiewet, van artikel 42, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing concessie, alsmede van het "patere legem beginsel" en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Haar grieven lijken in essentie te zijn begrepen in het volgende betoog:

> "In casu blijkt uit het gemotiveerd selectieverslag dat de gekozen inschrijver, nv Belcasinos, om te voldoen aan de minimumeis m.b.t. de financiële en economische draagkracht van een gemiddelde jaarlijkse omzet in de laatste drie boekjaren van minimaal 10 miljoen euro 'Gross gaming revenu' (geconsolideerd) uit de uitbating van kansspelinrichtingen, kennelijk beroep doet en moet doen op de draagkracht van de NV Casino Kursaal Oostende. Echter blijkt dat m.b.t. het beroep op draagkracht van die derde voor die selectie-eis inzake financiële en economische draagkracht door de NV Belcasinos geen verbintenis van die derde is voorgelegd. Enkel wat betreft de technische en organisatorische bekwaamheid blijkt door de NV Belcasinos beroep te worden gedaan op 'Groupe Partouche' en is bij de aanvraag tot deelneming (enkel) m.b.t. die technische en organisatorische draagkracht een samenwerkingsovereenkomst gevoegd van 28 augustus 2019 met de nv Casino Kursaal Oostende dan wel Groupe Partouche.
> Aldus blijkt niet dat de nv Belcasinos voldoet aan de voormelde minimumeis van financiële en economische draagkracht, dat men in de laatste 3 boekjaren een gemiddelde jaarlijkse omzet van minimaal 10 miljoen euro 'Gross gaming revenu' (geconsolideerd) uit de uitbating van kansspelinrichtingen heeft behaald, nu nv Belcasinos zelf daaraan niet voldoet want verwezen wordt naar de omzet van de nv Casino Kursaal Oostende en bij gebreke aan een voorgelegde verbintenis dienaangaande geen bewijs is geleverd dat voor het voldoen aan die selectie-eis nv Belcasinos effectief beroep kan doen op de draagkracht en middelen van de nv Casino Kursaal Oostende. (eerste onderdeel)
> Daarnaast, zelfs indien bij de aanvraag tot deelneming van de nv Belcasinos wel een verbintenis/samenwerkingsovereenkomst zou zijn gevoegd waaruit blijkt dat de nv Belcasinos (ook) kan beschikken over de draagkracht en nodige middelen van de nv Casino Kursaal Oostende wat

betreft voormelde financiële selectie-eis, blijkt uit het voorlopig rangschikkingsverslag van 3 februari 2020, noch uit het definitief rangschikkingsverslag van 19 februari 2020, noch uit de gunningsbeslissing van 25 november 2020 dat de verbintenissen met deze derde gedurende de ganse loop van de plaatsingsprocedure, en dus ook gedurende de gunningsfase, zijn behouden. Hetzelfde geldt voor het beroep door de nv Belcasinos op de draagkracht van Groupe Partouche en/of nv Casino Kursaal Oostende voor wat betreft het voldoen aan de gestelde selectie-eisen van technische en organisatorische bekwaamheid. Er blijkt nergens uit dat ook in de gunningsfase en bij de opeenvolgende offertes ingediend door de nv Belcasinos de verbintenissen met deze derde, en meer bepaald de samenwerkingsovereenkomst van 28 augustus 2019 m.b.t. de technische en organisatorische draagkracht, werd behouden gedurende de hele gunningsfase en tot aan de gunning van de concessie. Aldus blijkt ook niet dat de NV Belcasinos (zelf) op datum van de gunningsbeslissing nog aan de selectievoorwaarden voldoet. (tweede onderdeel)."

Beoordeling

9. In de selectieleidraad zijn de bepalingen van de concessiewet en van het koninklijk besluit plaatsing concessie uitdrukkelijk van toepassing verklaard. De selectieleidraad (artikel 3.6.7) en de gunningsleidraad (artikel 2.7.1.2) bepalen bovendien dat indien een geselecteerde kandidaat niet meer voldoet aan een of meer selectievoorwaarden de concessiegevende overheid het recht heeft deze kandidaat uit te sluiten van verdere mededinging.

