

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIV KAMER

A R R E S T

**nr. 260.906 van 2 oktober 2024
in de zaak A. 232.213/XIV-39.485**

In zake : de NV CASINO KURSAAL OOSTENDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens, Ian Arnouts en Louis François
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
Zandvoordestraat 444/b1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de NV INFINITY CASINO OOSTENDE
(voorheen: de NV INFINITY GAMING KNOKE)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Antoon Dierick en Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Jean-Baptiste de Ghellincklaan 31/001
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 december 2020, strekt tot de nietigverklaring 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 [tussenkommende partij].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 249.207 van 11 december 2020 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 september 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Bart Bronders, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Antoon Dierick, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge 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. In arrest nr. 249.207 van 11 december 2020, waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing bij uiterst dringende noodzakelijkheid is verworpen, worden de feiten als volgt weergegeven:

“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 [K.D.W.] en [A.D.] 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 [J.D.M.] en [K.D.W.]’.

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 bijgevallen. 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. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 25 en 37 van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), artikel III.11. van het Wetboek van Economisch Recht (hierna: het WER), het mededingingsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij vat het middel zelf als volgt samen in het verzoekschrift:

“(…) 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 gestelde vereisten.

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

In de toelichting bij haar middel zet de verzoekende partij, onder verwijzing naar de memorie van toelichting bij artikel 37 van de wet van 17 juni 2016, uiteen dat de maximale looptijd in de voormelde bepaling alle verlengingen omvat die contractueel vastgelegd zouden zijn. Aangezien de verlenging gebeurt onder dezelfde voorwaarden en op eenvoudig verzoek van de concessienemer, onder voorbehoud van hernieuwing van de vergunning door de Kansspelcommissie, zou er te dezen sprake zijn van een looptijd van 30 jaar.

Er blijkt niet dat er enige verantwoording is voor de vooropgestelde looptijd van 30 jaar. Volgens de verzoekende partij kan de verwerende partij zich bij het bepalen van de looptijd van de concessie niet beperken tot het louter verwijzen naar de looptijd van andere concessies die met betrekking tot concurrerende casino's zijn vastgesteld.

In zoverre de verwerende partij zich beroept op artikel 25 van de wet van 7 mei 1999 'op de kansspelen, de weddenschappen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers' (hierna: de wet van 7 mei 1999), betoogt de verzoekende partij dat hoewel uit deze bepaling blijkt dat vergunningen klasse A in principe voor hernieuwbare periodes van vijftien jaar worden verleend, die regel niet absoluut is. Een loutere verwijzing naar de kansspelwetgeving kan bijgevolg niet volstaan. Meer nog, door de looptijd van de concessieovereenkomst ten onrechte te koppelen aan de principiële looptijd van een vergunning A, erkent de verwerende partij uitdrukkelijk de op basis van de wet van 17 juni 2016 vereiste beoordeling niet te hebben gemaakt.

Ook investeringen kunnen volgens de verzoekende partij geen looptijd van 15 jaar, laat staan 30 jaar verantwoorden nu geen investeringsdossier werd vastgesteld en de concessienemer een volledig ingericht en bestaand gebouw betreft. De wens om over een voldoende onderhoudsbudget voor de

gebouwen te beschikken, is evenmin een dienstig criterium in het licht van de in artikel 37 van de wet van 17 juni 2016 gestelde vereisten.

Vervolgens stelt de verzoekende partij in ondergeschikte orde voor om de volgende prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie:

“Eerste vraag: ‘Dient artikel 18, eerste en tweede lid van de Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, aldus te worden uitgelegd dat deze bepaling in het geheel niet van toepassing is op concessieovereenkomsten die betrekking hebben op de uitbating van kansspelinrichtingen Klasse I of casino’s in de zin van artikel 28 van de Wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de weddenschappen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers, wanneer diezelfde wet de duur van de daarmee overeenstemmende vergunning in beginsel vaststelt op vijftien jaar en die vaststelling los staat van enige beoordeling aangaande de duurtijd die nodig is om de voor de exploitatie van het betrokken casino te verrichten investeringen terug te winnen?’

Tweede vraag, indien het antwoord op de eerste vraag bevestigend is : ‘Dient artikel 18, eerste en tweede lid van de Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, aldus te worden uitgelegd dat deze bepaling zich niet verzet tegen een bepaling in de opdrachtdocumenten luidens welk de concessieovereenkomst wordt gesloten voor een duurtijd van een veelvoud van vijftien jaar, voor zover na een eerste duurtijd van vijftien jaar, de vergunning met een nieuwe termijn van vijftien jaar wordt verlengd?’”

5. In haar memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij de excepties inzake het gebrek aan belang bij het middel zoals opgeworpen door de verwerende partij en de tussenkomende partij, gesteund op het feit dat de verzoekende partij haar rechtmatigheidsbezwaren inzake de looptijd van de concessie laattijdig heeft bekendgemaakt, onder meer met verwijzing naar arrest nr. 152.173 van de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van 2 december 2005. In zoverre de verwerende partij en de tussenkomende partij opwerpen dat de aangehaalde wettigheidskritiek geen invloed kon uitoefenen op de draagwijdte van de bestreden beslissing, benadrukt de verzoekende partij dat deze argumentatie niet kan worden bijgetreden nu de looptijd van de opdracht een

rechtstreekse en fundamentele invloed heeft op het enige gunningscriterium van de concessie, met name de prijs.

Wat de gegrondheid van het middel betreft, beklemtoont de verzoekende partij in de memorie van wederantwoord dat de maximale looptijd van de concessie van dertig jaar onwettig is. Ook het standpunt van de verwerende partij en de tussenkomenende partij dat artikel III.11 WER niet van toepassing zou zijn op het verlenen van een concessie tot uitbating van een casino kan volgens de verzoekende partij niet worden bijgetreden, waarbij zij onder meer wijst op de ruime definitie van het begrip ‘vergunningenstelsel’ in artikel 4, 6), van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (hierna: richtlijn 2006/123/EG). Voorts handhaaft zij haar verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, die zij als volgt herformuleert:

“Eerste vraag: ‘Dient artikel 18, eerste en tweede lid van de Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, zodanig te worden uitgelegd dat de daarin opgenomen beperking van de looptijd van concessies ook geldt voor concessieovereenkomsten die betrekking hebben op de uitbating van kansspelinrichtingen?’

Tweede vraag, indien het antwoord op de eerste vraag bevestigend is: ‘Dient artikel 18, eerste en tweede lid van de Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, aldus te worden uitgelegd dat deze bepaling zich niet verzet tegen een regeling waarbij de looptijd van de concessie zonder meer afhankelijk wordt gesteld van de duur van de vergunning die noodzakelijk is om de betrokken dienstverlening (kansspelen) te mogen aanbieden, ook wanneer die duur in beginsel is vastgesteld op vijftien jaar en die duurtijd los staat van enige beoordeling aangaande de looptijd die nodig is om de voor de exploitatie van het betrokken casino te verrichten investeringen terug te winnen?’

Derde vraag, indien het antwoord op de tweede vraag bevestigend is: ‘Dient artikel 18, eerste en tweede lid van de Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, aldus te worden uitgelegd dat deze bepaling zich niet verzet tegen een regeling luidens welk de concessieovereenkomst wordt gesloten voor een looptijd van een veelvoud van vijftien jaar, voor zover na een eerste looptijd van vijftien jaar, de vergunning met een nieuwe termijn van vijftien jaar wordt verlengd?’”

6. In haar laatste memorie stelt de verzoekende partij dat zij “volhardt” in haar middel zoals geformuleerd in de memorie van wederantwoord. Zij voegt bij haar laatste memorie nog een experten-nota van een hoogleraar publiek recht aan de Universiteit van Bordeaux waaruit volgens haar blijkt dat deze expert de standpunten van de verzoekende partij zoals uiteengezet in de memorie van wederantwoord, bijtreedt.