10. Artikel 4.4.1.1 "Attestatie van de jaarrekening" van de selectieleidraad bevat de volgende passage:

"De Kandidaat moet volgende informatie meedelen:
De Kandidaat documenteert zijn financiële toestand van de voorbije 3 jaar, op basis van gepubliceerde of neergelegde jaarrekeningen of passende bescheiden, inlichtingen en documenten;
De behaalde omzet, gedurende de laatste drie jaar, inzake kansspelen, gerealiseerd binnen de EER, waarvoor hij over de gepaste erkenning of vergunning beschikt die in de EER werd verleend, op basis van een verklaring van een bedrijfsrevisor of accountant.
De Kandidaat moet in de laatste drie boekjaren een gemiddelde jaarlijkse omzet van minimaal tien miljoen euro 'gross gaming revenu' (geconsolideerd) uit de uitbating van Kansspelinrichtingen behaald hebben. Dit betreft dus de gezamenlijke inkomsten uit de door de Kandidaat geëxploiteerde kansspelinrichtingen, zowel offline als online,

zoals overgemaakt overeenkomstig het daartoe door de Gel Audit van de Kansspelcommissie verplicht formulier."

Eerste middelonderdeel

11. De verzoekende partij betwist in een eerste onderdeel dat de gekozen inschrijver, de nv Belcasinos, voldoet aan de voormelde selectievereiste, dat de kandidaat in de laatste drie boekjaren een gemiddelde jaarlijkse omzet van "minimaal tien miljoen euro 'gross gaming revenu' (geconsolideerd)" uit de uitbating van kansspelinrichtingen heeft behaald.

12. Uit de aanvraag tot deelneming van de tussenkomende partijen blijkt op het eerste gezicht dat wordt deelgenomen onder een samenwerkingsverband met de benaming "Groep Partouche", met als deelgenoten de nv Belcasinos en de nv Casino Kursaal Oostende (hierna: nv CKO). Als bijlage wordt een samenwerkingsovereenkomst van 28 augustus 2019 gevoegd. Zowel voor de nv Belcasinos als voor de nv CKO is een Document Voorlopig Bewijs (hierna: DVB) ingevuld en bij de aanvraag tot deelneming gevoegd. Zowel in het DVB uitgaande van de nv Belcasinos, als in dit van de nv CKO wordt uitdrukkelijk aangegeven dat de ondernemingen optreden als deelgenoten, onder de benaming "Groep Partouche". Ook wordt er in de beide DVB's, bijlage 2.A, opgenomen dat zij beroep doen op de draagkracht van een derde en in de bijlage 2.B wordt bij de selectie-eis "B. Financiële en economische draagkracht" verwezen naar de nv Belcasinos en bij "C. Technische bekwaamheid" verwezen naar nv CKO. Dat met eenzelfde samenwerkingsverband is deelgenomen en later ingeschreven, wordt voorts op het eerste gezicht bevestigd door zowel de offerte als de BAFO die werden ingediend en ondertekend door de gevolmachtigde van de nv Belcasinos en van de nv CKO. Bij de initiële offerte is zowel voor de nv Belcasinos als de nv CKO trouwens opnieuw een DVB gevoegd.

Door de verzoekende partij wordt op het eerste gezicht niet betwist dat de nv CKO voldoet aan de gevraagde omzetvereiste.

13. De aanvraag tot deelneming, de offerte en de BAFO gaan uit van de nv Belcasinos en de nv CKO als deelgenoten van een samenwerkingsverband onder de naam "Groep Partouche". Bevreemdend is dan wel dat de selectiebeslissing en de navolgende beslissingen tot voorlopige en definitieve rangschikking van de offertes en tot aanwijzing van de definitief als eerste gerangschikte inschrijver telkens enkel verwijzen naar de nv Belcasinos. Ook de finale concessieovereenkomst blijkt te zijn gesloten tussen de gemeente Middelkerke en de nv Belcasinos. Het DVB gevoegd bij de aanvraag tot deelneming vermeldt als hoedanigheid bij de nv Belcasinos voorts "leider" en de aanvraag tot deelneming vermeldt dezelfde nv Belcasinos als contactpersoon. In de samenwerkingsovereenkomst van 28 augustus 2019 valt ook te lezen dat de nv Belcasinos optreedt als de kandidaat-concessiehouder.

Echter lijkt niet te worden betwist door de verzoekende partij dat de nv Belcasinos de moedervennootschap is van de nv Casino Kursaal Oostende, en een volledige controle over deze dochteronderneming heeft. Zoals reeds vastgesteld zijn voorts alle gevraagde attesten en bescheiden voor de beide vennootschappen ingediend. De beide vennootschappen hebben ook steeds samen ondertekend.

Vervolgens blijkt uit de voormelde samenwerkings-overeenkomst ook dat de nv Belcasinos zich mag beroepen op de draagkracht van de nv CKO om "met absolute zekerheid te voldoen aan alle kwalitatieve selectiecriteria zoals vooropgesteld in de selectieleidraad van de procedure".

Uit al de voorgaande gegevens lijkt in een hoogdringende procedure zoals de onderhavige te mogen worden afgeleid dat de nv CKO zich minstens ertoe lijkt te hebben verbonden voor de looptijd van de concessie haar specifieke draagkracht en middelen ter beschikking te stellen van de nv Belcasinos, gedurende de gehele looptijd van de concessieovereenkomst. Het feit dat de nv CKO in bepaalde stappen van de procedure ook als deelgenoot lijkt te zijn opgetreden naast haar moedermaatschappij de nv Belcasinos lijkt daaraan niets af te doen. Het omzetcijfer van CKO lijkt in elk geval relevant te mogen zijn voor het voldoen aan de betrokken selectievereiste.

Wat de technische en organisatorische draagkracht van de nv CKO betreft, verduidelijkt de samenwerkingsovereenkomst van 28 augustus 2019 nog dat de nv Belcasinos alle referenties van de nv CKO kan gebruiken en alle leidinggevend personeel en essentiële medewerkers van de nv CKO kan aanwenden als effectief betrokken bij de uitvoering van de exploitatie.

14. Het eerste onderdeel is derhalve niet ernstig

Tweede middelonderdeel

15.1. In een tweede middelonderdeel argumenteert de verzoekende partij dat de nv Belcasinos noch in de initiële offerte, noch in de BAFO het behoud van de verbintenissen met de derde op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan, zowel wat de technische en organisatorische bekwaamheid als wat de financiële en economische draagkracht betreft, heeft bewezen.

15.2. Zowel de initiële offerte als de BAFO, die zowel door de nv Belcasinos als de nv CKO werden ondertekend, bevatten een uitdrukkelijke verklaring dat nog steeds wordt voldaan aan alle gestelde selectiecriteria en dat elke wijziging met betrekking tot de selectiecriteria zal worden meegedeeld aan de aanbestedende overheid.

In het voorlopig rangschikkingsbesluit wordt vastgesteld dat het DVB samen met de uittreksels van het strafregister opnieuw aan de offerte is toegevoegd en dat er geen wijzigingen zijn in de samenstelling van de deelnemer.

Geen van de door de verzoekende partij als geschonden ingeroepen bepalingen of beginselen lijken de aanbestedende overheid ten slotte de verplichting op te leggen in navolgende beslissingen het voortdurend voldoen aan de selectievoorwaarden uitdrukkelijk te bevestigen. De libellering van het gunningsbesluit lijkt als dusdanig dan ook niet toe te laten daaruit af te leiden dat de aanbesteder op dat ogenblik niet zou hebben nagegaan of de kwalitatieve selectievereisten nog steeds waren vervuld.