Beoordeling

Ontvankelijkheid

7. Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partij werpen op dat het eerste middel niet-ontvankelijk is omdat de erin aangevoerde kritiek tegen het bestek laattijdig zou zijn. De verwerende partij en de tussenkomende partij doen ook gelden dat niet blijkt dat de kwestieuze bestekbepaling met betrekking tot de looptijd van de overeenkomst enige invloed heeft uitgeoefend op de draagwijdte van de genomen beslissing, aan de verzoekende partij een waarborg heeft ontnomen of de bevoegdheid van de verwerende partij kon beïnvloeden.

8. In zoverre de verwerende partij en de tussenkomende partij opwerpen dat de verzoekende partij niet over het vereiste belang bij het middel beschikt op grond dat zij heeft nagelaten tijdig de aangevoerde rechtmatigheidsbezwaren tegen het bestek te melden of te betwisten, herinnert de Raad van State eraan dat de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak in haar arrest nr. 152.173 van 2 december 2005, heeft geoordeeld dat de mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de beslissing waarbij het bestek wordt vastgesteld, niet wegneemt dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een bestekbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure. Het is in dat licht dat de door de verwerende partij opgeworpen exceptie hierna wordt onderzocht.

De bestekbepaling waarop de verwerende partij en de tussenkomende partij hun exceptie onder meer steunen, luidt:

“Met de inschrijving bevestigt de inschrijver zijn akkoord met de tekst van de bij de oproep gevoegde model concessieovereenkomst die hij, in de vorm zoals onderhandeld, zal ondertekenen indien hem de concessie zou worden gegund.”

Deze bestekbepaling bevat niet de verplichting voor de inschrijvers om nog vóór de indiening van de offertes rechtmatigheidsbezwaren tegen het bestek te melden aan de aanbestedende overheid, bij gebreke waarvan zij zich niet meer op de vermeende onrechtmatigheid van het bestek zouden mogen beroepen. De meer algemene draagwijdte die de verwerende partij en de tussenkomende partij aan deze bepaling, evenals aan de akkoordverklaring met de voorwaarden tijdens de navolgende onderhandelingen geven, kan bijgevolg niet worden bijgevallен.

De Raad van State stelt bovendien vast dat de betwiste looptijd van de concessie de verzoekende partij niet heeft verhinderd op zinvolle wijze deel te nemen aan de gunningsprocedure. Zij mocht dus wachten, zoals hiervoor overwogen, om de onrechtmatigheden die zij aan het bestek verwijt inzake de looptijd van de concessie in te roepen tegen de gunningsbeslissing.

Voorts kunnen de verwerende partij en de tussenkomende partij niet worden bijgevallен waar zij stellen dat het middel niet van aard is om de draagwijdte van de bestreden beslissing te beïnvloeden nu het middel ertoe strekt aan te tonen dat de concessie aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.

9. De exceptie kan niet worden aangenomen.

Ten gronde

10. Artikel 25, § 1, en artikel 37 van de wet van 17 juni 2016 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 terugverdient, 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 WER 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.”

11. In een eerste middel betwist de verzoekende partij de rechtsgeldigheid van de door de verwerende partij gekozen maximale looptijd van de concessie.

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.”

12. Het auditoraat besluit tot de ongegrondheid van het middel op grond van de volgende overwegingen:

“5.1.2.3.3. Een eerste vaststelling die zich aldus opdringt is dat, anders dan de verzoekende partij laat uitschijnen in de adstructie van het middel, de concessie wordt verleend voor een looptijd van in principe 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 wel degelijk voorwaardelijk en niet zomaar stilzwijgend en dus in principe reeds *ab initio* verworven door de concessiehouder. De concessiehouder dient immers na het verstrijken van de eerste concessieperiode een hernieuwing te verkrijgen van de

vergunning klasse A voor het exploiteren van een kansspelinrichting klasse I, alsook dient de uitvoering van de eerste concessieperiode vlekkeloos te zijn verlopen. Beide voorwaarden kunnen niet zonder meer reeds op voorhand worden geacht hoe dan ook automatisch vervuld te zullen zijn aan het einde van de eerste concessieperiode.

5.1.2.3.4. De verzoekende partij blijkt bij het aanbrengen van het middel in het verzoekschrift en de memorie van wederantwoord bovendien de voorliggende zaak ten onrechte geïsoleerd te bekijken, buiten haar specifieke feitelijke en juridische context.

Het gaat te dezen immers niet om de gunning van een zuivere concessieovereenkomst in de zin van de Wet Concessieovereenkomsten 2016. 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 2016 en het Wetboek Economisch Recht, ook -en zeker niet in ondergeschikte orde- de bepalingen van de Kansspelwet 1999 en haar uitvoeringsbesluiten van toepassing zijn. Zulks blijkt overigens ook uit het bestek, dat ondubbelzinnig verwijst naar het van toepassing zijn van de Kansspelwet 1999 op de gunning van de voorliggende concessie. Het gaat te dezen dus om een hybride concessie waarvan de gunning en de uiteindelijke voorwaarden onderworpen zijn, zowel aan de Wet Concessieovereenkomsten 2016 als *lex generalis* als aan de Kansspelwet 1999 als *lex specialis*. Waar de verzoekende partij doorheen haar argumentatie de Kansspelwet 1999 geheel terzijde blijkt te schuiven en zich louter toespitst op een argumentatie vanuit de Wet Concessieovereenkomsten 2016, faalt het middel dan ook vanuit juridisch oogpunt.

5.1.2.3.5. Er bestaan binnen het kader van de Kansspelwet 1999 negen klassen van vergunningen en drie aanvullende vergunningen. De kansspelvergunning klasse A staat de exploitatie toe van een kansspelinrichting klasse I of casino. Opdat een kansspelvergunning klasse A zou mogen worden verleend, is vereist dat de gemeente waar het casino zal worden uitgebaat, een concessieovereenkomst afsluit met de kandidaat-exploitant. De kansspelvergunning klasse A wordt verleend voor hernieuwbare periodes van vijftien jaar. (Zie art. 25, 29 en 31 Kansspelwet 1999)

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 duurtijd van de kansspelvergunning klasse A, alsook tussen de geldigheid en de eventuele intrekking van de kansspelvergunning klasse A door de Kansspelcommissie en de verbreking van de concessieovereenkomst.

Aldus blijkt er voor de uitbating van een kansspelinrichting klasse I of casino een onlosmakelijk verband te bestaan tussen enerzijds de kansspelvergunning klasse A en anderzijds de met de betrokken gemeente gesloten concessieovereenkomst. Deze twee elementen uit elkaar willen trekken en de concessieovereenkomst louter bekijken vanuit het oogpunt

van de Wet Concessieovereenkomsten 2016, zoals de verzoekende partij doet in het voorliggende middel, is een handelwijze die niet opgaat en die het karakter van de betrokken concessie miskent.

In het licht van de voorgaande bepalingen van de Kansspelwet 1999 en deze van het voornoemd koninklijk besluit, dient het feit dat de verwerende partij te dezen de concessieovereenkomst een initiële looptijd van 15 jaar heeft gegeven dan ook niet te worden aangemerkt als een miskenning van de door de verzoekende partij ingeroepen rechtsnormen. De termijn van 15 jaar wordt immers rechtstreeks uit de wet- en regelgeving op de kansspelen afgeleid. Het kan de verwerende partij niet ten kwade worden geduid dat zij de looptijd van de concessie heeft laten samenvallen met de looptijd van de daarmee onlosmakelijk verbonden kansspelvergunning klasse A. Het gaat, gelet op het verweven zijn van beide voorwaarden voor de uitbating van een kansspelinrichting klasse I of casino, wel degelijk om een passende duur waarvoor de concessie wordt verleend. Dat de verzoekende partij dat anders ziet, en zij de koppeling van de duurtijd van de exploitatieconcessie aan deze van de kansspelvergunning klasse A als onterecht afdoet, doet daaraan geen afbreuk.