16. Het tweede onderdeel is evenmin ernstig.

17. Het eerste middel is, in zijn geheel genomen, niet ernstig. De excepties van onontvankelijkheid behoeven derhalve geen onderzoek.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

18. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 24, eerste lid, en 46, § 6, van de concessiewet, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het beginsel van gelijke behandeling, van het mededingingsbeginsel, van het transparantiebeginsel alsmede van het "patere legem-beginsel".

Wat *prima facie* voorkomt als de essentiële grieven wordt als volgt verwoord:

> "In casu blijkt uit de gunningsbeslissing en uit de uiteindelijk bereikte concessieovereenkomst met nv Belcasinos dat de verwerende partij met de voorkeursbieder nv Belcasinos onderhandelingen heeft gevoerd die veel verder gaan dan wat volgens de Gunningsleidraad mogelijks was, alsook dat de met nv Belcasinos te sluiten concessieovereenkomst aanzienlijke wijzigingen bevat wat betreft het voorwerp van de concessie, de minimum-eisen van de concessie en gunningscriteria / jaarlijkse concessievergoeding. Meer bepaald blijkt aan de nv Belcasinos een belangrijke korting te zijn toegekend van 50 % op de jaarlijkse concessievergoeding zolang het nieuwe casinogebouw niet ter beschikking is, blijkt dat zij de concessie éénzijdig kan beëindigen ingeval het nieuwe casinogebouw niet per 1 juli 2028 beschikbaar is en blijkt dat zij bovendien een cascoruimte en lokalen ter beschikking krijgt met een totale netto-oppervlakte van 3086 m^2 i.p.v. de voorziene maximum 2400 m^2.
> Daardoor heeft de verwerende partij duidelijk gehandeld in strijd met de door haar zelf vastgestelde bepalingen inzake het voorwerp/de inhoud van de onderhandelingen en het patere legem- beginsel geschonden, alsook het artikel 46, §6 Concessiewet.
> Door aan de nv Belcasinos toe te laten en met haar overeen te komen dat zij een belangrijke korting krijgt toegekend van 50 % op de concessievergoeding zolang het nieuwe casinogebouw niet ter beschikking is, zij de concessie éénzijdig kan beëindigen ingeval het nieuwe casinogebouw niet per 1 juli 2028 beschikbaar is en dat zij bovendien een cascoruimte en lokalen ter beschikking krijgt met een totale netto-oppervlakte van 3.086 m^2 i.p.v. de voorziene maximum 2.400 m^2,

schendt de verwerende partij bovendien ook artikel 24 Concessiewet, het gelijkheids- en transparantiebeginsel alsook het mededingingsbeginsel.
De andere inschrijvers waaronder de verzoekende partij hebben hun offerte en BAFO opgemaakt zonder rekening te (kunnen) houden met het feit dat mogelijks een (aanzienlijke) korting of vermindering van de concessievergoeding zou worden toegekend in geval het nieuwe casinogebouw niet per 1 juli 2022 ter beschikking zal zijn, alsook deze opgemaakt op basis van en rekening houdende met een maximale vloeroppervlakte van de ter beschikking te stellen casco-ruimte/ lokalen van 2400 m^2.
Aan de verzoekende partij (en de andere inschrijvers) werd ook niet de mogelijkheid gegeven om te bepalen of, en zo ja welke korting of vermindering van de jaarlijkse concessievergoeding zij wenst te vragen voor het geval het nieuwe casinogebouw niet per 1 juli 2022 ter beschikking kan worden gesteld, noch welke jaarlijkse concessievergoeding zij zou aanbieden rekening houdende met een verhoging van de ter beschikking te stellen vloeroppervlakte naar 3.086 m^2.
De verwerende partij heeft aldus de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen geschonden."

Beoordeling

19. Artikel 24, eerste lid, van de concessiewet bepaalt dat de aanbesteders voor de plaatsing en uitvoering van concessies zorgen overeenkomstig de beginselen van niet-discriminatie en gelijke behandeling van de ondernemers en dat zij handelen op transparante en evenredige wijze.

Artikel 46, § 6, van de concessiewet bepaalt dat de aanbesteder met de inschrijvers onderhandelingen kan voeren, maar dat het voorwerp van de concessie, de minimumeisen en de gunningscriteria niet mogen worden gewijzigd in de loop van de onderhandelingen.

Inzake de onderhandelingsfase bepaalt de gunningsleidraad (2.7.1.4.):

"De onderhandelingsfase betreft een verdere uitdieping van de door de voorkeursbieder uitgebracht desiderata en de verdere detaillering van het ontwerp van Concessieovereenkomst dat bij de Offerte moet worden gevoegd."

20. Volgens de verzoekende partij zouden de verwerende partij en de nv Belcasinos in de finale concessieovereenkomst afwijkingen van de gunningsleidraad zijn overeengekomen, die veel verder gaan dan toegestaan volgens de gunningsleidraad en al naargelang het geval neerkomen op verboden wijzigingen van het voorwerp van de concessie, minimumeisen of gunningscriteria. Bovendien zou ook een schending voorliggen van artikel 24 van de concessiewet, alsmede het gelijkheids-, transparantie- en mededingingsbeginsel nu de andere inschrijvers bij de indiening van hun BAFO geen rekening konden houden met de voormelde afwijkingen.

21.1. Aangaande de korting en het eenzijdig recht op beëindiging in hoofde van de concessienemer met betrekking tot de tijdelijke locatie, wordt het volgende opgemerkt.

Artikel 8, b), van de concessieovereenkomst bepaalt dat aan de concessiehouder tot op de dag dat de uitbating kan worden aangevat in het nieuwe casino, een korting wordt toegekend ten belope van 50 % van de concessievergoeding, te verrekenen *pro rata* het aantal maanden van onbeschikbaarheid van het nieuwe casino volgend op 1 juli 2022.

Artikel 8, d), van dezelfde concessieovereenkomst bepaalt dat de partijen het recht hebben de overeenkomst eenzijdig te beëindigen indien het nieuwe casinogebouw niet op 1 juli 2028 in gebruik kan worden genomen.

Punt 2.3 “Voorwerp van de opdracht” van de gunningsleidraad bepaalt:

> “Deze Mededingingsprocedure heeft tot doel het afsluiten met de Concessiegeefster van een Concessieovereenkomst, zoals bedoeld in artikel 29, derde lid van de Kansspelwet, voor de exploitatie van een Casino van de klasse I (vergunning klasse A/A+) te Middelkerke.
> Er werden vier Kandidaten geselecteerd aan wie de Gunningsleidraad wordt overgemaakt met het oog op het indienen van de Offerte.
> De gekozen Concessiehouder zal een Casino van de klasse I te Middelkerke met ingang van 1 juli 2022 dienen te exploiteren in de aan hem toegewezen lokalen in het Kursaal en moet daartoe over een

Concessieovereenkomst afgesloten met de gemeente Middelkerke kunnen beschikken.
Benevens deze overeenkomst is hiervoor een vergunning van klasse A/A+ vereist, te verlenen door de Belgische Kansspelcommissie. De Voorkeursbieder zal dan ook worden uitgenodigd om meteen na het sluiten van de Concessieovereenkomst deze vergunningsaanvraag te richten aan de Kansspelcommissie.
2.3.2 ruimtelijke afbakening
Het oude casinogebouw gelegen tussen het Epernayplein en de Zeedijk te Middelkerke werd afgebroken. Op deze plaats zal het nieuw Kursaal worden gebouwd dat tegen eind juni 2022 dient te zijn opgeleverd.
Met betrekking tot de Opdracht en de daartoe ter beschikking gestelde lokalen voor het Casino wordt hierna de term 'Casino' gebruikt, dit ter onderscheiding van het nieuw te bouwen Casinogebouw, waarvoor hierna de term Kursaal wordt gebruikt en ter onderscheiding van de Casinosite die het gebied omvat dat zal worden aangepakt, bestaande uit de Parking, het Epernayplein, het Casino en het Kursaal (Eventhall & Hotel & overige functies), de zeewering en mogelijks ook een deel van het strand.
De term Casino slaat zowel op de exploitatie als de op de daartoe bestemde lokalen die in het Kursaal worden ondergebracht."