5.1.2.3.6. Er blijkt voorts niet, minstens wordt er niet aangetoond door de verzoekende partij, dat de verwerende partij te dezen bij het bepalen van de looptijd van de concessie enkel en alleen zou hebben gehandeld met het oogmerk om de concessie uit te sluiten van het toepassingsgebied van de Wet Concessieovereenkomsten 2016 of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. Er blijkt evenmin dat zij heeft gehandeld met het oogmerk om de concessie langer dan noodzakelijk en verantwoord is aan de mededinging te onttrekken. Dat er werd voorzien in een voorwaardelijke en eenmalige verlengingsmogelijkheid van de concessieovereenkomst, leidt niet tot een ander besluit en vormt evenmin een disproportionele inbreuk op de mededinging.”

13. Het auditoraat besluit voorts dat er geen reden is om over te gaan tot prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie van de Europese Unie onder meer op grond van de volgende overwegingen:

“5.1.2.4.2. Artikel 18 EU-richtlijn 2014/23/EU luidt:

‘1. De looptijd van concessies wordt beperkt. De looptijd wordt door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie 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 de investeringen die hij heeft gemaakt voor de exploitatie van de werken en diensten, samen met een rendement op geïnvesteerd vermogen terug te verdienen, 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.’

5.1.2.4.3. Het is daarbij passend om te wijzen op overweging 35 van EU-richtlijn 2014/23/EU waarin onder meer wordt opgemerkt:

‘Deze richtlijn dient de vrijheid van de lidstaten om, overeenkomstig de Uniewetgeving, methoden te kiezen voor het organiseren en controleren van de werking van kansspelen en weddenschappen, mede door middel van vergunningen, onverlet te laten. [...] Deze uitsluiting [...] is tevens ingegeven door de noodzaak om voor de lidstaten de mogelijkheid te behouden de kansspelsector om redenen van bescherming van de openbare orde en de samenleving nationaal te reguleren.’

Aldus blijkt ook de EU-wetgever oog te hebben gehad voor het feit dat een concessie voor de uitbating van een kansspelinrichting geen alledaagse concessie is, die zomaar in haar geheel aan het gemene concessierecht kan worden onderworpen. Een concessie voor de uitbating van een kansspelinrichting dient immers te worden beschouwd als een bijzondere concessie vanwege de specifieke aard van kansspelen en de (streng) gereguleerde aard van de gokindustrie, zulks vanwege de potentiële risico's op:

- verslaving en de vereiste van de bescherming van de spelers;
- fraude en andere criminele activiteiten zoals het witwassen van geld;
- andere mogelijke schadelijke effecten en overlast voor de ruimere samenleving door de aanwezigheid van een kansspelinrichting.

Een concessie voor de uitbating van een kansspelinrichting vereist dus een specifieke juridische omkadering, dewelke niet van toepassing is op reguliere commerciële activiteiten.

Ook hier blijkt de verzoekende partij dat bijzonder kader -dat, zoals de EU-wetgever uitdrukkelijk opmerkt- zeer nauw verweven is met de openbare orde en de bescherming van de maatschappij- uit het oog te verliezen.

5.1.2.4.4. Een duurtijd van 15 jaar voor een kansspelvergunning/concessie voor de uitbating van een kansspelinrichting klasse I of casino kan worden beschouwd als een maatregel die is ingegeven door de openbare orde en de bescherming van de maatschappij. Door dergelijke langere duurtijd toe te kennen aan de kansspelvergunning/concessie, kan de overheid een stabiele en gecontroleerde omgeving creëren voor de exploitatie van een kansspelinrichting. Dit biedt de mogelijkheid om effectiever toezicht te houden op de activiteiten van de exploitant en om beleidsmaatregelen en regelgeving consistent toe te passen gedurende een langere periode.

Er dient te worden benadrukt dat het gaat om de exploitatie van een in beginsel door de wet verboden en strafrechtelijk gesanctioneerde activiteit. (Zie art. 4 en art. 63 e.v. Kansspelwet 1999).

[...]

5.1.2.4.5. Gelet op [...] het voorgaande, blijken de drie prejudiciële vragen in hun kern te berusten op een falend feitelijk en juridisch uitgangspunt waar zij veronderstellen dat het te dezen zou gaan om een concessie voor een louter commerciële activiteit, enkel onderworpen aan de Wet Concessieovereenkomsten 2016 als omzetting van EU-richtlijn 2014/23/EU en dewelke mag worden bekeken louter vanuit een kader van een commercieel verdienmodel en die, wat de duurtijd ervan betreft, enkel dient te worden getoetst aan het terugverdienen van de investeringen die de

concessiehouder heeft gemaakt voor de exploitatie van de concessie samen met een redelijk rendement.
[...]”.

14. De verzoekende partij betwist deze conclusies. Na kennisneming van het verslag van het auditoraat, heeft de verzoekende partij evenwel niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven. Zij verzuimt om op de bespreking van het middel in het auditoraatsverslag nog inhoudelijk te reageren en beperkt er zich in de laatste memorie toe te volharden in haar middel zoals geformuleerd in de memorie van wederantwoord, die zij handhaaft en volgens haar als hernomen moet worden beschouwd.

15. In zoverre de verzoekende partij bij haar laatste memorie nog een experten-nota voegt van een hoogleraar publiek recht aan de Universiteit van Bordeaux, waaruit volgens haar blijkt dat deze expert haar standpunten zoals uiteengezet in de memorie van wederantwoord bijtreedt, zijn dit stuk en de erin vervatte argumenten nieuw. De verzoekende partij toont niet aan dat zij dat stuk en de erin vervatte argumenten niet reeds eerder had kunnen voorleggen en aanvoeren. Aldus geeft de verzoekende partij op laattijdige en niet-ontvankelijke wijze een nieuwe grondslag aan het middel. Het kan derhalve niet tot nietigverklaring leiden.

16. Op de drie voorgestelde vragen voor het Hof van Justitie van de Europese Unie kan niet worden ingegaan vermits zij uitgaan van een foutieve premisse en bijgevolg niet relevant zijn voor de oplossing van het geschil.

17. Uit wat voorafgaat volgt dat de Raad van State in die omstandigheden geen reden ziet om het anders te zien dan het auditoraat. De Raad van State bevindt voorts, na een eigen onderzoek, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het middel ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

18. In een tweede middel voert de verzoekende partij een schending aan van de artikelen 46, § 1, 2°, *juncto* 48, § 2, tweede lid, en 49 van de wet van 17 juni 2016 en het zorgvuldigheidsbeginsel, evenals van artikel 38, lid 2, van richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten’ (hierna: richtlijn 2014/23/EU).

De verzoekende partij vat het middel zelf als volgt samen in het verzoekschrift:

“(…) Uit de voormelde bepalingen vloeit voort dat een inschrijver die beroep doet op de draagkracht van een derde moet bewijzen dat hij gedurende de hele concessieperiode zal beschikken over de nodige middelen van die derde. Dat moet in eerste instantie blijken uit de initiële verbintenis van de derde. Echter in procedures die lang lopen (en/of uit meerdere fases bestaan) moet de inschrijver, minstens in de opeenvolgende offertes en/of in de berichten waarmee hij de verbintenissentermijn van zijn offerte verlengt, aantonen dat de draagkrachtverbintenis door de derde werd behouden. Het is aan de aanbesteder om erop toe te zien dat het engagement van de derde behouden blijft tijdens de gunningsprocedure, en zodoende geen concessies worden gegund aan inschrijvers die naar verloop van tijd 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. Dit is des te meer het geval wanneer noch het Bestek, noch de verklaring van de derde instantie bepalen voor welke duurtijd die verklaring geldig is, én de in het Bestek vooropgestelde verbintenistermijn ruim is verstreken.