Punt 2.4.2 "overgangsfase" van de gunningsleidraad bepaalt:

"Voor zover het nieuw te bouwen Kursaal niet tijdig zou worden opgeleverd zal met de Concessiehouder onderhandeld worden om in afwachting van de datum van oplevering voor dit gebouw de exploitatie verder te zetten op de huidige locatie."

Deze twee bepalingen van de gunningsleidraad samen genomen, lijken het voorwerp van de opdracht te omschrijven als de uitbating van een casino van klasse I te Middelkerke met ingang van 1 juli 2022 in het nieuwe casinogebouw en de exploitatie op de huidige tijdelijke locatie als afzonderlijk onderhandelbaar aan te merken.

De verwerende partij en de tussenkomende partijen lijken te kunnen worden bijgevallen in hun verweer dat het (enig) gunningscriterium en de minimumeisen volgens de concessiedocumenten vanuit diezelfde insteek moeten worden begrepen.

De bepalingen van de gunningsleidraad dat "[h]et enig criterium […] het bedrag [is] van de jaarlijkse Concessievergoeding die verschuldigd is bij

aanvang van de Concessie, m.a.w. per 1 juli 2022" (punt 2.8) en dat "[d]e Concessiehouder […] geen voortijdig einde [kan] maken aan de overeenkomst" (punt 3.7.4) lijken in essentie gekoppeld aan een uitbating binnen het nieuw te bouwen Kursaal, doch komen op het eerste gezicht niet voor als randvoorwaarden voor de onderhandelingen over een uitbating op de huidige tijdelijke locatie.

Aangezien de bedongen korting op de concessievergoeding en de mogelijkheid tot vroegtijdige beëindiging betrekking hebben op de huidige tijdelijke locatie lijkt een wijziging van het gunningscriterium van de opdracht of het verbod van eenzijdig beëindigingsrecht in hoofde van de concessienemer als minimumeis, in strijd met de bepaling van artikel 46, § 6, van de concessiewet, dan ook niet aangetoond.

De verzoekende partij argumenteert, met betrekking tot de bedongen korting, dat de feitelijke situatie van het nieuw op te richten Kursaal en het mogelijks gedurende een zekere periode verlengd gebruik van de huidige tijdelijke locatie, alle inschrijvers genoegzaam bekend was en vandaar ingecalculeerd bij de prijsopgave nu de concessiedocumenten niet voorzagen in de mogelijkheid van een korting of prijsvermindering.

Die stelling lijkt de negatie van de hierboven aangehaalde overgangsbepaling onder punt 2.4.2 van de gunningsleidraad. Minstens lijkt de verzoekende partij niet te mogen worden bijgevallen in haar interpretatie van de overgangsbepaling, dat kortingen of prijsverminderingen voor de uitbating op de huidige tijdelijke locatie niet toelaatbaar zouden zijn. Meer, de verzoekende partij lijkt zelf in haar offerte te hebben aangestuurd op onderhandelingen in het geval dat de lokalen in het nieuwe Kursaal op 1 juli 2022 nog niet beschikbaar zouden zijn. De verzoekende partij maakt in zoverre dan ook niet aannemelijk dat het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel miskend zouden zijn.

21.2. Wat de oppervlakte van het Kursaal betreft die in concessie zal worden gegeven, wordt in de gunningsleidraad het volgende bepaald:

"5.2.2.3 Voorwaarden van de terbeschikkingsstelling

De lokalen van het Casino worden wind- en waterdicht ter beschikking gesteld van de Concessiehouder. De technieken die onsplitsbaar zijn en dienstig zijn voor alle functies (zoals o. m. ventilatie, verwarming, ...) vallen binnen het bouwbudget van het Kursaal.
De technieken die specifiek zijn voor de inrichting van het Casino en de inrichtingskosten (interieur — vast en los meubilair zoals bv. inrichting van speelzalen, restaurant, bar, lounge, technische ruimte; verlichting, inrichting keuken, rookafzuiging rokersruimte, audio en beeldmateriaal, koelcellen, liften, telematica, toegangscontrole, alarmen, brandmelding, ...) zijn volledig ten laste van de Concessiehouder die zelf instaat voor dit deel van de investeringen.
5.2.2.4 Verwachte output
Van de Inschrijver wordt verwacht dat hij een omstandige inhoudelijke nota maakt ter verantwoording van de door hem verlangde desiderata.
Daarbij voegt hij een volumeschets met maatvoering op een schaal van minstens 1/100 waarop de indeling van de door hem gewenste lokalen duidelijk wordt aangegeven. Hij houdt hierbij rekening dat de maximale vloerplaat van het te ontwikkelen Kursaal 2700 m^2 bedraagt en waarvan 1200 m^2 vloerplaat wordt voorbehouden tot het realiseren [van] het Casino (hoogte minimum 2 bouwlagen - max. hoogte = 4 m). Uit de nota en schets blijkt ook in welke mate en waar er lichtinval of zichtbaarheid wordt verlangd
Deze volumeschets omvat volgende grafische onderdelen (minimumschaal 1/100):

- een situeringsplan gelegen binnen de contouren van het opstalrecht (zie punt 6.5 ‘Opstalrecht’);
- een plan per bezet niveau (boven of onder maaiveld);
- een langsdoorsnede;
- een dwarsdoorsnede.”

In het document “Vragen en antwoorden — reeks 1” worden onder punt 7 een aantal vragen beantwoord aangaande de ter beschikking te stellen cascoruimte en oppervlakte in m^2 voor het exploiteren van het casino:

“7. In artikel 5.2. betreffende het desiderata programma van eisen wordt verwezen naar verschillende oppervlakten (artikel 5.2.1. 1200m2 vloerplaat, artikel 5.2.2.1. 1000m2 vloerplaat en bruikbare oppervlakte van ca 1500 m² en artikel 5.2.2.1. en 5.2.2.4. in fine opnieuw 1200m2). Kan u de juiste oppervlakten bevestigen of de verschillende hoeveelheden m2 toelichten?
Gelieve te verduidelijken hoeveel m² bebouwde oppervlakte (totale grondoppervlakte) er toegewezen wordt aan de lokalen van het Casino, wat het maximum toegelaten bouwvolume is en of er lokalen van het Casino ingepland kunnen worden op de 2de bouwlaag.
Antwoord

> In de aanvraag tot Deelneming werd inderdaad nog uitgegaan van een vloerplaat van ca 1000 m² over twee bouwlagen. Uit overige dossiers en ontwerpen bij analoge opdrachten werd vastgesteld dat omwille van perspectief en ruimtebeleving men ontwerpmatig nogal vaak gebruik maakt van mezzanines en vides. Er werd gemakkelijkheidshalve in de Aanvraag tot Deelname uitgegaan dat de 2e bouwlaag maar voor 50 % zou worden gebruikt: vandaar 1000 + 500 = 1.500 m².
> In de Gunningsleidraad (5.2.2.1 Ruimtebeslag en footprint) werd besloten om het maximum aantal m² op te trekken tot 1.200 m² vloerplaat en waarbij dan de maximum te bebouwen oppervlakte (2 bouwlagen) 2.400 m² bedraagt zodat de beschikbare ruimte (oppervlakte vermenigvuldigd met de bouwhoogte (4 m)) een maximumvolume van 9.600 m³ beslaat.
> Dit is de maximale invulling voor het bepalen van de desiderata en waarbij de Inschrijver het volledig vrij staat om binnen dit volume de voor hem noodzakelijke ruimte over de twee bouwlagen in te delen (al dan niet met mezzanine of vides).
> De Gunningsleidraad primeert op de Aanvraag tot Deelname zodat de inschrijvers rekening houden met het bepaalde onder punt 5.2.2.1 Ruimtebeslag en footprint."