In casu heeft de [tussenkomenende partij] in haar initiële offerte van 17 juli 2018 (i.e. bijna 2,5 jaar na indiening van de offerte) een verbintenis voorgelegd van de nv [CAIB] waarin die laatste haar draagkracht ter beschikking stelt. Uit de BAFO d.d. 26 november 2018 van de [tussenkomenende partij] 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 [tussenkomenende partij] naar de verwerende partij heeft gestuurd m.b.t. tot de verlengingen van de instandhoudingstermijn van haar offerte.

Met (enkel) de initiële verbintenis opgenomen in de offerte van 17 juli 2018 ligt echter geen actuele verbintenis meer voor waarmee CAIB haar draagkracht ter beschikking stelt en bewijst de [tussenkomenende partij] dan ook geenszins (meer) dat zij gedurende de hele concessieperiode nog zal

beschikken over de nodige middelen. Er blijkt dan ook niet dat de [tussenkomen partij] (zelf) op datum van de gunningsbeslissing nog aan de selectievoorwaarden voldoet.

Hierdoor schendt de bestreden beslissing de artikelen 46, § 1, 2° iuncto 48, § 2, tweede lid en 49 van de Concessiewet, alsmede het zorgvuldigheidsbeginsel, evenals artikel 38, lid 2, van de Concessierichtlijn”.

In de toelichting bij haar middel betoogt de verzoekende partij dat uit de in het middel aangehaalde bepalingen voortvloeit dat de verklaring van de derde instantie nog steeds verbindend dient te zijn op het ogenblik dat de aanbestedende overheid definitief beslist aangaande selectie en gunning. Een verbintenis die op het moment van de besluitvorming reeds bijna 2,5 jaar geleden werd aangegaan kan niet meer gelden als een afdoende (actuele) verbintenis in de zin van artikel 49 van de wet van 17 juni 2016. Volgens de verzoekende partij werd de verbintenis die dienaangaande door CAIB in de initiële offerte werd aangegaan naderhand nergens en op geen enkele manier opnieuw bevestigd. Evenmin blijkt dat de verwerende partij is nagegaan of deze inschrijver nog steeds voldoet aan de selectievoorwaarden.

Dat is volgens de verzoekende partij zowel problematisch in het licht van de lange duurtijd van de plaatsingsprocedure waardoor het risico bestaat dat de voorgelegde verbintenis niet langer actueel is, als in het licht van de recente wijziging van de aandeelhoudersstructuur van CAIB. Het is volgens de verzoekende partij niet uitgesloten dat ondernemingen op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan, lopende de plaatsingsprocedure en in het licht van de gevoerde onderhandelingen (1) hun verbintenis intrekken (zonder dat de inschrijver dat aan de aanbesteder laat weten), (2) zich in een uitsluitingsgrond komen te bevinden of (3) zelf niet langer voldoen aan de gestelde eisen bijvoorbeeld ten gevolge van eventuele externe factoren (faillissement, onvoorziene omstandigheden zoals het corona-virus enzovoort). Dit geldt volgens haar bovendien ongeacht de vraag naar de al dan niet toepasselijkheid van artikel 42, § 3, van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten’ (hierna: koninklijk besluit van 25 juni 2017).

Er kan volgens de verzoekende partij bezwaarlijk worden aangenomen dat enerzijds de verbintenis van de inschrijvers beperkt is in de tijd en bij het verstrijken ervan zou moeten worden bevestigd, terwijl anderzijds de verbintenis waarmee een derde zijn draagkracht ter beschikking stelt, en waarin geen beperking in de tijd werd opgenomen, wel onbeperkt in de tijd zouden gelden, zelfs wanneer elke redelijke termijn ruim is verstreken.

Vervolgens stelt de verzoekende partij in ondergeschikte orde voor om, mocht de Raad van State “van oordeel zijn dat een verbintenisverklaring van een derde steeds een onbepaalde geldigheidsduur heeft, ook wanneer de procedure in meerdere fasen verloopt, en de verbintenstermijn van de inschrijver is verstreken en meerdere keren werd verlengd, en een termijn van bijna 2,5 jaar is verstreken” de volgende prejudiciële vraag voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie:

“Dient artikel 38, tweede lid van de Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, aldus te worden uitgelegd dat een verbintenis van een instantie om de nodige middelen ter beschikking te stellen onbeperkt geldt in de tijd, ook wanneer de procedure in meerdere fasen verloopt, een eerste offerte wordt gevolgd door een tweede offerte, de termijn voor de geldigheid van die offerte is verstreken en meerdere keren werd verlengd en pas bijna 2,5 jaar later aangaande de gunning wordt beslist?”

19. In de memorie van wederantwoord herneemt de verzoekende partij het middel zoals uiteengezet in het verzoekschrift. In repliek op het verweer in de memorie van antwoord dat de verbintenis van CAIB geen onbepaalde geldigheidsduur heeft, maar beperkt is tot de duur van de concessieperiode, merkt de verzoekende partij op dat dit laatste door haar niet wordt betwist. Wel stelt zij dat die verbintenisverklaring op het moment van de gunning (2,5 jaar later) niet meer actueel was. Zij maakt daarbij de analogie met de beperkte termijn waarvoor de offertes geldig zijn. Minstens rust volgens de verzoekende partij op iedere aanbestedende overheid de verplichting om, telkens wanneer de verbintenstermijn is verstreken en zeker wanneer elke redelijke termijn is

verstrekken en binnen de huidige context van een wereldwijde economische crisis, er zich van te vergewissen dat de verbintenis van de derde instantie nog steeds actueel is. Dat geldt volgens haar ongeacht of de aanbestedende overheid (al dan niet) kennis heeft van elementen waaruit zou blijken dat de draagkracht-verbintenis zou zijn verbroken of ingetrokken, nu de aanbestedende overheid bij stilzwijgen van de inschrijver daar in de regel net niet van op de hoogte kan zijn, en de zorgvuldigheid de aanbestedende overheid dan gebiedt om de inschrijver hierover te bevragen. Voorts handhaaft zij haar verzoek tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

20. In de laatste memorie zet de verzoekende partij uiteen waarom de beoordeling in het auditorsverslag met betrekking tot het tweede middel niet kan worden gevolgd.

Vooreerst waren er volgens haar wel degelijk indicaties die een normaal zorgvuldig bestuur ertoe moesten brengen om er zich minstens van te vergewissen dat de verbintenis van de derde entiteit nog steeds actueel was. Een verbintenis die op het moment van de besluitvorming reeds bijna 2,5 jaar geleden werd aangegaan, kan volgens haar bezwaarlijk gelden als een afdoende actuele verbintenis in de zin van artikel 49 van de wet van 17 juni 2016, te meer daar de beslissing genomen werd midden in de heersende corona-pandemie en ook de aandeelhoudersstructuur van CAIB tijdens de plaatsingsprocedure werd gewijzigd.

Bovendien staat volgens haar op heden ook vast dat op het moment van de gunning geen afdoende verbintenis voorlag, vermits de gekozen inschrijver zich kennelijk niet kan beroepen op de draagkracht en middelen van CAIB. Zij betoogt dat de “concrete modaliteiten” waarmee CAIB zijn draagkracht en middelen (beweerdelijk) ter beschikking zou stellen, namelijk de benoeming van CAIB in de raad van bestuur van de gekozen inschrijver, onlosmakelijk deel uitmaakt van de initiële verbintenis die door CAIB werd aangegaan en een noodzakelijke voorwaarde was voor de selectie van de gekozen inschrijver. Dat ondertussen is gebleken dat die verbintenisverklaring in wezen

zonder voorwerp blijkt te zijn of niet wordt (kan worden) uitgevoerd, doet volgens haar besluiten dat de bestreden beslissing met een onwettigheid is behept.

Ten slotte benadrukt de verzoekende partij nog dat zij een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel heeft opgeworpen en dat de verwijzing die zij in de toelichting bij het middel nog maakt naar artikel 42, § 3, van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 binnen die context dient te worden gelezen, nu in het onderhavige geval dezelfde bekommernissen spelen als diegene die aan de basis liggen van die bepaling.

Beoordeling

21. In de mate dat de verzoekende partij zich beroept op de schending van artikel 38, lid 2, van richtlijn 2014/23/EU, voert zij niet aan, noch toont zij aan dat de omzetting van die bepaling niet correct of niet volledig zou zijn gebeurd, zodat zij niet rechtstreeks de schending van deze bepaling uit de richtlijn kan opwerpen. In die mate is het middel niet-ontvankelijk.

Het middel wordt hierna dan ook enkel onderzocht wat de aangevoerde schending betreft van de artikelen 46, § 1, 2°, samen te lezen met 48, § 2, tweede lid, en 49 van de wet van 17 juni 2016 en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

22. Overeenkomstig artikel 46, § 1, eerste lid, 2°, van de wet van 17 juni 2016 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 dezelfde wet, 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 dezelfde wet, 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.”

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt onder meer in dat het bestuur

zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De overheid is onder meer verplicht om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk te onderzoeken, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen. Het komt aan de verzoekende partij toe om met concrete gegevens aannemelijk te maken dat de handelwijze van de overheid niet doet blijken van het vereiste zorgvuldig handelen. Het formuleren door de verzoekende partij van eigen aannames, veronderstellingen en kritieken zonder enig begin van bewijs, volstaan niet om aannemelijk te maken dat de bestreden beslissing op een onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen.

23. Te dezen vereist het bestek wat de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid betreft, dat de inschrijver dient aan te tonen dat hij in de laatste tien jaar voor de uiterste dag van de indiening van de offerte ten minste zeven jaar aantoonbare ervaring heeft in het uitbaten van een relevante kansspelinrichting klasse I of casino en hiervoor een vergunning klasse A of een in een lidstaat van de Europese Economische Ruimte gelijkwaardige geachte vergunning, bezit of bezat.

In het gunningsverslag, waarnaar de bestreden beslissing verwijst, wordt vastgesteld dat de gekozen inschrijver, die zelf geen casino uitbaat, aan het voormelde selectie criterium voldoet middels beroep op de draagkracht van een andere instantie die onder meer houder is van een

vergunning type A en A+ uitgereikt door de Kansspelcommissie voor de uitbating van het casino te Brussel.

24. In het tweede middel voert de verzoekende partij in essentie aan dat, gelet op de lange looptijd van de plaatsingsprocedure, de gekozen inschrijver het bewijs had moeten leveren dat de derde op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan, zijn draagkracht-verbintenis gestand doet.

De Raad van State stelt in de eerste plaats vast dat het middel in zijn kern steunt op de vergelijking die de verzoekende partij maakt tussen enerzijds de verbintenistermijn van de offertes en anderzijds de verbintenis inzake de draagkracht van derden. De verzoekende partij gaat daarbij echter voorbij aan de verschillende aard van de beide verbintenissen. Waar de verbintenistermijn van de offerte betrekking heeft op de beperkte duur gedurende dewelke de inschrijver gebonden blijft door zijn offerte en desgevallend kan worden verlengd wanneer de gunning nog niet heeft plaatsgevonden, wordt de verbintenis inzake draagkracht van andere instanties door de kandidaat of inschrijver voorgelegd met het oog op het voldoen aan de selectievoorwaarden. Anders dan de verzoekende partij het ziet dienen de concessiedocumenten geen vereiste te bevatten aangaande de duur gedurende dewelke die verbintenis van een andere instantie dient te gelden, nu zij, overeenkomstig artikel 49 van de wet van 17 juni 2016 zelf, dient te gelden voor de duur van de concessieperiode. In zoverre het middel aldus steunt op het uitgangspunt dat een dergelijke verbintenisverklaring, die als bewijsstuk in het kader van de selectie wordt voorgelegd, lopende de plaatsingsprocedure opnieuw dient te worden bevestigd, net zoals een inschrijver de verbintenistermijn van diens offerte dient te verlengen, faalt het middel naar recht.

25. Anders dan het geval was in de schorsingsprocedure, die geleid heeft tot het tussenarrest nr. 249.207 van 11 december 2020, is het middel thans niet langer gesteund op artikel 42, § 3, van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 welke bepaling slechts geldt in een procedure met opeenvolgende fases, dit is een plaatsingsprocedure waarin er eerst een afzonderlijke selectiefase wordt gevoerd.

Te dezen werden meteen offertes ingediend door de inschrijvers en blijkt ook de BAFO beperkt te zijn gebleven tot het indienen van een nieuw prijsvoorstel zonder dat een volledig herwerkte offerte werd ingediend.

In zoverre de verzoekende partij in het kader van onderhavig annulatieberoep niettemin betoogt dat ook wanneer artikel 42, § 3, van het voornoemde koninklijk besluit niet van toepassing is, dezelfde principes gelden in procedures die lang lopen zoals onderhavige plaatsingsprocedure, stelt de Raad van State vast dat artikel 49 van de wet van 17 juni 2016 enkel bepaalt dat indien de inschrijver “een beroep wenst te doen op de draagkracht van andere instanties, [...] hij ten behoeve van de aanbesteder [bewijst] dat hij gedurende de hele concessieperiode zal beschikken over de nodige middelen, bijvoorbeeld door een door deze instanties aangegane verbintenis over te leggen”. Zolang de aanbestedende overheid niet over indicaties beschikt dat de draagkracht-verbintenis zou zijn ingetrokken of om andere redenen niet langer geldig of dienstig zou zijn, is er, ook op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel, geen reden om aan te nemen dat een dergelijke verbintenis inzake draagkracht gevoegd bij de oorspronkelijke offerte niet langer dienstig zou zijn.

26. Te dezen blijkt bij de initiële offerte van de gekozen inschrijver van 15 juli 2018 wel degelijk een draagkracht-verbintenis te zijn gevoegd van de door hem voorgestelde derde. Daarin verbindt de betrokken derde zich er voor de duur van de concessieperiode toe dat de gekozen inschrijver zich voor de uitvoering van de concessie kan steunen op diens draagkracht en middelen in het kader van de gestelde kwalitatieve selectievoorwaarde. Nergens uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat deze draagkracht-verbintenis nadien zou zijn verbroken of ingetrokken.

Uit het gunningsverslag en de overige stukken van het administratief dossier blijkt ook dat de verwerende partij niet zomaar tot selectie van de gekozen inschrijver heeft besloten maar dat er wel degelijk een selectieonderzoek heeft plaatsgevonden. Nadat de gekozen inschrijver hierover werd bevraagd door de verwerende partij, hebben de gekozen inschrijver en de

betrokken derde in een gezamenlijke verklaring van 7 augustus 2018 deze draagkracht-verbintenis nog bevestigd en verder toegelicht.

27. Anders dan de verzoekende partij het ziet, waren er in onderhavig geval voorts geen indicaties die de verwerende partij ertoe moesten brengen om bij het nemen van de gunningsbeslissing aan te nemen dat de draagkracht-verbintenis niet langer geldig of dienstig zou zijn. Gelet op de specifieke aard van de verbintenis inzake draagkracht, kan een dergelijke indicatie niet louter worden afgeleid uit een langere duurtijd van de plaatsingsprocedure of algemene maatschappelijke evoluties. In zoverre de verzoekende partij nog betoogt dat de aandeelhoudersstructuur van de andere instantie op wiens draagkracht een beroep werd gedaan tijdens de plaatsingsprocedure werd gewijzigd, maakt zij niet aannemelijk dat de verwerende partij er zonder meer vanuit diende te gaan dat de beweerde wijziging van aandeelhoudersstructuur afbreuk kon doen aan de verbintenissen die de betrokken vennootschap is aangegaan.