Artikel 4, b), van de concessieovereenkomst ten slotte verwijst, wat de ter beschikking gestelde lokalen betreft, naar een bijlage 2, Casco+. De voormelde bijlage somt de lokalen op die binnen het Kursaal in concessie zullen worden gegeven. Blijkens die bijlage is er, enerzijds, sprake van een totale netto-oppervlakte van 3086 m² en, anderzijds, van een vloeroppervlakte van 2822 m² voorzien in het ontwerp voor het casino. Volgens de betrokken overeenkomst worden de opgesomde ruimtes nog opgenomen in een nog op te stellen plaatsbeschrijving zodat deze niet als volkomen definitief lijken te mogen worden aangemerkt en er wordt bedongen dat "[d]e totale in concessie gegeven oppervlakte […] nooit minder dan 2400 m² [bedraagt]".

Een schending van artikel, 46, § 6, van de concessiewet lijkt evenwel te vooronderstellen dat de toename van de in de concessie te geven oppervlakte in vergelijking met de gunningsleidraad, het resultaat is van gevoerde onderhandelingen. Zulks lijkt op het eerste gezicht niet bewezen.

De bijlage 7 van de initiële offerte van de tussenkomende partijen bevat de desideratanota. Deze houdt rekening met de maximale invulling van 2400 m² volgens de gunningsleidraad voor het bepalen van de desiderata.

Welke oppervlakte aan de concessienemer uiteindelijk ter beschikking wordt gesteld, lijkt voorts in essentie afhankelijk van het gekozen ontwerp van casinogebouw, dat het voorwerp uitmaakt van een afzonderlijke D&B-opdracht.

De opdracht tot ontwerp en bouw van het nieuwe casinogebouw is volgens verklaringen van de verwerende partij gegund op 10 september 2020, terwijl de eerste tussenkomende partij reeds bij beslissing van 21 februari 2020 definitief als eerste inschrijver werd gerangschikt en aangewezen als voorkeursbieder. De opdracht tot ontwerp en bouw van het nieuwe casinogebouw is bijgevolg gegund lopende de onderhandelingen tussen de gemeente Middelkerke en de voorkeursbieder.

De omstandigheid dat de eerste tussenkomende partij op die wijze uitzicht kreeg op een grotere (vloer)oppervlakte dan bepaald in de gunningsleidraad voor de concessie, lijkt derhalve niet het bewezen gevolg van gevoerde onderhandelingen, als wel het resultaat van de afzonderlijk gevoerde gunningsprocedure voor de D&B-opdracht.

Een schending van het gelijkheidsbeginsel en van het transparantiebeginsel lijkt evenmin te kunnen worden aangenomen. Alle inschrijvers hebben hun initiële offerte inclusief de desideratanota en de BAFO kunnen opmaken met dezelfde kennis van zaken op dat ogenblik. Het gegeven dat alleen de eerste tussenkomende partij voordeel heeft kunnen putten uit de uitkomst van de afzonderlijk gevoerde D&B-opdracht, lijkt het gevolg te zijn van haar aanwijzing als voorkeursbieder op een ogenblik voorafgaand aan die uitkomst.

22. Het tweede middel is niet ernstig.

IX. Besluit

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

BESLISSING

1. De verzoeken van de nv Belcasinos en de nv Casino Kursaal Oostende tot tussenkomst worden 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 partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien januari tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Dierk Verbiest**