28. Evenmin kan het betoog van de verzoekende partij worden bijgetreden waar zij in haar laatste memorie en ter terechtzitting nog stelt dat de bestreden beslissing met een onwettigheid is behept nu ondertussen is gebleken dat de draagkracht-verbintenis in wezen zonder voorwerp blijkt te zijn of niet wordt uitgevoerd bij gebrek aan aanstelling van die andere instantie in het bestuur van de tussenkomenende partij. Daargelaten de vraag of aangenomen kan worden dat de draagkracht-verbintenis van de derde om die reden op heden zonder voorwerp is, hetgeen door de tussenkomenende partij in haar laatste memorie wordt betwist, dient de wettigheid van de bestreden gunningsbeslissing te worden beoordeeld op het ogenblik van het nemen ervan en niet op dat van de uitvoering ervan.

29. De verzoekende partij maakt bijgevolg niet aannemelijk dat de verwerende partij door te besluiten dat de gekozen inschrijver aan het voormelde selectie criterium voldoet middels beroep op de draagkracht van een derde

instantie, de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen heeft geschonden.

30. In zoverre de verzoekende partij in ondergeschikte orde vraagt om een prejudiciële vraag voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie “mocht [de Raad van State] van oordeel zijn dat een verbintenisverklaring van een derde instantie steeds een onbepaalde geldigheidsduur heeft”, valt op te merken dat deze hypothese zich niet voordoet, alleen al omdat hiervoor werd vastgesteld dat het te leveren bewijs slechts betrekking heeft op de duur van de concessieperiode.

De voorgestelde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie berust bovendien op de onjuiste premisse dat de voorliggende plaatsingsprocedure een procedure met opeenvolgende fases betreft, zodat de in het licht daarvan voorgestelde prejudiciële vraag ook om die reden niet relevant is voor de oplossing van het geschil.

Dit geldt des te meer nu de voornoemde richtlijnbevestiging niet voorziet in een bepaling als vervat in artikel 42, § 3, van het koninklijk besluit concessieovereenkomsten.

31. Er is dan ook geen reden tot het stellen van de door de verzoekende partij gesuggereerde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Het tweede middel is niet gegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

32. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 24 en 25 van de wet van 17 juni 2016, artikel 30, §§ 1 en 2,

van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 alsmede het zorgvuldigheids-,
gelijkheids- en mededingingsbeginsel.

De verzoekende partij vat het middel zelf als volgt samen in het verzoekschrift:

“(…) Uit de voormelde artikelen en beginselen volgt dat een offerte die tot stand is gekomen op basis van onrechtmatig mededingingsvervalsend gedrag van de betrokken inschrijver, substantieel onregelmatig is en zodoende moet worden nietig verklaard.

Dat is te dezen het geval voor de offerte van de [tussenkomen de partij], nu deze offerte is tot stand gekomen op een wijze waarbij wederrechtelijk gebruik kon worden gemaakt van vertrouwelijke cijfergegevens van de verzoekende partij die specifiek betrekking hebben op de exploitatie van het casino dat het voorwerp uitmaakt van de onderhavige gunningsprocedure.

De verwerende partij komt in de bestreden beslissing evenwel ten onrechte tot het besluit dat de [tussenkomen de partij] de mededinging niet heeft vervalst, zodat ook diens offerte niet nietig werd verklaard.

Er moet evenwel worden vastgesteld dat de verschillende door de verzoekende partij aangebrachte aanwijzingen door de deskundige cq. de verwerende partij in belangrijke mate niet worden ontkracht, doch enkel genegeerd, geminimaliseerd of volledig ontkend. De deskundige en de verwerende partij (en de [tussenkomen de partij] zelf) slagen er daarbij ook niet in om een plausibele verklaring te bieden voor de kennis die [de tussenkomen de partij] (in haar offerte) wel degelijk blijkt te hebben van interne boekhoudkundige gegevens van de verzoekende partij.

Om al die redenen schendt de bestreden beslissing de artikelen 24 en 25 van de Concessiewet, en 30, §1 en 2 van het Concessie-KB, alsmede het zorgvuldigheids-, gelijkheids- en mededingingsbeginsel.”

In de toelichting bij haar middel zet de verzoekende partij uiteen dat zij gedurende de plaatsingsprocedure elementen heeft aangebracht waaruit is gebleken dat de gekozen inschrijver, onder meer in de cruciale periode voor het indienen van de BAFO's, over verschillende mogelijkheden beschikte om toegang te nemen tot haar computernetwerk, dat ook effectief toegang werd genomen en dat de bekomen informatie werd gebruikt in het kader van de opmaak van de offerte van de gekozen inschrijver. Dat geeft volgens de verzoekende partij ontegensprekelijk aanleiding tot concurrentievervalsing nu de gekozen inschrijver op die manier toegang kon nemen tot vertrouwelijke commerciële (boekhoudkundige) gegevens van een rechtstreekse concurrent, te dezen bovendien de zittende uitbater van het casino dat het voorwerp uitmaakt van de concessie.

Zij wijst erop dat de Raad van State in arrest nr. 243.771 van 21 februari 2019 de tenuitvoerlegging van de eerdere gunningsbeslissing van 3 december 2018 reeds heeft geschorst op grond dat de verwerende partij in deze gunningsbeslissing de door de verzoekende partij bij proces-verbaal van 30 november 2018 aangeleverde aanwijzingen van mededingingsvertekenend handelen van de tussenkomende partij had afgedaan als een ‘loutere bewering’, zonder enig verder onderzoek. De verzoekende partij betoogt dat zij ook in latere briefwisseling, waaronder haar schrijven van 13 augustus 2020, verder heeft aangetoond dat de gekozen inschrijver over verschillende mogelijkheden beschikte om wederrechtelijk toegang te nemen tot onder meer haar interne boekhoudkundige gegevens.

Ondanks alle door de verzoekende partij aangeleverde aanwijzingen, heeft de verwerende partij in de bestreden beslissing, steunend op het eindverslag van een door haar aangestelde deskundige, geoordeeld dat de gekozen inschrijver de mededinging niet heeft vervalst. De verzoekende partij duidt daarbij in het verzoekschrift uitvoerig aan welke aanwijzingen zij aan de verwerende partij heeft meegedeeld (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). Vervolgens zet de verzoekende partij in het verzoekschrift eveneens uitvoerig uiteen waarom de bestreden beslissing en het eindverslag van de deskundige het bestaan van die betreffende aanwijzingen volgens haar niet ontkrachten.

In ondergeschikte orde stelt de verzoekende partij voor om een gerechtsdeskundige aan te stellen:

“Zoals [de] Raad kan vaststellen zijn de door verzoekende partij geformuleerde kritieken technisch van aard. Mocht [de] Raad ter zake dan ook van oordeel zijn dat de verzoekende partij onvoldoende heeft aangetoond dat de nv Infiniti Gaming Knokke handelingen heeft gesteld die de mededinging vervalsen, past het ter zake, overeenkomstig artikel 20 van Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de

rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, een deskundige aan te stellen, teneinde de door de verzoekende partij reeds aangebrachte aanwijzingen, alsook de bewijzen die verzoekende partij in de loop van onderhavige procedure nog zou aanbrengen, ten gronde te onderzoeken en [de] Raad daaromtrent te adviseren.

Voor zoveel als nodig wenst de verzoekende partij daarbij nog te onderstrepen dat het reeds gevoerde deskundige onderzoek daartoe uiteraard geenszins volstaat. Er was immers geen sprake [...] van een tegensprekelijke expertise, met alle garanties inzake de eerbiediging van de rechten van verdediging. De deskundige werd enkel aangestuurd door de verwerende partij, tegenpartij in de drie voorgaande schorsingsprocedures.”

33. In de memorie van wederantwoord herneemt de verzoekende partij in essentie het middel zoals uiteengezet in het verzoekschrift. Zij stelt ook vast dat de verwerende partij haar in de bestreden beslissing en memorie van antwoord verwijt te hebben verzaakt om mee te werken aan het namens de verwerende partij gevoerde deskundigenonderzoek. Zij zou (a) geen technisch bewijs hebben aangeleverd van de inbraak van de gekozen inschrijver, (b) geen voldoende relevant materiaal aan de deskundige hebben verschaft en (c) de deskundige de eerder toegezegde toegang tot haar computersysteem alsnog hebben ontzegd. De verzoekende partij benadrukt dat er geen sprake was van een tegensprekelijke expertise, om welke reden zij weinig vertrouwen had in het onafhankelijk en onpartijdig karakter van het onderzoek. Zij geeft aan dat zij niettemin heeft bewezen wat zij kon bewijzen: met name dat (de bestuurders van) de gekozen inschrijver toegang hadden tot generieke *logins* die tevens toegang verlenen tot de private ruimtes en dus tot de interne boekhoudkundige cijfers van de verzoekende partij én dat uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt dat die effectief kennis heeft van dergelijke cijfers. De verzoekende partij doet ook gelden dat de verwerende partij haar nooit verzocht heeft om de deskundige toegang te verlenen tot een computer in het casino.

Zij betwist voorts het standpunt van de tussenkomende partij dat de enige sanctie die de wet van 17 juni 2016 bepaalt voor offertes die zijn ingediend met een mededingingsvertekenende handeling, de mogelijke uitsluiting van de inschrijver is, zoals bepaald door artikel 25, § 2, van dezelfde wet. Het is volgens haar immers mogelijk dat een aanbestedende overheid overeenkomstig de voormelde bepaling niet tot de uitsluiting van de inschrijver besluit, maar er

wel toe gehouden is om de offerte van de betrokken inschrijver die tot concurrentievervalsing leidt ingevolge een substantiële onregelmatigheid, te weren overeenkomstig artikel 30, § 2, van het koninklijk besluit van 25 juni 2017.

De verzoekende partij doet in de memorie van wederantwoord voorts gelden dat zij, bij gebrek aan initiatief en medewerking door de deskundige en de verwerende partij tijdens de gunningsprocedure, kort na de gunning van de concessie zelf een digitaal forensisch onderzoek heeft laten uitvoeren. Uit dat onderzoek, dat zij als nieuw stuk bij de memorie van wederantwoord voegt, is volgens haar gebleken dat de (bestuurders van de) tussenkomende partij inderdaad over een toegang beschikte(n) om interne boekhoudkundige cijfers van de verzoekende partij te raadplegen. Zij volhardt tevens in haar verzoek in ondergeschikte orde om een gerechtsdeskundige aan te stellen en vraagt bijkomend om ook het door haar aangebrachte digitaal forensisch onderzoek bij dat onderzoek te laten betrekken.

34. In haar laatste memorie volhardt de verzoekende partij in haar middel zoals geformuleerd in haar memorie van wederantwoord en benadrukt zij nog drie elementen.

Vooreerst wijst zij erop dat haar gegevens vallen onder het bedrijfsgeheim. Als een persoon uit hoofde van zijn functie toegang heeft tot vertrouwelijke informatie van een bedrijf, is hij dus gebonden aan een geheimhoudingsplicht met betrekking tot die informatie. De bestuurders van de gekozen inschrijver hebben hun geheimhoudingsplicht geschonden. Het zich toe-eigenen van de betrokken gegevens kan volgens de verzoekende partij dan ook niet worden beschouwd als een eerlijke handelspraktijk.

Daarnaast kan volgens de verzoekende partij moeilijk worden volgehouden dat zij geen bewijs zou hebben geleverd van een onrechtmatige toegang tot en gebruik van haar boekhoudkundige gegevens door de betrokken bestuurders van de gekozen inschrijver. Zij verwijst daarbij naar het door haar

voorgelegde gerechtsdeurwaardersexploit dat overeenkomstig artikel 8.17 van het Burgerlijk Wetboek de bewijswaarde heeft van authentieke akte.

Ten slotte benadrukt de verzoekende partij nogmaals dat er geen sprake is geweest van een tegensprekelijke expertise, met alle garanties inzake de eerbiediging van de rechten van verdediging, nu de deskundige enkel werd aangestuurd door de verwerende partij, die toen al tegenpartij was in een voorgaande procedure. Het principe van hoor en wederhoor wordt slechts gerespecteerd als de partijen de bevindingen van de door de verwerende partij aangestelde deskundige kunnen bespreken en tegenspreken, hetgeen geenszins het geval was. De verzoekende partij betoogt dat de Raad van State dit middel niet kan behandelen door enkel te oordelen op basis van de bevindingen van een expert aangesteld door de verwerende partij, om welke reden zij haar verzoek herhaalt om een deskundige aan te stellen.

Beoordeling

35. In het derde middel doet de verzoekende partij in essentie gelden dat de offerte van de gekozen inschrijver tot stand is gekomen op basis van onrechtmatig mededingingsvervalsend gedrag, bijgevolg substantieel onregelmatig is en zodoende nietig had moeten worden verklaard. Zij betoogt daarbij dat de bestreden beslissing en het gunningsverslag, evenals het eindverslag en het aanvullend verslag van de deskundige, de door haar aangeleverde aanwijzingen niet ontkrachten, minstens dat deze niet naar behoren werden onderzocht.

36. Artikel 24, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 bepaalt dat de aanbestedende overheid zorgt voor de plaatsing en uitvoering van concessies overeenkomstig de beginselen van niet-discriminatie en gelijke behandeling van de ondernemers en dat zij op transparante en evenredige wijze handelt.

Artikel 25, § 2, van dezelfde wet 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.”

Krachtens artikel 30, § 1, van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 dient de aanbesteder na te gaan of de offertes regelmatig zijn. Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken. Op grond van artikel 30, § 2, van dat besluit, dient de aanbesteder de offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig te verklaren, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten.

Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om te beoordelen of met toepassing van deze bepaling een offerte met een substantiële onregelmatigheid is behept. Het komt aan de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de aanbestedende overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen.

De draagwijdte van het eveneens geschonden geachte zorgvuldigheidsbeginsel is hiervoor reeds nader bepaald. Er wordt naar verwezen (zie *supra*, punt 22).

37. Een aanbestedende overheid die 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.

De zorgvuldigheidsplicht houdt evenwel niet in dat van een aanbestedende overheid moet worden verwacht dat zij een loutere suggestie of bewering die niet op een geloofwaardige wijze is ingeroepen, met de nodige zorgvuldigheid onderzoekt. Enkel wanneer de ingeroepen bewering niet is ontbloot van elk element van geloofwaardigheid, rust op de aanbestedende overheid de hiervoor geschetste zorgvuldigheid bij het onderzoek van dit gegeven.

Op een verzoekende partij die wenst dat de aanbestedende overheid tijdens de voorbereiding van de beslissing met de nodige zorgvuldigheid onderzoekt of de offerte van een andere inschrijver behept is met een onregelmatigheid die van aard is tot concurrentievervalsing te leiden, rust derhalve een aanvoeringslast die inhoudt dat hij op een geloofwaardige wijze die grond inroept.

38. In deze zaak had de verwerende partij initieel dergelijke aanwijzingen, zoals deze werden aangebracht door de verzoekende partij en zoals deze blijken uit een proces-verbaal van vaststelling van 30 november 2018, zonder meer terzijde geschoven, wat tot het schorsingsarrest nr. 243.771 van 21 februari 2019 heeft geleid.

Uit het gunningsverslag blijkt evenwel dat de verwerende partij op 22 november 2019 een deskundige informatica en netwerk, die ook erkend is als gerechtsdeskundige inzake forensische informatica, heeft aangesteld om de zaak te onderzoeken en dat de deskundige op 18 juni 2020 zijn omstandig eindverslag heeft neergelegd. Ook blijkt dat de verzoekende partij op 13 augustus 2020 een brief heeft gericht aan de verwerende partij met daarin een reeks bezwaren en bedenkingen bij het onderzoek dat werd uitgevoerd door de

deskundige informatica en netwerk, waarna deze op 24 september 2020 een aanvullend verslag heeft opgesteld, waarin wordt ingegaan op de bezwaren en bedenkingen van de verzoekende partij. In het gunningsverslag wordt op uitvoerige wijze uiteengezet om welke redenen de verwerende partij, ondanks de aantijgingen van de verzoekende partij, in navolging van het eindverslag en aanvullend verslag van de deskundige informatica en netwerk heeft besloten dat er geen reden is om de offerte van de gekozen inschrijver te weren. Aldus blijkt te dezen dat de verwerende partij de betrokken aanwijzingen, voor zover zij door de verzoekende partij op geloofwaardige wijze werden ingeroepen, met de nodige aandacht heeft onderzocht.

39. In zoverre de verzoekende partij voorts betoogt dat de bestreden beslissing en het gunningsverslag, evenals het eindverslag en het aanvullend verslag van de deskundige informatica en netwerk, het bestaan van de door haar naar voren gebrachte aanwijzingen niet ontkrachten, valt op te merken dat deze grieven wezenlijk een herhaling vormen van de grieven zoals aangevoerd in het kader van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en waarover de Raad van State in het tussenarrest nr. 249.207 van 11 december 2020 voorlopig als volgt heeft geoordeeld :

“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 voornoemd 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 mededingingsverstorende 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.”

40. Het loutere gegeven dat de verzoekende partij in het kader van het annulatieberoep doet gelden dat de verwerende partij op basis van onrechtmatig mededingingsvervalsend gedrag de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig had moeten verklaren, waar zij in het kader van de schorsingsprocedure nog deed gelden dat er aldus reden was tot uitsluiting, is niet van aard om anders te besluiten over de drie voormelde subkritieken. Indien wordt vastgesteld dat geen voldoende plausibele aanwijzingen voorliggen in de zin van artikel 52, eerste lid, 4°, van de wet van 17 juni 2016, kan evenmin worden aangenomen dat de verwerende partij er in het licht van diezelfde aanwijzingen toe gehouden was om de offerte van de gekozen inschrijver te weren op grond van artikel 30, § 1, van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 naar luid waarvan een offerte substantieel onregelmatig is wanneer ze “van aard is (...) tot concurrentievervalsing te leiden”.

In het licht van de voormelde voorlopige beoordeling in het tussenarrest, die de Raad van State, na onderzoek van de memories en het dossier, ook ten gronde handhaaft, maakt de verzoekende partij dan ook niet aannemelijk dat de verwerende partij had moeten vaststellen dat er sprake is van mededingingsvertekenende handelingen in hoofde van de gekozen inschrijver en dat zij diens offerte om die reden als substantieel onregelmatig had moeten weren.

In zoverre de verzoekende partij in haar verzoekschrift tot nietigverklaring nog bijkomend kritiek uit op het motief in het gunningsverslag waarin wordt overwogen dat “nergens [wordt] aangetoond dat de volgens de nv CKO ‘ongeoorloofde kennis’ van de omzetcijfers van de slotmachines [...] een ‘mededingingsverstorende werking’ zouden kunnen hebben, gezien deze cijfers nergens van enige invloed zijn geweest noch konden zijn – gelet op de selectiecriteria – bij de beoordeling van de offertes”, betreft het kritiek op een overtollig motief, nu niet blijkt dat er sprake is van een ongeoorloofde toegang tot de betrokken gegevens. Kritiek op een overtollig motief kan niet tot een nietigverklaring leiden.

41. In de mate dat de verzoekende partij voorts voor het eerst in haar laatste memorie erop wijst dat de bestuurders van de gekozen inschrijver hun geheimhoudingsplicht zouden hebben geschonden en dat het zich toe-eigenen van gegevens om deze te gebruiken en openbaar te maken niet kan worden beschouwd als een “eerlijke handelspraktijk”, geeft zij op een niet-ontvankelijke wijze een nieuwe wending aan haar middel nu niet blijkt dat deze grief niet reeds in het verzoekschrift kon worden aangevoerd.

De verzoekende partij kan evenmin worden bijgevallen waar zij in haar laatste memorie nog doet gelden dat moeilijk volgehouden kan worden dat zij geen bewijs zou hebben geleverd van een onrechtmatige toegang tot en gebruik van haar boekhoudkundige gegevens door de betrokken bestuurders van de gekozen inschrijver gelet op het door haar voorgelegde

gerechtsdeurwaarders-exploot. Onder meer de vaststellingen van de door de verwerende partij aangestelde deskundige informatica en netwerk inzake de aard van de betrokken server, die niet alleen aan de verzoekende partij blijkt toe te behoren, maar een gedeelde server blijkt te zijn, ondermijnen de gevolgtrekkingen die de verzoekende partij verbindt aan de vaststellingen in het voornoemd proces-verbaal.

Waar zij nog benadrukt dat het door de verwerende partij gevoerde deskundige onderzoek niet volstaat, aangezien er geen sprake zou zijn van een tegensprekelijke expertise, gaat de verzoekende partij eraan voorbij dat het niet om een gerechtsexpertise gaat. Bovendien blijkt uit het eindverslag van de deskundige informatica en netwerk dat hij door de verwerende partij gevraagd werd om bij de uitvoering van zijn opdracht “een strikt neutrale positie in te nemen, met passende technische aandacht voor alle betrokken partijen”. Dat de verzoekende partij niet is ingegaan op bepaalde vragen van de deskundige informatica en netwerk, kan de verwerende partij niet ten kwade worden geduid. In elk geval blijkt dat de verzoekende partij in staat werd gesteld om de conclusies van de deskundige informatica en netwerk te betwisten zowel lopende de plaatsingsprocedure als in het kader van de voorliggende procedure voor de Raad van State.

42. In zoverre de verzoekende partij in het kader van het annulatieberoep nog een eigen deskundigenonderzoek aanbrengt en ook de Raad van State vraagt om in het kader van de onderhavige procedure over te gaan tot aanstelling van een deskundige, valt op te merken dat het niet aan de Raad van State toekomt om het onderzoek van de volgens de verzoekende partij aan de tussenkomende partij ten laste te leggen feiten, over te doen. Er is dan ook geen reden tot aanstelling van een deskundige.

Ook stelt de Raad van State vast dat nergens uit de stavingsstukken blijkt dat de verzoekende partij een strafklacht zou hebben ingediend, hetgeen de geloofwaardigheid van de zware beschuldigingen die door

de verzoekende partij ten aanzien van de andere inschrijver worden geuit ernstig ondermijnt.

43. Wat de aangevoerde schending van de overige geschonden geachte bepalingen en beginselen betreft, wordt er geen specifieke argumentatie opgebouwd, zodat deze grieven geacht moet worden ofwel samen te vallen met wat hiervoor al is besproken, ofwel niet ontvankelijk te zijn.

44. Het derde middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op twee oktober tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Kaat Leus,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques