

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 261.806 van 18 december 2024
in de zaak A. 232.447/XIV-39.486**

In zake : de NV G.C.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bettina Poelemans en Antoon Dierick
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Jean-Baptiste de Ghellincklaan 31/001
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

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

Tussenkommende partijen:

1. de NV B.
2. de NV C.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathaëlle Kiekens, Ian Arnouts en Louis François
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 25 januari 2021, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Gemeente Middelkerke van 25 november 2020 waarbij werd beslist om de ‘concessie tot het exploiteren van een kansspelinrichting klasse I (vergunning A/A+)’ op het grondgebied van de gemeente Middelkerke - bestek 2019-518257 - te gunnen aan de NV [B.] overeenkomstig de voorwaarden en

modaliteiten vastgelegd in de concessieovereenkomst goedgekeurd door de gemeenteraad in zitting van 25 november 2020.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 249.482 van 14 januari 2021 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 partijen hebben een memorie ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 partijen hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 oktober 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Antoon Dierick, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Dirk De Keuster en Fleur Joly, die verschijnen voor de verwerende partij en advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De gemeente Middelkerke organiseert twee afzonderlijke gunningsprocedures: enerzijds inzake een concessie tot het exploiteren van een kansspelinrichting Klasse I (vergunning A/A+) en anderzijds betreffende een Design&Buildopdracht (hierna: D&B-opdracht) voor het nieuwe casinogebouw (hierna Kursaal genoemd).

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

De lopende concessie, waarbij het casino tijdelijk is ondergebracht in het Sporthotel Gryson, te 8430 Middelkerke, Westendelaan 94, evenals de door de Kansspelcommissie afgegeven vergunning voor de betrokken inrichting, vervalt op 30 juni 2022.

De concessie tot het exploiteren van de kansspelinrichting wordt in de markt gebracht met een vrijwillige keuze voor de toepassing van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016) en het koninklijk besluit van 25 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten’ (hierna: het koninklijk besluit van 25 juni 2017).

De concessie wordt in beginsel voor een periode van 30 jaar verleend bestaande uit twee aaneensluitende periodes van 15 jaar en onder de voorwaarde dat de concessiehouder tijdig een nieuwe vergunning en verlenging

van de lopende vergunning van de klasse A/A+ verkrijgt, afgegeven door de Kansspelcommissie.

Er wordt gekozen voor een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

3.2. In de selectieleidraad wordt bepaald dat de gekozen concessiehouder het casino te Middelkerke verder dient te exploiteren met ingang van 1 juli 2022, daags na afloop van de lopende concessie.

Punt 3.5.3 ‘Oppervlakte en grondgebruik Casinogebouw’ van de selectieleidraad vermeldt inzake de relatie tot de afzonderlijk uitgeschreven D&B-opdracht onder meer het volgende:

“In de mate van het mogelijke zal de Concessie voorafgaand aan de bouw van het nieuw Casinogebouw worden toegewezen, zodat de Concessiehouder inspraak kan hebben bij de definitieve opmaak van de plannen en het indienen van de omgevingsvergunning. In de opdracht voor het nieuwe casinogebouw wordt de inrichting van een speelzaal voorzien met een bruikbare vloeroppervlakte van ca. 1500 m² inclusief restaurant.”

In de selectieleidraad worden wat de toewijzing van de concessie betreft drie procedurefasen onderscheiden:

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

Zo de Concessieverlenende overheid dit nodig acht, kan ze de Kandidaten resp. Inschrijvers in elke stap van deze procedure uitnodigen tot het verstrekken van bijkomende inlichtingen en/of een toelichting.”

3.3. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke selecteert op 1 oktober 2019 vier kandidaten, waaronder de verzoekende partij en de eerste tussenkomende partij.

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

In de gunningsleidraad wordt gevraagd dat de inschrijver in zijn offerte, binnen de grenzen die in de gunningsleidraad worden vastgelegd, zijn desiderata voor het programma van eisen van de kansspelinrichting nader specificeert en detailleert. Immers, de nieuwe concessiehouder zal worden opgenomen in het bouwteam dat de verdere realisatie van de nieuwbouw van het Kursaal begeleidt en zal de mogelijkheid hebben om binnen het goedgekeurd budget en in overleg met de bouwheer en architect/aannemer inspraak te hebben in de uitvoeringsmodaliteiten.

Het voorwerp van de concessie wordt in de gunningsleidraad als volgt omschreven:

“2.3.1 inhoudelijk

Deze Mededingingsprocedure heeft tot doel het afsluiten met de Concessiegeefster van een Concessieovereenkomst, zoals bedoeld in artikel 29, derde lid van de Kanospelwet, voor de exploitatie van een Casino van de klasse I (vergunning klasse A/A+) te Middelkerke.

Er werden vier Kandidaten geselecteerd aan wie de Gunningsleidraad wordt overgemaakt met het oog op het indienen van de Offerte.

De gekozen Concessiehouder zal een Casino van de klasse I te Middelkerke met ingang van 1 juli 2022 dienen te exploiteren in de aan hem toegewezen lokalen in het Kursaal en moet daartoe over een Concessieovereenkomst afgesloten met de gemeente Middelkerke kunnen beschikken.

Benevens deze overeenkomst is hiervoor een vergunning van klasse A/A+ vereist, te verlenen door de Belgische Kanospelcommissie. De Voorkeursbieder zal dan ook worden uitgenodigd om meteen na het sluiten van de Concessieovereenkomst deze vergunningsaanvraag te richten aan de Kanospelcommissie.

2.3.2 ruimtelijke afbakening

Het oude casinogebouw gelegen tussen het Epernayplein en de Zeedijk te Middelkerke werd afgebroken. Op deze plaats zal het nieuw Kursaal worden gebouwd dat tegen eind juni 2022 dient te zijn opgeleverd.

Met betrekking tot de Opdracht en de daartoe ter beschikking gestelde lokalen voor het Casino wordt hierna de term ‘Casino’ gebruikt, dit ter onderscheiding van het nieuw te bouwen Casinogebouw, waarvoor hierna de term Kursaal wordt gebruikt en ter onderscheiding van de Casinosite die het gebied omvat dat zal worden aangepakt, bestaande uit de Parking, het Epernayplein, het Casino en het Kursaal (Eventhall & Hotel & overige functies), de zeewering en mogelijks ook een deel van het strand.

De term Casino slaat zowel op de exploitatie als op de daartoe bestemde lokalen die in het Kursaal worden ondergebracht.”

Onder punt 2.4.2. ‘overgangsfase’ bepaalt de gunningsleidraad het volgende:

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

Luidens punt 2.7.1. van de gunningsleidraad kan de concessie-verlenende overheid de concessiedocumenten in iedere fase van de mededingings-procedure aanpassen, aanvullen en wijzigen. De concessieverlenende overheid zal, in geval van aanpassingen, aanvullingen of wijzigingen, aan de kandidaten een bericht van wijziging bezorgen.

De drie stappen van de procedure worden voorts als volgt omschreven:

“1. Fase 1 - Het toegangsrecht en kwalitatieve selectie (selectiefase): hierbij werd nagegaan of de Inschrijver niet aan één van de in de Selectieleidraad opgesomde uitsluitingsvoorwaarden beantwoordt en tevens voldoet aan de gestelde financiële, economische en technische selectievoorwaarden om te kunnen meedingen.

2. Fase 2 - Offertefase: hierbij worden de Offertes van de Kandidaten op basis van het in de Gunningsleidraad opgegeven gunningscriterium beoordeeld en voorlopig gerangschikt. De kandidaten wiens Offerte regelmatig wordt bevonden, kunnen worden uitgenodigd voor een aanvullende biedfase waarbij de kandidaten de mogelijkheid verkrijgen om tweede bod uit te brengen. De organisatie van deze biedronde wordt verder

beschreven onder punt 2.7.1.3. Dit leidt tot een definitieve rangschikking van de Offertes en aanduiding van de Voorkeursbieder.

3. Fase 3 - onderhandelingsfase: met de best gerangschikte Inschrijver wordt verder onderhandeld tot het afsluiten van de Concessie en waarbij in de Concessieovereenkomst bijzondere bepalingen worden opgenomen met betrekking tot het programma van eisen voor het Casino.”

De derde fase wordt nog verduidelijkt als volgt:

“2.7.1.4 FASE 3: ONDERHANDELINGSFASE

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

Met deze partner wordt de Concessieovereenkomst ondertekend onder opschortende voorwaarde van het afleveren door de Kansspelcommissie van een vergunning klasse A/A+ aan de Concessiehouder.

Tot de Gunning wordt over[ge]gaan bij het bereiken van een akkoord over het ontwerp van Concessieovereenkomst en na nazicht van de verklaringen vervat in het DVB in hoofde van de voorgenomen Inschrijver.

Indien geen akkoord wordt bereikt, behoudt de Concessieverlenende Overheid zich het recht voor om onderhandelingen aan te knopen met de eerstvolgende dan wel met alle overige Inschrijvers.”

Het enig gunningscriterium is het bedrag van de jaarlijkse concessievergoeding die verschuldigd is vanaf de aanvang van de concessie, dit is 1 juli 2022. De gunningsleidraad bepaalt in dit verband ook dat offertes die een jaarlijkse concessievergoeding aanbieden van minder dan 1.000.000 euro onontvankelijk zullen worden verklaard en van verdere beoordeling worden uitgesloten.

Deel 3 van de gunningsleidraad bevat de contractuele bepalingen die van toepassing zijn op de concessie en het voorwerp zullen uitmaken van de met de concessiehouder te ondertekenen concessieovereenkomst. Daarbij wordt tevens bepaald dat het bij de offerte te voegen ontwerp van concessieovereenkomst dient te beantwoorden aan deze contractuele voorwaarden.

Deel 5 van de gunningsleidraad, dat de technische bepalingen bevat, bepaalt onder meer het volgende aangaande de desiderata voor het programma van eisen:

“5.2 DESIDERATA PROGRAMMA VAN EISEN

5.2.1 voorwerp

Zoals in de inleiding vermeld zal de Concessiehouder het bouwteam dat belast is met de realisatie van het nieuwe Kursaal vervoegen en zal met de ontwikkelaar gesprekken worden aangegaan tot het integreren van het Casino. Dit nieuwe Kursaal zal conform de stedenbouwkundige voorwaarden getuigen van een architecturaal hoogstaand kwalitatief concept dat beeldversterkend werkt en waarin het Casino zal zijn ondergebracht.

Het is dan ook belangrijk dat de Inschrijver op een uitvoerige wijze beschrijft hoe hij de indeling van het Casino opvat, welke ruimtes en lokalen hij verwacht en hoe hij de integratie met de overige in het complex opgenomen functies voorziet, dit in de eerste plaats met het Verplicht Programma dat voorziet in een multifunctionele zaal van 1066 m² met toebehoren (sanitair, stockage), een maximale vloerplaat voor het Casino van 1200 m², dit mogelijks aangevuld met diverse horeca.

De Inschrijver dient een inhoudelijk en grafisch voorstel uit te werken waarin hij - binnen de hierna gestelde randvoorwaarden - vrijelijk de voor hem noodzakelijke ruimte (m²) bepaalt die hij nodig of wenselijk acht tot het exploiteren van het Casino, meer bepaald de benodigde ruimte voor de speelzalen en de complementaire activiteiten (restaurant, café, opslagruimten, ...).

Hij zal hierbij ook opgave doen van de voor zijn exploitatie te voorziene aantal ondergrondse parkeerplaatsen waarover hij wenst te beschikken. Deze parkeerplaatsen zullen dan ook contractueel en bij voorrang aan de Concessiehouder worden verhuurd.

De Gemeente zal tijdens de onderhandelingen met de Concessiehouder deze desiderata verder aflijnen met het oog op het opnemen van dit programma van eisen in de mededingingsprocedure tot het ontwerpen en bouwen van het Kursaal.

5.2.2 randvoorwaarden

5.2.2.1 RUIMTEBESLAG EN FOOTPRINT

Zoals opgegeven in de Aanvraag tot Deelname bedraagt de bruikbare oppervlakte ca 1500 m² vloeroppervlakte voor de totaliteit van de lokalen die deel uitmaken van de Kansspelinrichting. Daartoe wordt een vloerplaat van ca 1.000 m² voorzien. De hoogte wordt bepaald op 2 bouwlagen (maximum 4 m), zodat het maximaal in te nemen volume 8.000 m³ beslaat. Dit betekent dat de Inschrijver deze ruimte vrijelijk kan inrichten in functie van de door hem gewenste indeling van de lokalen en bijhorende accessoire ruimtes en desgevallend gebruik kan maken van mezzanines of vides tot het optimaal indelen van de lokalen.

In de overheidsopdracht tot het bouwen van het Kursaal zal de desideratanota van de Concessiehouder mee worden opgenomen en wordt

verder met de ontwikkelaar bekeken hoe deze gewenste ruimten maximaal kunnen worden geïntegreerd in het voorliggend architecturaal concept. Daartoe zal in de eerste fase van het ontwikkelingsdossier aan de Inschrijvers voor het bouwproject Kursaal gevraagd worden om rekening te houden met een niet ingevuld bouwvolume zoals hierboven aangegeven ($1200 \text{ m}^2 * 2$ bouwlagen (max. 4 m).

5.2.2.2 PROGRAMMA

De Kandidaat geeft binnen de hierboven opgegeven footprint en bouwvolume een duidelijke opgave van het door hem gewenste bouwprogramma met opgave van de benodigde bruto- en netto-oppervlakte dat minstens omvat:

- de voor het Casino benodigde oppervlakte en ruimtes (entree, lounges, vestiaire, restaurant/bar, keuken, speelzalen en –ruimtes, kassa, kluis, sanitair, backoffice, blackroom, ...);
- de benodigde opslagruimtes, technische lokalen, sanitair;
- de interne en externe circulatie en toegangen;
- in welke mate bepaalde of alle lokalen van het Casino ondergronds kunnen worden gebouwd;
- voor het bovengronds gedeelte, de oriëntatie van de door hem gewenste lokalen en functies;
- het aantal (ondergrondse) parkeerplaatsen dat hij wenst voor te behouden;
- welke specifieke technieken, installaties en/of vermogens hij nodig heeft (opgave en locatie);
- zijn visie tot interactie met de overige in het complex te voorziene functies (multifunctionele zaal, horeca, ...)

5.2.2.3 Voorwaarden van de terbeschikkingstelling

De lokalen van het Casino worden wind- en waterdicht ter beschikking gesteld van de Concessiehouder. De technieken die onsplitsbaar zijn en dienstig zijn voor alle functies (zoals o. m. ventilatie, verwarming, ...) vallen binnen het bouwbudget van het Kursaal.

De technieken die specifiek zijn voor de inrichting van het Casino en de inrichtingskosten (interieur - vast en los meubilair zoals bv. inrichting van speelzalen, restaurant, bar, lounge, technische ruimte; verlichting, inrichting keuken, rookafzuiging rokersruimte, audio en beeldmateriaal, koelcellen, liften, telematica, toegangscontrole, alarmen, brandmelding, ...) zijn volledig ten laste van de Concessiehouder die zelf instaat voor dit deel van de investeringen.

5.2.2.4 Verwachte output

Van de Inschrijver wordt verwacht dat hij een omstandige inhoudelijke nota maakt ter verantwoording van de door hem verlangde desiderata.

Daarbij voegt hij een volumeschets met maatvoering op een schaal van minstens 1/100 waarop de indeling van de door hem gewenste lokalen duidelijk wordt aangegeven. Hij houdt hierbij rekening dat de maximale vloerplaat van het te ontwikkelen Kursaal 2700 m^2 bedraagt en waarvan 1200 m^2 vloerplaat wordt voorbehouden tot het realiseren [van] het Casino (hoogte minimum 2 bouwlagen - max. hoogte = 4 m). Uit de nota en schets blijkt ook in welke mate en waar er lichtinval of zichtbaarheid wordt verlangd

Deze volumeschets omvat volgende grafische onderdelen (minimumschaal 1/100):

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

3.5. In het kader van de vragen en antwoorden bij de gunnings-leidraad geeft de verwerende partij nog de volgende verduidelijking wat de oppervlakte van de aan het casino ter beschikking gestelde lokalen van het Kursaal betreft:

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

Antwoord

In de aanvraag tot Deelneming werd inderdaad nog uitgegaan van een vloerplaat van ca 1000 m² over twee bouwlagen. Uit overige dossiers en ontwerpen bij analoge opdrachten werd vastgesteld dat omwille van perspectief en ruimtebeleving men ontwerpmatig nogal vaak gebruik maakt van mezzanines en vides. Er werd gemakkelijks halve in de Aanvraag tot Deelname uitgegaan dat de 2e bouwlaag maar voor 50 % zou worden gebruikt: vandaar $1000 + 500 = 1.500 \text{ m}^2$.

In de Gunningsleidraad (5.2.2.1 RUIMTEBESLAG EN FOOTPRINT) werd besloten om het maximum aantal m² op te trekken tot 1.200 m² vloerplaat en waarbij dan de maximum te bebouwen oppervlakte (2 bouwlagen) 2.400 m² bedraagt zodat de beschikbare ruimte (oppervlakte vermenigvuldigd met de bouwhoogte (4 m)) een maximumvolume van 9.600 m³ beslaat.

Dit is de maximale invulling voor het bepalen van de desiderata en waarbij de Inschrijver het volledig vrij staat om binnen dit volume de voor hem noodzakelijke ruimte over de twee bouwlagen in te delen (al dan niet met mezzanine of vides).

De Gunningsleidraad primeert op de Aanvraag tot Deelname zodat de Inschrijvers rekening houden met het bepaalde onder punt 5.2.2.1 RUIMTEBESLAG EN FOOTPRINT.”

In antwoord op vragen van inschrijvers met betrekking tot de in deel 3 van de gunningsleidraad opgenomen contractuele bepalingen geeft de verwerende partij nog de volgende verduidelijking:

“Het ontwerp van Concessieovereenkomst dient als leidraad van de onderhandelingen voor het afsluiten van de Concessieovereenkomst en moet minimum minimumum voldoen aan de bepalingen van het concessieKB.

Uiteraard kunnen geen toevoegingen gebeuren die strijdig zouden zijn met voornoemd KB noch met de essentiële bepalingen van de Gunningsleidraad. Immers, dit zou betekenen dat de Offerte een voorbehoud bevat waardoor deze Inschrijver meteen wordt uitgesloten.

Niet strijdige bepalingen kunnen worden opgenomen maar binden geenszins de Concessiegeefster.”

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

1. de nv G.P.: 1.500.000 euro;
2. de verzoekende partij: 1.487.500 euro; en
3. de eerste tussenkomende partij: 1.050.000 euro.

3.7. Op 4 februari 2020 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke om de offertes voorlopig te rangschikken en alle inschrijvers uit te nodigen tot de aanvullende biedfase waarbij de inschrijvers, na kennisname van het bedrag van het hoogste bod, de mogelijkheid verkrijgen om een hoger bod uit te brengen dat overeenkomstig de gunningsleidraad minstens 5% hoger moet zijn dan het hoogste bod dat op 31 januari 2020 werd ontvangen.

3.8. De drie inschrijvers dienen een BAFO met hoger bod in op 14 februari 2020.

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

1. de eerste tussenkomende partij: 2.500.000 euro;
2. de verzoekende partij: 2.022.000 euro; en
3. de nv G.P.: 1.718.000 euro.

De eerste tussenkomende partij wordt als definitief eerst gerangschikte inschrijver uitgenodigd tot het finaliseren van het ontwerp van concessieovereenkomst.

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

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

3.11. Op 25 november 2020 wordt de concessieovereenkomst goedgekeurd door de gemeenteraad.

Eveneens op 25 november 2020 gunt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke de concessie voor de exploitatie van de kansspelinrichting aan de eerste tussenkomende partij.

Dit is de bestreden beslissing.

De beslissing vermeldt onder meer als één van de kenmerken van de concessieovereenkomst dat de gemeente en de gekozen concessiehouder het recht hebben om de concessieovereenkomst eenzijdig te beëindigen indien het nieuwe casinogebouw niet op 1 juli 2028 in gebruik kan worden genomen.

Aangaande de financiële impact bevat de bestreden beslissing de volgende bepaling:

“-Vanaf 1 juli 2022 ontvangt de gemeente jaarlijks € 2.500.000,00 (vrijgesteld van btw) concessievergoeding.

- Voor zover mocht blijken dat het casinogebouw per 1 juli 2022 niet tijdig zou kunnen worden opgeleverd, wordt met ingang van deze datum tot op de dag dat nv [B.] de uitbating aanvat in het nieuwe casinogebouw door de gemeente een korting van 50 % toegekend op de concessievergoeding, te verrekenen pro rata het aantal maanden onbeschikbaarheid van het nieuwe casinogebouw [...].

De goedgekeurde concessieovereenkomst bepaalt hierover onder de punten 8 a) en b) het volgende:

“a) Indien de Concessiegeefster de lokalen voor het Casino op de Projectsite niet ter beschikking kan stellen van de Concessiehouder voor aanvang van de Concessieovereenkomst, zal Concessiegeefster Concessiehouder verzoeken om de exploitatie per 1 juli 2022 aan te vatten op de huidige locatie [...]

b) Ten gevolge van deze onbeschikbaarheid, wordt, tot op de dag dat Concessiehouder conform deze Concessieovereenkomst de uitbating aanvat in het nieuwe Casino op de Projectsite, een korting toegekend ten belope van 50 % van de in artikel 6 (b) bepaalde concessievergoeding te verrekenen pro rata het aantal maanden van onbeschikbaarheid van het nieuwe Casino volgend op 1 juli 2022. [...] Deze korting is niet van toepassing indien de uitbating in het nieuwe Casino op de Projectsite vertraagd wordt wegens laattijdigheid in de uitvoering van de inrichtingswerken door de Concessiehouder.”

Inzake het voorwerp ervan bepaalt de goedgekeurde concessieovereenkomst onder punt 2 a) onder meer het volgende:

“Deze concessieovereenkomst legt de afspraken vast onder dewelke Concessiegeefster aan Concessiehouder de exclusieve terbeschikkingstelling verleent van het Casino te Middelkerke zoals bedoeld in artikel 29, derde lid van de Kanospelwet zoals nader bepaald in het Concessiebesluit.

Onverminderd de toepassing van de wettelijke beperkingen voorzien in de Kanospelwet en haar uitvoeringsbesluiten, verbindt Concessiegeefster zich ertoe om binnen haar toekomende discretionaire bevoegdheden zich te zullen onthouden om aanvragen tot het bekomen van een door de kansspelcommissie te verlenen vergunning van een klasse A, B of F-kansspelinrichting in concurrentie met de Concessiehouder op haar grondgebied gunstig te adviseren.”

Luidens punt 4 (a) van de concessieovereenkomst worden de lokalen bestemd voor de exploitatie van de kansspelinrichting (Casino) nader omschreven in bijlage 2 en bijlage 9 gehecht aan deze overeenkomst.

3.12. Met een schrijven van 27 november 2020 en 4 december 2020 vraagt de verzoekende partij via haar raadsliden aan de gemeente Middelkerke om inzage te krijgen in stukken die verband houden met de gunningsbeslissing. Zij ontvangt niet al deze stukken.

IV. Vertrouwelijkheid van bepaalde stukken

Uiteenzetting van het standpunt van de partijen

4. In haar verzoekschrift vraagt de verzoekende partij om, voor zover de verwerende partij haar verzoek tot vertrouwelijke behandeling van de betrokken stukken zou handhaven in het kader van de onderhavige annulatieprocedure, om de vertrouwelijkheid van de stukken geheel op te heffen, minstens wat de bij de offerte van de gekozen inschrijver gevoegde desiderata-nota en ontwerp van concessieovereenkomst betreft. Zij betoogt daarbij in essentie dat de ingediende desiderata-nota en het ontwerp van concessieovereenkomst niet onder de vertrouwelijkheid van artikel 10 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: de wet van 17 juni 2013) kan vallen. Vermits de jaarlijkse concessievergoeding het enige gunningscriterium is, kan de openbaarmaking van de door de gekozen concessiehouder bij de offerte gevoegde desiderata-nota en het ontwerp van concessieovereenkomst niet nadelig zijn voor diens commerciële belangen, noch de eerlijke mededinging tussen partijen schaden.

5. In haar memorie van antwoord verzet de verwerende partij zich tegen het voormelde verzoek en vraagt zij om het selectiedossier van de drie kandidaten, de offertes van de inschrijvers, met inbegrip van de bij de offerte gevoegde desiderata-nota en het ontwerp van concessieovereenkomst, evenals de dading met betrekking tot de lopende casino-uitbating als vertrouwelijk te behandelen. Zij wijst er daarbij op dat de desiderata-nota wel degelijk commerciële gegevens bevat nu daarin tot in detail de wensen van de gekozen inschrijver met betrekking tot de inrichting en uitbating van een casinogebouw worden omschreven. Op basis hiervan kan de verzoekende partij inzicht verkrijgen in de werkwijze van de gekozen inschrijver, hetgeen een concurrentieel voordeel zou verschaffen aan de verzoekende partij. Een opheffing van de vertrouwelijkheid is volgens haar ook geenszins aan de orde net omdat het

enige gunningscriterium de prijs betreft. Bijkomend verwijst de verwerende partij ook naar de hevige concurrentiestrijd waarin de verzoekende partij en de gekozen inschrijver zijn verwickeld, hetgeen tot extra voorzichtigheid zou nopen wat de vrijgave van de betrokken gegevens betreft. Zij benadrukt voorts dat de vertrouwelijke behandeling niet verhindert dat de Raad van State integraal van de betrokken stukken kennis kan nemen en dat de verzoekende partij reeds beschikt over de concessie-overeenkomst zoals deze werd afgesloten tussen de verwerende partij en de gekozen inschrijver zodat inzage in het ontwerp van concessieovereenkomst zoals gevoegd bij de offerte zonder belang is.

6. Ook de tussenkomende partijen vragen in hun memorie om hun aanvraag tot deelneming en offertes, met inbegrip van de bijlagen, vertrouwelijk te behandelen. De vereiste “motieven” voor het verzoek om vertrouwelijke behandeling kunnen volgens hen worden teruggevonden in artikel 10, § 1, van de wet van 17 juni 2013 dat openbaarmaking van gegevens in bepaalde gevallen uitdrukkelijk verbiedt, en meer concreet in de noodzaak om hun commercieel voorstel vertrouwelijk te behandelen. De betrokken stukken bevatten volgens de tussenkomende partijen immers allerlei gevoelige commerciële en technische informatie, zodat de openbaarmaking ervan nadelig zou kunnen zijn voor hun rechtmatige commerciële belangen hetgeen de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen in de toekomst zou kunnen schaden.

7. In haar memorie van wederantwoord, handhaaft de verzoekende partij haar verzoek. De inhoud van de desiderata-nota betreft volgens haar een louter ruimtelijke indeling en geen gevoelige technische of commerciële informatie zodat kennisname daarvan de verzoekende partij geen concurrentieel voordeel kan verschaffen. Een vermeende “concurrentiestrijd” doet volgens haar niet ter zake bij de beoordeling van de vertrouwelijkheid van de stukken. Voorts valt het volgens haar op dat de verwerende partij over de andere stukken dan de desiderata-nota zelfs geen enkele argumentatie voert waarom deze stukken niet ter inzage zijn voor de verzoekende partij, te meer daar tijdens de schorsingsprocedure is gebleken dat bepaalde stukken vragen oproepen.

8. In haar laatste memorie volhardt de verzoekende partij in haar verzoek tot opheffing van de vertrouwelijkheid en benadrukt zij dat het gegeven dat zij een doeltreffend middel heeft kunnen formuleren niet belet dat zij, op basis van de betrokken informatie, haar middel anders zou hebben kunnen formuleren, dan wel bijkomende middelen zou hebben kunnen formuleren.

9. De verwerende partij doet in haar laatste memorie nog gelden dat de argumentatie van de verzoekende partij niet nader wordt geconcretiseerd, hetgeen niet voldoende is om over te gaan tot opheffing van een principiële vertrouwelijkheid van de offertes.

Beoordeling

10. Artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 luidt als volgt:

“De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moeten worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.”

Op grond van die bepaling dient de Raad van State, als de ter zake bevoegde verhaalinstantie, de maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om, enerzijds, de vertrouwelijkheid van bepaalde commerciële gegevens en zakengeheimen te waarborgen, en anderzijds, het recht van de partijen op een effectieve rechtsbescherming en op een eerlijk proces te waarborgen, in het bijzonder door te voorzien in een voldoende mate van tegenspraak.

Het lichten van de vertrouwelijkheid van een stuk dat vertrouwelijke informatie of zakengeheimen bevat, is slechts mogelijk indien zulks noodzakelijk is om het recht op een eerlijk proces te waarborgen. Wat meer in het bijzonder een daartoe strekkend verzoek uitgaande van een verzoekende partij betreft, betekent dit dat deze partij aannemelijk moet maken dat zij zonder kennisneming van het vertrouwelijk stuk niet over voldoende gegevens beschikt om haar middelen te formuleren. Het lichten van de vertrouwelijkheid van een stuk is daarentegen niet nodig als blijkt dat de verzoekende partij niet gehinderd is, bij het aanvoeren van haar middelen, door het feit dat het betrokken stuk vertrouwelijk is gebleven.

De vertrouwelijkheid van een stuk moet ook niet worden gelicht als blijkt dat de voor de vragende partij nuttige gegevens daarvan zijn overgenomen in andere, niet-vertrouwelijke stukken van het dossier.

11. In zoverre het verzoek tot openbaarmaking betrekking heeft op de integrale aanvragen tot deelneming, offertes en een dadingsovereenkomst, gaat het om stukken die bedrijfsgevoelige informatie bevatten. Dat geldt ook voor de desiderata-nota en het ontwerp van concessieovereenkomst die deel uitmaken van de offerte van de gekozen inschrijver. De argumentatie van de verzoekende partij dat de desiderata-nota louter de ruimtelijke indeling betreft en aldus geen vertrouwelijke informatie of zakengeheimen zou omvatten, kan in het licht van de omschrijving van het voorwerp van deze nota in punt 5.2.1. van de gunningsleidraad, zoals hiervoor weergegeven onder het feitenrelaas, niet worden bijgevallen. De vertrouwelijkheid van die informatie dient te worden beschermd. De Raad van State wijst erop dat de verzoekende partij haar aanvraag tot deelneming en offertes, met inbegrip van de voormelde desiderata-nota, evenmin toevoegt ter staving van haar verzoekschrift en de betrokken stukken zelf als vertrouwelijk blijkt te beschouwen.

Voorts maakt de verzoekende partij niet aannemelijk te zijn gehinderd bij het aanvoeren van haar middel tegen de bestreden gunnings-beslissing, door het feit dat de integrale aanvraag tot deelneming en

offertes van de gekozen inschrijver vertrouwelijk zijn gebleven, te meer daar zij in kennis blijkt te zijn gesteld van de goedgekeurde concessieovereenkomst tussen de verwerende partij en de gekozen inschrijver. Zij heeft in het enig middel kunnen aanvoeren dat uit de bestreden gunningsbeslissing en de gesloten concessieovereenkomst blijkt dat met de voorkeursbieder onderhandelingen werden gevoerd die veel verder gaan dan volgens de gunningsleidraad is toegelaten en dat de betrokken overeenkomst aanzienlijke wijzigingen bevat wat het voorwerp van de concessie, de minimum-eisen van de concessie en de gunningscriteria/jaarlijkse concessievergoeding betreft, wat zij afdoende heeft kunnen onderbouwen. Er blijkt ook niet hoe de niet-inzage van de aanvraag tot deelneming en van de offertes van de gekozen inschrijver te dezen een effectieve rechtsbescherming aan de verzoekende partij zou ontzeggen, noch hoe de niet-inzage afbreuk zou doen aan haar recht op een eerlijk proces.

Ook wordt in herinnering gebracht dat, indien de vertrouwelijkheid van bepaalde commerciële gegevens of zakengeheimen gehandhaafd blijft, de Raad van State in elk geval van de betrokken stukken kennis kan nemen en deze desgevallend in zijn beoordeling betreft. Hij kan aldus de juistheid nagaan van de veronderstellingen waarop de grieven van de verzoekende partij steunen, en verifiëren of de door de aanbestedende overheid gegeven redenen, ter verantwoording van de wettigheid van de bestreden beslissing, steun vinden in de vertrouwelijke stukken van het dossier.

De vraag tot het lichten van de vertrouwelijkheid wordt niet ingewilligd.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

12. Het enige middel is genomen uit een schending van de artikelen 24, eerste lid, en 46, § 6, van de wet van 17 juni 2016, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het beginsel van gelijke behandeling, het mededingingsbeginsel,

het transparantiebeginsel alsmede het “*patere legem*-beginsel” en wordt door de verzoekende partij in haar verzoekschrift als volgt samengevat:

“Artikel 24, 1e lid Concessiewet bepaalt dat de aanbesteders voor de plaatsing en uitvoering van concessies zorgen overeenkomstig de beginselen van niet-discriminatie en gelijke behandeling van de ondernemers en dat zij handelen op transparante en evenredige wijze. Krachtens het beginsel van gelijke behandeling dienen alle inschrijvers over dezelfde kansen te beschikken en aan dezelfde voorwaarden te worden onderworpen om hun offerte in te dienen. Het principe van de gelijke behandeling verzet er zich onder andere tegen dat tijdens de plaatsingsprocedure aanpassingen, aanvullingen of wijzigingen worden aangebracht die een van de inschrijvers bevoordelen, de andere inschrijvers discrimineren of die een vervalsing van de concurrentie teweegbrengen. Datzelfde principe wordt ook uitdrukkelijk bevestigd in de concessiedocumenten [...].

Het transparantiebeginsel brengt met zich mee dat dezelfde informatie aan alle inschrijvers ter beschikking wordt gesteld, vooraf maar ook wanneer zich achteraf wijzigingen voordoen.

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

De Gunningsleidraad beperkt de te voeren onderhandelingen met de voorkeursbieder verder uitdrukkelijk tot ‘een verdere uitdieping van de door de voorkeursbieder uitgebrachte desiderata en de verdere detaillering van het ontwerp van Concessieovereenkomst dat bij de Offerte moet worden gevoegd.’

In casu blijkt uit de gunningsbeslissing en uit de uiteindelijk bereikte concessieovereenkomst met [de gekozen inschrijver] dat de verwerende partij met de voorkeursbieder [...] onderhandelingen heeft gevoerd die veel verder gaan dan wat volgens de Gunningsleidraad mogelijks was, alsook dat de met [de gekozen inschrijver] te sluiten concessieovereenkomst aanzienlijke wijzigingen bevat wat betreft het voorwerp van de concessie, de minimumeisen van de concessie en gunningscriteria / jaarlijkse concessie-vergoeding. Meer bepaald:

- wordt aan de [de gekozen inschrijver] een belangrijke korting toegekend van 50 % op de jaarlijkse concessievergoeding zolang het nieuwe casinogebouw niet ter beschikking is en heeft de [gekozen inschrijver] het recht om de concessie ééenzijdig te beëindigen ingeval het nieuwe casinogebouw niet per 1 juli 2028 beschikbaar is [...],
- blijkt vervolgens dat de [gekozen inschrijver] bovendien een cascoruimte en lokalen ter beschikking krijgt met een totale netto-oppervlakte van 3086 m² i.p.v. de voorziene maximum 2400 m² [...]
- wordt, ten slotte, aan de [gekozen inschrijver] een volledige exclusiviteit inzake het organiseren van kansspelen op het grondgebied van de gemeente Middelkerke toegekend hetwelk niet voorzien is in de concessiedocumenten [...]

Daardoor heeft de verwerende partij duidelijk gehandeld in strijd met de door haar zelf vastgestelde bepalingen inzake het voorwerp/de inhoud van de onderhandelingen en het patere legem-beginsel geschonden, alsook het artikel 46, §6 Concessiewet.

Door aan de [gekozen inschrijver] toe te laten en met haar overeen te komen dat zij een belangrijke korting krijgt toegekend van 50 % op de concessievergoeding zolang het nieuwe casinogebouw niet ter beschikking is, zij de concessie éézijdig kan beëindigen ingeval het nieuwe casinogebouw niet per 1 juli 2028 beschikbaar is en dat zij bovendien een cascoruimte en lokalen ter beschikking krijgt met een totale netto-oppervlakte van 3.086 m² i.p.v. de voorziene maximum 2.400 m² (bovendien zonder bijkomende concessievergoeding) alsook een kansspelmonopolie krijgt aangeboden, schendt de verwerende partij bovendien ook artikel 24 Concessiewet, het gelijkheids- en transparantiebeginsel alsook het mededingingsbeginsel. Het principe van de gelijke behandeling (zowel in de Selectieleidraad als in Gunningsleidraad opgenomen) verzet er zich immers onder andere tegen dat tijdens de plaatsingsprocedure aanpassingen, aanvullingen of wijzigingen worden aangebracht die een van de inschrijvers bevoordelen, de andere inschrijvers discrimineren of die een vervalsing van de concurrentie teweegbrengen, zoals in casu is gebeurd. Ook het transparantiebeginsel is geschonden nu duidelijk is gebleken dat dezelfde informatie niet aan alle inschrijvers ter beschikking werd gesteld tijdens de plaatsingsprocedure. Op die manier is ook de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers onmiskenbaar geschonden.

De andere inschrijvers waaronder de verzoekende partij hebben hun offerte en BAFO opgemaakt zonder rekening te (kunnen) houden met het feit dat een (mogelijks aanzienlijke) korting of vermindering van de concessievergoeding zou worden toegekend in geval het nieuwe casinogebouw niet per 1 juli 2022 ter beschikking zal zijn, alsook deze opgemaakt op basis van en rekening houdende met een maximale vloeroppervlakte van de ter beschikking te stellen casco-ruimte/ lokalen van 2400 m², alsook deze opgemaakt zonder kennis van het feit dat in feite een kansspelmonopolie zou worden toegekend.

Aan de verzoekende partij (en de andere inschrijvers) werd nadien - na het doorvoeren van de aanzienlijke wijzigingen - ook niet de mogelijkheid of kans gegeven om te bepalen of, en zo ja welke korting of vermindering van de jaarlijkse concessievergoeding zij wenst te vragen voor het geval het nieuwe casinogebouw niet per 1 juli 2022 ter beschikking kan worden gesteld, noch welke jaarlijkse concessievergoeding zij zou aanbieden rekening houdende met een verhoging van de ter beschikking te stellen vloeroppervlakte naar 3.086 m² en het bezitten van een kansspelmonopolie op het grondgebied van de gemeente Middelkerke waardoor alle concurrentie op het vlak van het uitbaten van kansspelen op dat grondgebied de facto wordt uitgesloten.

Minstens, indien de verwerende partij in de onderhavige procedure zou voorhouden dat de concessiedocumenten voorzagen om een korting of vermindering van de jaarlijkse concessievergoeding te onderhandelen voor het geval het nieuwe casinogebouw niet per 1 juli 2022 ter beschikking kan

worden gesteld (aangezien de geboden concessievergoeding in dergelijke gecontesteerde lezing gelinkt zou zijn aan het nieuwe casinogebouw), en/of toelaten dat een hogere maximale vloeroppervlakte kan worden toegewezen aan de concessiehouder (aangezien in een dergelijke gecontesteerde lezing de werkelijke vloeroppervlakte afhangt van een afzonderlijk te voeren D&B-opdracht), en/of dat kan onderhandeld worden over een kansspelmonopolie op het grondgebied van de gemeente Middelkerke, dient te worden vastgesteld dat de concessiedocumenten strijden met artikel 55 van de Concessiewet en de artikelen 16 en 17 van het concessie-KB, alsook met het transparantie-beginsel en het beginsel van gelijke behandeling.

De verwerende partij heeft aldus de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen geschonden.”

In de toelichting bij haar middel doet de verzoekende partij in de eerste plaats gelden dat de verwerende partij zich bij de onderhandelingen met de voorkeursbieder niet heeft gehouden aan de regels die zij zichzelf heeft opgelegd in haar gunningsleidraad. Ook blijkt dat de verwerende partij bij de onderhandelingen gehandeld heeft in strijd met artikel 46, § 6, van de wet van 17 juni 2016 overeenkomstig welke bepaling het voorwerp, de minimumeisen en de gunningscriteria niet mogen worden gewijzigd in de loop van de onderhandelingen.

Het toekennen van een dergelijke aanzienlijke korting op de geboden concessievergoeding en van een eenzijdig beëindigingsrecht ingeval van niet-terbeschikkingstelling van het nieuwe casinogebouw per 1 juli 2028, gaat veel verder dan wat volgens de gunningsleidraad onderhandeld kan worden in de onderhandelingsfase met de voorkeursbieder en betreft geenszins een loutere “verdere detaillering van het ontwerp van concessieovereenkomst”. Het toekennen van de korting komt volgens de verzoekende partij ook neer op een onderhandeling over de geboden concessievergoeding en dus het enige gunningscriterium prijs. In zoverre een korting van 50 % wat de tijdelijke locatie betreft wordt aangenomen, mag volgens de verzoekende partij niet worden voorbij gegaan aan het gegeven dat de uitbating van een casino, naast de offline of fysieke component (namelijk de speelzaal van het casino), ook een virtuele component omvat, namelijk het aanbieden van de casino-kansspelen via informatiemaatschappij-instrumenten. De mogelijkheid om van een korting te

genieten houdt volgens haar niet alleen een afwijking in van de gunningsleidraad maar ook een wijziging van het gunningscriterium prijs, minstens van de minimumeisen in de gunningsleidraad. De verzoekende partij wijst erop dat in het concessiedocument ‘Vragen en antwoorden - reeks 1’ gesteld werd dat deze contractuele bepalingen essentiële bepalingen en dus minimumeisen zijn.

Wat de toegekende korting betreft, doet de verzoekende partij in ondergeschikte orde nog gelden dat, voor zover het gunningscriterium door de Raad van State zou worden gelezen in de zin dat de geboden concessievergoeding onlosmakelijk gekoppeld is aan de uitbating van enkel het nieuwe casinogebouw, de gunningsleidraad zelf in strijd is met artikel 55 van de wet van 17 juni 2016, de artikelen 16 en 17 van het koninklijk besluit van 25 juni 2017, alsook met het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling. In die lezing houdt het enige gunningscriterium volgens de verzoekende partij immers onvoldoende verband met het voorwerp van de concessie, hetwelk dan immers niet enkel zou bestaan uit het nieuwe casinogebouw maar tevens, en minstens voor een tijd, ook uit een tijdelijke locatie. Ook dient volgens de verzoekende partij alsdan aangenomen te worden dat artikel 2.4.2. van de gunningsleidraad onduidelijk is nu deze bepaling wat de overgangsfase betreft, beperkt is tot slechts één zin waarin niets meer wordt gezegd dan een mogelijkheid tot onderhandeling. Ten slotte betreft de geboden concessievergoeding in die lezing volgens de verzoekende partij geen objectief gunningscriterium nu niet blijkt dat de in de BAFO opgegeven bedragen alsdan objectief vergelijkbaar zijn.

Met betrekking tot de in concessie te geven ruimtes zet de verzoekende partij uiteen dat de totale netto-oppervlakte van de lokalen voor de casino-uitbating samen volgens bijlage 2 bij de concessieovereenkomst in totaal 3086 m² bedraagt, zijnde een verhoging met maar liefst 28,6 % ten opzichte van de maximale oppervlakte van 2.400 m² die is vermeld in de aan de inschrijvers ter beschikking gestelde concessiedocumenten. Dergelijke wijziging van de hoegrootheid van de ter beschikking gestelde vloeroppervlakte kan volgens de verzoekende partij niet worden beschouwd als een door de gunningsleidraad toegestane “verdere uitdieping van de door de voorkeursbieder uitgebrachte

desiderata”. De ruimtelijke afbakening en de hoegrootheid/omvang van de ter beschikking gestelde cascoruimte/oppervlakte in m² voor het exploiteren van het casino/de speelzalen en de complementaire activiteiten behoren volgens haar tot het voorwerp zelf van de concessie. Minstens betreft deze in de concessie-documenten vooropgestelde maximale vloeroppervlakte van 2400 m² een minimumeis van de concessie. Het gaat immers om een in de gunningsleidraad zelf vooropgestelde grens of randvoorwaarde waarbinnen de inschrijvers hun desiderata met betrekking tot de indeling en grootte van ruimtes en lokalen konden opgeven. Het is daarbij volgens de verzoekende partij uiteraard zo dat de hoegrootheid van de ter beschikking gestelde cascoruimte/oppervlakte in m² rechtstreeks in verhouding staat tot de hoegrootheid van de aan te bieden jaarlijkse concessievergoeding, en de hoogte daarvan bepaalt. Door tijdens de finale onderhandelingen de maximale vloeroppervlakte aanzienlijk te verhogen, heeft de verwerende partij aldus ook het voorwerp en de minimumeisen van de concessie gewijzigd in strijd met voormeld artikel 46, § 6, van de wet van 17 juni 2016. Van belang is of het voorwerp van de concessie, de minimumeisen en/of de gunningscriteria worden gewijzigd in de loop, oftewel tijdens de duur, van die onderhandelingen, niet of ze rechtstreeks het resultaat zijn van de onderhandelingen zelf. De *ratio legis* van deze bepaling ligt in de bescherming van de gelijkheid en de noodzaak aan transparantie. Wat ook de onderliggende oorzaak of reden van de betrokken wijzigingen moge zijn, moet de andere inschrijvers een gelijke kans worden geboden om rekening houdend met deze wijzigingen een aanbod te doen.

Met betrekking tot de aan de gekozen inschrijver toegekende exclusiviteit inzake het organiseren van kansspelen op het grondgebied van de gemeente Middelkerke blijkt de verwerende partij zich bij de onderhandelingen met de gekozen inschrijver ook te hebben verbonden tot het verlenen van een veel verregaandere exclusiviteit dan het geval is in de concessiedocumenten waarin nergens sprake is van een zich onthouden om aanvragen tot vergunningen voor andere kansspelinrichtingen gunstig te adviseren. Zonder een convenant met de gemeente (aldus gesteund op een gunstig advies) kan de vergunning voor de uitbating van kansspelinrichtingen B of F (die een concurrentie vormen voor de

kansspelinrichting A of casino) door de Kansspelcommissie immers niet worden toegekend. *De facto* betekent dit volgens de verzoekende partij dat geen enkele andere kansspelinrichting op het grondgebied van Middelkerke zal worden uitgebaat, en dat de casino-uitbating door deze exclusiviteit ook meer omzet kan realiseren.

In de tweede plaats betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij door de toegestane korting, de eenzijdige beëindigings-mogelijkheid, de verhoging van de ter beschikking te stellen (vloer)oppervlakte en de exclusiviteitsclausule ook artikel 24 van de wet van 17 juni 2016, het gelijkheids- en transparantiebeginsel alsook het mededingingsbeginsel heeft geschonden. Het gelijkheids- en transparantiebeginsel verzet er zich onder meer tegen dat tijdens de plaatsingsprocedure, en dus ook tijdens de onderhandelingen na het uitbrengen van een BAFO, aanpassingen, aanvullingen of wijzigingen worden aangebracht die een van de inschrijvers bevoordelen, de andere inschrijvers discrimineren of die een vervalsing van de concurrentie teweegbrengen.

Zowel de toegekende substantiële korting als de aanzienlijke verhoging van de ter beschikking gestelde vloeroppervlakte houden volgens de verzoekende partij in dat aan de gekozen inschrijver substantieel (financiële) voordelen worden toegekend, die niet vermeld worden in de concessiedocumenten dan wel daar regelrecht in strijd mee zijn. De andere inschrijvers waaronder de verzoekende partij hebben hun offerte en BAFO immers opgemaakt zonder hiermee rekening te (kunnen) houden. Evenmin werd aan de verzoekende partij en de andere inschrijvers, na het doorvoeren van de aanzienlijke wijzigingen, de mogelijkheid gegeven om te bepalen of, en zo ja welke korting of vermindering van de jaarlijkse concessievergoeding zij wensten te vragen voor het geval het nieuwe casinogebouw niet per 1 juli 2022 ter beschikking kan worden gesteld, noch welke jaarlijkse concessievergoeding zij zou aanbieden rekening houdende met een verhoging van de ter beschikking te stellen vloeroppervlakte naar 3.086 m².

Wetende dat de door de verzoekende partij in haar BAFO aangeboden jaarlijkse concessievergoeding minder dan 25% lager ligt dan de door de gekozen inschrijver aangeboden concessievergoeding, blijkt volgens de verzoekende partij meteen dat de verhoging van de ter beschikking gestelde oppervlakte met zelfs 28,6% zeker de rangschikking zal, minstens kan, doen wijzigen. Voorts was het voor elke inschrijver zeker gekend dat het nieuwe casinogebouw per 1 juli 2022, dus bij de aanvang van de nieuwe concessie, niet ter beschikking zou kunnen zijn en dat de casino-exploitatie dus zeker tijdelijk op de locatie in het Sporthotel Gryson zou moeten worden uitgebaat. De overheidsopdracht voor de D&B-opdracht van het nieuwe casinogebouw is immers pas in september 2020 gegund. Voor de gekozen inschrijver impliceert zulks dat hem door de verwerende partij een substantiële korting wordt toegekend, waartoe nergens in de concessiedocumenten is voorzien. De andere inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, hebben bij het bepalen van hun concessievergoeding uiteraard geen rekening gehouden of kunnen houden met de mogelijkheid dat tijdens de finale onderhandelingen als voorkeursbieder nog zo belangrijke kortingen zouden kunnen worden verkregen, en hebben het risico, dat tijdelijk de casinoconcessie zou moeten worden uitgebaat op de tijdelijk locatie van het Sporthotel Gryson, aldus reeds ingecalculeerd.

Ook het toekennen van een kansspelmonopolie op het grondgebied van de gemeente Middelkerke waardoor alle concurrentie op het vlak van het uitbaten van kansspelen op dat grondgebied *de facto* wordt uitgesloten, betreft volgens de verzoekende partij een substantieel (financieel) voordeel, dat niet vermeld is in de concessiedocumenten en mede bepalend is voor de te bieden concessievergoeding. Ook wat dit betreft wordt aldus het gelijkheids- en transparantiebeginsel geschonden, aangezien noch de verzoekende partij, noch de andere inschrijvers, rekening konden houden met een dergelijk *de facto* kansspelmonopolie bij het uitbrengen van hun bod en hen evenmin de kans werd gegeven om – na het doorvoeren van deze wijziging – de geboden jaarlijkse concessievergoeding aan te passen rekening houdend met het bezitten van dergelijk kansspelmonopolie op het grondgebied van de gemeente Middelkerke.

Zij benadrukt voorts dat een onderhandelingsprocedure niet mag leiden tot een wezenlijke wijziging van de opdracht. Wat geldt tijdens de uitvoering van de opdracht, geldt volgens haar in elk geval tijdens de plaatsingsprocedure zelf. Het ter beschikking stellen van een totale netto-oppervlakte voor alle lokalen voor de casino-uitbating die 28,6 % hoger ligt dan degene zoals bepaald in de concessiedocumenten, des te meer in combinatie met een korting van 50 % op de te betalen concessievergoeding voor een ongekende looptijd, een (in de concessiedocumenten verboden) eenzijdig beëindigingsrecht en het toekennen van een kansspelmonopolie op het grondgebied van de verwerende partij, maakt onmiskenbaar een dergelijke wezenlijke wijziging uit en kan niet worden afgedaan als een “licht verschil”.

13. In de memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij wat de aangeboden korting betreft bijkomend op dat de door de verwerende partij in haar memorie van antwoord opgeworpen verschillen tussen de huidige en toekomstige locatie niet pertinent zijn. Evenmin is het volgens haar relevant dat de verwerende partij verwijst naar het verschil tussen de concessievergoeding die de huidige uitbater betaalt voor de huidige locatie en de concessievergoeding die de gekozen inschrijver zal betalen tijdens de uitbating in de tijdelijke locatie. Die verwijzing door de verwerende partij is niet alleen niet pertinent maar bewijst bovendien dat het gegeven dat andere inschrijvers de mogelijkheid tot een uitbating op een tijdelijke locatie hebben ingecalculeerd in hun bod een belangrijk verschil kan geven in het geboden bedrag van de jaarlijkse concessievergoeding. Ook het gegeven dat in september 2020 de overheidsopdracht inzake het ontwerp en bouw van het nieuwe casinogebouw werd gegund en er pas dan een reële inschatting kon worden gemaakt van de tijd die nodig zou zijn om het casinogebouw definitief op te leveren, kan volgens de verzoekende partij geen rechtvaardiging zijn van de toegekende korting. Evenmin kunnen de tussenkommende partijen volgens haar in het licht van de bepalingen van de gunningsleidraad en de vragen en antwoorden worden bijgevallen waar zij stellen dat het ontwerp van concessieovereenkomst louter dient “als leidraad van de onderhandelingen”. Voorts merkt de verzoekende partij op dat nergens in de concessiedocumenten wordt verduidelijkt, maar integendeel zelfs door de diverse

bepalingen uitdrukkelijk wordt tegengesproken, dat de overgangsperiode in feite buiten het eigenlijke voorwerp van de opdracht viel.

Met betrekking tot de in concessie te geven ruimtes merkt de verzoekende partij bijkomend op dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord niet lijkt te betwisten dat de maximale oppervlakte(grenzen) van de in concessie gegeven ruimten minimumeisen van de concessieopdracht betreffen. De tussenkommende partijen kunnen volgens haar niet worden bijgevalen waar zij menen dat de vloeroppervlakte die aan de concessiehouder ter beschikking zal worden gesteld wel degelijk nog mocht wijzigen ingevolge het uiteindelijke weerhouden ontwerp van het nieuwe casinogebouw, dit door aan de desiderata-nota een beperkt belang te hechten. Volgens de verzoekende partij miskennen de tussenkommende partijen in die lezing de uitdrukkelijke bepalingen van de concessiedocumenten en zou de geboden concessievergoeding bovendien volledig losgekoppeld worden van de grootte van het uit te baten casino.

Voorts blijkt de verwerende partij zich volgens de verzoekende partij in haar memorie van antwoord in alle mogelijke bochten te wringen om te trachten de gewijzigde oppervlakte ten onrechte te ontkennen of (de gevolgen ervan) te minimaliseren, doch zulks op basis van onjuiste of niet-pertinente gegevens. In de gunningsleidraad wordt een oppervlakte van 2400m² en geen 2700m² vermeld als oppervlakte voor de kansspelinrichting. Het gaat volgens de verzoekende partij ook niet op om technische ruimten, ruimten voor sanitair en keukenruimtes in mindering te brengen, aangezien die ruimten wel degelijk deel uitmaken van de in concessie gegeven ruimten behorend tot het casino. Het is volgens haar ook onduidelijk wat de verwerende partij beoogt te verantwoorden door te stellen dat de ruimtes nog niet definitief zijn toegewezen aan de gekozen inschrijver. De argumentatie van de verwerende partij bevestigt volgens de verzoekende partij eens te meer dat de verwerende partij de maximumoppervlakte in de concessieovereenkomst heeft geherkwalificeerd tot een minimum-oppervlakte. De argumentatie van de verwerende partij is volgens haar voorts tegenstrijdig waar zij enerzijds argumenteert dat een kleinere locatie een korting op de concessievergoeding verantwoordt, doch anderzijds betoogt dat een

grotere oppervlakte niet meer inkomsten zal genereren. De verzoekende partij betwist voorts dat zij bijkomende ruimte zou hebben gevraagd in haar desiderata-nota. Dat het zou gaan om een beperkte afwijking in relatie tot het gehele gebouw, doet volgens de verzoekende partij niet ter zake. Ook de verwijzing door de verwerende partij naar het architecturaal concept als verklaring voor de grotere oppervlakte is niet ter zake doend.

Wat de exclusiviteit betreft die tijdens de onderhandelingen aan de gekozen inschrijver werd verleend, merkt de verzoekende partij op dat de uitleg van de verwerende partij en de tussenkomenende partijen met betrekking tot de desbetreffende clause in de concessieovereenkomst geenszins strookt met de eigenlijke bewoordingen van de clause. In die clause wordt niet gesproken over een beperking tot inrichtingen die zich “casino” zouden noemen, noch zijn andere dergelijke restricties bepaald. De clause bevat een algemene verbintenis tot het zich onthouden van gunstig advies bij aanvragen voor alle vergunningen klassen A, B of F. Dat deze laatste hoe dan ook “in concurrentie” zouden zijn met het casino te Middelkerke is volgens de verzoekende partij evident. Het betreft een nieuwe verbintenis van de verwerende partij die aan de gekozen inschrijver een substantieel (financieel) voordeel geeft dat niet vermeld is in de concessie-documenten en dat medebepalend is voor de te bieden concessievergoeding. De betwiste clause betreft dan ook een veel verdergaande verbintenis dan een loutere ‘uitdieping’ van de desiderata of een ‘detaillering’ van het ontwerp van concessieovereenkomst.

Zij doet voorts gelden dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord een fictief onderscheid lijkt te maken tussen de diverse sub-fasen van de procedure om op die manier te trachten onderuit te komen aan de toepassing van de ingeroepen bepalingen. De verzoekende partij benadrukt dat haar middel gesteund is op de inhoud van de gevoerde onderhandelingen (onderdeel van de gunningsfase) die zijn gevoerd met de best gerangschikte inschrijver of voorkeursbieder en waarbij verder is gegaan dan wat volgens de gunningsleidraad mogelijk was. Daarnaast wordt aangevoerd dat, mochten dergelijke onder-handelingen toch zijn voorzien of zijn toegelaten door de

concessiedocumenten, minstens dient te worden vastgesteld dat de concessiedocumenten onduidelijk waren. De verwerende partij vernauwt ten onrechte de wettigheidskritiek tot een vermeende kritiek op de concessieovereenkomst en de vraag of bij de finale onderhandelingen over die overeenkomst artikel 46, § 6, van de wet van 17 juni 2016 is geschonden.

Bovendien lijken de verwerende partij en de tussenkomende partijen ervan uit te gaan dat de voormelde bepalingen inzake gelijke behandeling hoe dan ook niet van toepassing kunnen zijn, aangezien elke inschrijver op basis van dezelfde informatie en dezelfde documenten een financieel bod heeft uitgebracht. Zij zien daarbij echter over het hoofd dat de gelijkheid tussen de inschrijvers weldegelijk nog kan worden geschonden door in finale onderhandelingen nog (*in casu* aanzienlijke) wijzigingen aan te brengen zonder de andere inschrijvers de kans te geven ook daarvoor een bod te doen.

14. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij, wat de aangeboden korting en het eenzijdig recht op beëindiging betreft, nog op dat het voorwerp van de onderhandelingen door de verwerende partij uitdrukkelijk beperkt werd in de gunningsleidraad waar gesteld wordt dat de “onderhandelingsfase [...] een verdere uitdieping [betreft] van de door de voorkeursbieder uitgebracht[e] desiderata en de verdere detaillering van het ontwerp van Concessieovereenkomst dat bij de Offerte moet worden gevoegd”. De concessiedocumenten voorzien nergens in enig verschil in de te bieden en/of te betalen concessievergoeding voor de tijdelijke versus de definitieve locatie en bevestigen, integendeel, dat de concessievergoeding vanaf het eerste jaar en integraal verschuldigd was. Volgens de verzoekende partij wordt ook ten onrechte voorbij gegaan aan het feit dat de uitbating van een casino niet enkel een fysieke, doch ook een online component kent. Zij betwist voorts nogmaals dat zij in haar eigen offerte zou hebben aangestuurd op een korting van de concessievergoeding tijdens de uitbating op de tijdelijke locatie. Het komt voorts niet aan de verzoekende partij toe om uiteen te zetten waarom de bedongen korting de perken van de redelijkheid zou overstijgen.

Wat de lokalen in het Kursaal die in concessie zullen worden gegeven betreft, stelt zij vast dat in het auditorsverslag wordt bevestigd dat de oppervlakte van het casino, en bijgevolg de voorwaarden van de concessie, significant zijn gewijzigd en dat de voorliggende procedure en de D&B-opdracht voor de bouw van een nieuw casinogebouw inherent met elkaar verweven zijn. Het auditorsverslag kan volgens haar echter niet worden bijgetreden waar het stelt dat geen schending voorligt van artikel 46, § 6, van de wet van 17 juni 2016 nu de (erkende significante) toename in oppervlakte niet “het resultaat” zou zijn van de gevoerde onderhandelingen. Dergelijke lezing verengt volgens de verzoekende partij de draagwijdte van de voormelde bepaling van de wet van 17 juni 2016 op een wijze die met de bewoordingen van dit artikel niet verenigbaar is.

De verwerende partij kan niet zomaar stellen dat de grotere oppervlakte van 28,6 % nu eenmaal de uitkomst is van de afzonderlijke gevoerde ontwerp- en bouwopdracht. Beide procedures zijn inherent met elkaar verweven zodat de verwerende partij er in de laatstgenoemde procedure diende op toe te zien dat het voorwerp van de concessie, de minimumeisen en gunningscriteria niet zouden worden gewijzigd. Wanneer de verwerende partij zou vaststellen, zoals dat *in casu* het geval is, dat zich toch een dergelijke essentiële wijziging had voorgedaan, dan dienden alle inschrijvers op basis van het beginsel van de gelijke behandeling in onderhavige procedure opnieuw te worden uitgenodigd tot het uitbrengen van een bod.

In repliek op de vaststelling in het auditorsverslag dat zij zou hebben nagelaten om aannemelijk te maken dat, als de gewijzigde voorwaarden initieel in de gunningsleidraad waren opgenomen, dit andere inschrijvers zou hebben aangetrokken, minstens de bestaande rangschikking wezenlijk zou hebben beïnvloed, stelt de verzoekende partij dat zij consistent gedurende de gehele procedure heeft voorgehouden dat een grotere vloeroppervlakte van het casino een grotere kans genereert op bijkomende inkomsten, en dat dit met andere woorden dus ook rechtvaardigt dat een hogere concessievergoeding wordt geboden. Waar voor haar met zekerheid vaststaat dat zij een hogere

concessievergoeding zou hebben geboden, blijkt uit de eigen stellingen van de tussenkomende partijen, dat dit niet geldt voor hen. Volgens de tussenkomende partijen zal een grotere oppervlakte van het casino te Middelkerke geen (minstens geen substantiële) extra inkomsten opleveren nu het in de eerste plaats de inrichtingskost zal vergroten. Aldus staat vast, minstens is aannemelijk dat de grotere oppervlakte van het casino de bestaande rangschikking wezenlijk zou hebben kunnen beïnvloeden. Daarbij gaat de verzoekende partij ook uit van een zeer beperkt verschil in geboden concessievergoeding tussen de partijen tegenover de substantiële stijging van de vloeroppervlakte met 28,6%.

Evenmin kan volgens haar worden aangenomen dat er geen schending zou zijn van het gelijkheids- en transparantiebeginsel omdat de offertes werden ingediend op basis van dezelfde informatie. Zij merkt op dat alleen aan de gekozen inschrijver het substantieel voordeel van de vergrote oppervlakte werd toegekend. De verwerende partij had ook de andere inschrijvers moeten vragen met deze nieuwe oppervlakte rekening te houden bij het uitbrengen van een nieuw bod, hetgeen de biedingen fundamenteel zou hebben veranderd en de verzoekende partij zou hebben toegelaten minstens een bod te doen vergelijkbaar met dat van de gekozen inschrijver nu de oppervlakte van een casino, althans voor de verzoekende partij, een van de voornaamste parameters is voor het bepalen van de te bieden concessievergoeding. Het gegeven dat de tussenkomende partijen als voorkeursbieder waren gerangschikt, en de verzoekende partij niet, is in die zin geen pertinent verschil dat een verschil in behandeling rechtvaardigt.

Wat de exclusiviteitsclausule betreft, merkt de verzoekende partij in haar laatste memorie nog op dat wat relevant is, niet is of de verzoekende partij ten tijde van het indienen van de offerte over minder informatie beschikte, maar wel of tijdens de onderhandelingen aanpassingen zijn gedaan die niet waren voorzien. Deze nieuwe verbintenis geeft aan de nv B. een substantieel (financieel) voordeel, dat niet vermeld is in de concessiedocumenten en mede bepalend is voor de te bieden concessievergoeding. De concessieverlenende overheid moet dergelijke belangrijke exclusiviteitsverbintenissen wel degelijk

voorzien in de concessiedocumenten. Deze substantieel voordelige impact blijkt volgens haar ook zeer goed uit de interpretatie die de verwerende partij en de tussenkomenende partijen in hun memories trachten te geven aan de clause, dit tegen haar uitdrukkelijke bewoordingen in. Indien die clause immers geen verregaande impact zou hebben, valt niet in te zien waarom de verwerende partij en de tussenkomenende partijen de draagwijdte ervan sterk trachten te beperken op een wijze die niet in die clause is voorzien.

Beoordeling

Vooraf

15. Daargelaten de vraag of de voorliggende concessie kwalificeert als een domeinconcessie dan wel als een concessie voor diensten, wordt vastgesteld dat de verwerende partij te dezen vrijwillig toepassing heeft gemaakt van de wet van 17 juni 2016 en het koninklijk besluit van 25 juni 2017 en dat de toepasselijkheid van de in het middel aangehaalde bepalingen van de voormelde wet en het voormelde besluit niet wordt betwist zodat het middel vanuit dat oogpunt wordt onderzocht.

16. Artikel 24, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 bepaalt dat de aanbesteders voor de plaatsing en uitvoering van concessies zorgen overeenkomstig de beginselen van niet-discriminatie en gelijke behandeling van de ondernemers en dat zij handelen op transparante en evenredige wijze.

Het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers veronderstelt dat de gunningsprocedure op transparante wijze wordt gevoerd en dat openbaarheid de regel is. De inschrijvers moeten van de concessieverlenende overheid een gelijke kans krijgen om de concessie in de wacht te slepen, wat inhoudt dat zij zich zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de concessieverlenende overheid in een gelijke positie moeten bevinden. De gelijkheid die aan de gunning van concessies ten grondslag ligt, veronderstelt voorts dat degenen die voor gunning van de

concessie in aanmerking willen komen van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de concessieverlenende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offertes.

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

Het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* verplicht het bestuur de algemene regels die het zelf heeft vastgesteld te eerbiedigen bij de concrete toepassing ervan. Daaruit vloeit voort dat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes gebonden is door de regels die hieromtrent in de concessiedocumenten zijn vastgesteld.

Inzake de onderhandelingsfase bepaalt de gunningsleidraad dat het een verdere uitdieping betreft van de door de voorkeursbieder uitgebrachte desiderata en de verdere detaillering van het ontwerp van concessieovereenkomst dat bij de offerte moet worden gevoegd.

17. Volgens de verzoekende partij zouden de verwerende partij en de eerste tussenkomen partij in de finale concessieovereenkomst afwijkingen van de gunningsleidraad zijn overeengekomen, die veel verder gaan dan toegestaan volgens de gunningsleidraad en al naargelang het geval neerkomen op verboden wijzigingen van het voorwerp van de concessie, minimumeisen of gunnings-criteria. Bovendien zou ook een schending voorliggen van artikel 24 van de wet van 17 juni 2016, alsmede het gelijkheids-, transparantie- en mededingingsbeginsel nu de andere inschrijvers bij de indiening van hun BAFO geen rekening konden houden met de voormelde afwijkingen en hen ook nadien niet de mogelijkheid werd geboden om in het licht van de voormelde wijzigingen een nieuw bod te doen.

Betreffende de korting en het eenzijdig recht op beëindiging in hoofde van de concessienemer

18. In het tussenarrest nr. 249.482 van 14 januari 2021 dat over de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid is gewezen, heeft de Raad van State over deze grief voorlopig als volgt geoordeeld:

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

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

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

Punt 2.3 ‘Voorwerp van de opdracht van de gunningsleidraad’ bepaalt:

‘Deze Mededingingsprocedure heeft tot doel het afsluiten met de Concessiegeefster van een Concessieovereenkomst, zoals bedoeld in artikel 29, derde lid van de Kansspelwet, voor de exploitatie van een Casino van de klasse I (vergunning klasse A/A+) te Middelkerke.

Er werden vier Kandidaten geselecteerd aan wie de Gunning leidraad wordt overgemaakt met het oog op het indienen van de Offerte.

De gekozen Concessiehouder zal een Casino van de klasse I te Middelkerke met ingang van 1 juli 2022 dienen te exploiteren in de aan hem toegewezen lokalen in het Kursaal en moet daartoe over een Concessieovereenkomst afgesloten met de gemeente Middelkerke kunnen beschikken.

Benevens deze overeenkomst is hiervoor een vergunning van klasse A/A+ vereist, te verlenen door de Belgische Kansspelcommissie. De Voorkeursbieder zal dan ook worden uitgenodigd om meteen na het sluiten van de Concessieovereenkomst deze vergunningsaanvraag te richten aan de Kansspelcommissie.

2.3.2 ruimtelijke afbakening

Het oude casinogebouw gelegen tussen het Epernayplein en de Zeedijk te Middelkerke werd afgebroken. Op deze plaats zal het nieuw Kursaal worden gebouwd dat tegen eind juni 2022 dient te zijn opgeleverd.

Met betrekking tot de Opdracht en de daartoe ter beschikking gestelde lokalen voor het Casino wordt hierna de term ‘Casino’ gebruikt, dit ter onderscheiding van het nieuw te bouwen Casinogebouw, waarvoor hierna de term Kursaal wordt gebruikt en ter onderscheiding van de Casinosite die het gebied omvat dat zal worden aangepakt, bestaande uit de Parking, het Epernayplein, het Casino en het Kursaal (Eventhall & Hotel & overige functies), de zeewering en mogelijks ook een deel van het strand.

De term Casino slaat zowel op de exploitatie als de op de daartoe bestemde lokalen die in het Kursaal worden ondergebracht.’

Punt 2.4.2 ‘overgangsfase’ van de gunningsleidraad bepaalt:

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

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

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

De bepalingen van de gunningsleidraad dat ‘[h]et enig criterium [...] het bedrag [is] van de jaarlijkse Concessievergoeding die verschuldigd is bij aanvang van de Concessie, m.a.w. per 1 juli 2022 (punt 2.8)’ en dat ‘[d]e Concessiehouder [...] geen voortijdig einde [kan] maken aan de overeenkomst’ (punt 3.7.4) lijken in essentie gekoppeld aan een uitbating binnen het nieuw te bouwen Kursaal, doch komen op het eerste gezicht niet voor als randvoorwaarden voor de onderhandelingen over een uitbating op de huidige tijdelijke locatie.

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

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

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

19. De verzoekende partij brengt geen argumenten aan die ertoe nopen om thans anders te oordelen.

Zoals blijkt uit de bepalingen van de gunningsleidraad valt de aanvangsdatum van de concessie samen met de beoogde datum van oplevering van het nieuwe Kursaal. Uit een samenlezing van de omschrijving van het voorwerp van de opdracht en de voormelde overgangsbepaling vervat in punt 2.4.2 ‘overgangsfase’ van de gunningsleidraad blijkt dat het voorwerp van de concessie de uitbating van een casino van klasse I te Middelkerke met ingang van 1 juli 2022 in het nieuwe casinogebouw betreft, waarbij een eventuele voorlopige exploitatie op de bestaande tijdelijke locatie als afzonderlijk onderhandelbaar wordt aangemerkt. Zowel van het gunningscriterium als van de aan de concessie gestelde minimumeisen wordt dan ook aangenomen dat zij verband houden met het nieuw te bouwen Kursaal.

De gunningsleidraad vermeldt drie fasen in de toewijzings-procedure waarbij in de derde fase in onderhandelingen met de best geplaatste inschrijver is voorzien om te komen tot een concessieovereenkomst. Daarnaast is echter ook uitdrukkelijk voorzien in de voormelde overgangsbepaling wat een mogelijke voorlopige exploitatie op de oude (tijdelijke) locatie betreft. Ook in het kader van de voorliggende annulatieprocedure blijft de verzoekende partij voorbijgaan aan deze overgangsbepaling die impliceert dat, voor zover het nieuw te bouwen Kursaal niet tijdig zou worden opgeleverd, er kan worden onderhandeld over de voorwaarden waaronder de exploitatie moet worden voortgezet op de oude (tijdelijke) locatie.

Uit wat voorafgaat volgt dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de bedongen korting op de concessievergoeding en de mogelijkheid tot vroegtijdige beëindiging in het licht van de concessiedocumenten niet kunnen worden begrepen als louter betrekking hebbende op de tijdelijke locatie, waarover in toepassing van voormeld punt 2.4.2. van de gunningsleidraad onderhandeld kon worden.

Het gegeven dat de uitbating van een casino, naast een fysieke component (namelijk de speelzaal van het casino), mits het verkrijgen van een bijkomende vergunning, ook een virtuele component kan omvatten, doet daaraan geen afbreuk.

Er wordt dan ook geen schending van de bepalingen van de gunningsleidraad, noch van artikel 46, § 6, van de wet van 17 juni 2016 aangetoond.

20. Een schending van het gelijkheidsbeginsel en van het transparantiebeginsel kan evenmin worden aangenomen. De verzoekende partij kan niet voorhouden dat zij de draagwijdte van artikel 2.4.2. van de gunningsleidraad niet kon begrijpen nu zij zelf refereert aan deze bepaling in haar offerte precies met het oog op onderhandelingen over deze tijdelijke fase. Zowel in het licht van het klaarblijkelijk verschil tussen de locatie in het nieuwe casinogebouw en de tijdelijke locatie in het Sporthotel Gryson, als in het licht van het door de zittende concessionaris betaalde bedrag van 250.000 euro op jaarbasis voor deze tijdelijke locatie kan voorts niet worden aangenomen dat het voor de inschrijvers niet voorzienbaar was dat de onderhandelingen vermeld in artikel 2.4.2. van de gunningsleidraad ook zouden mogen slaan op de concessievergoeding met betrekking tot die tijdelijke locatie.

21. Ondergeschikt werpt de verzoekende partij nog op dat, voor zover de toegekende korting toch in overeenstemming wordt geacht met de concessiedocumenten, aangezien de geboden concessievergoeding in dergelijke lezing gelinkt zou zijn aan het nieuwe casinogebouw, de concessiedocumenten zelf strijdig zijn met artikel 55 van de wet van 17 juni 2016, de artikelen 16 en 17 van het koninklijk besluit van 25 juni 2017, alsook met het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling.

De argumentatie van de verzoekende partij wordt niet bijgevalen.

Zoals hiervoor reeds werd aangenomen, omschrijven de bepalingen van de gunningsleidraad het voorwerp van de opdracht als de uitbating van een casino van klasse I te Middelkerke met ingang van 1 juli 2022 in het nieuwe casinogebouw en wordt de exploitatie op de huidige tijdelijke locatie als afzonderlijk onderhandelbaar aangemerkt.

Om diezelfde reden kan niet worden aangenomen dat het enige gunningscriterium geen verband zou houden met het voorwerp van de opdracht, dan wel niet als een objectief gunningscriterium zou kunnen worden aangemerkt.
Betreffende de oppervlakte van het Kursaal die in concessie zal worden gegeven

22. Wat de in concessie te geven ruimtes van het Kursaal betreft, steunt de grief van de verzoekende partij op het uitgangspunt dat de concessiedocumenten voorzien in een maximale oppervlakte van 2400 m², waarbij de ter beschikking gestelde vloeroppervlakte in de loop van de onderhandelingen aanzienlijk zou zijn verhoogd tot 3086 m².

Vastgesteld wordt dat deze grief op een verkeerd uitgangspunt steunt om de volgende redenen.

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

“5.2.2.3 Voorwaarden van de terbeschikkingstelling

De lokalen van het Casino worden wind- en waterdicht ter beschikking gesteld van de Concessiehouder. De technieken die onsplitsbaar zijn en dienstig zijn voor alle functies (zoals o. m. ventilatie, verwarming, ...) vallen binnen het bouwbudget van het Kursaal. De technieken die specifiek zijn voor de inrichting van het Casino en de inrichtingskosten (interieur - vast en los meubilair zoals bv. inrichting van speelzalen, restaurant, bar, lounge, technische ruimte; verlichting, inrichting keuken, rookafzuiging rokersruimte, audio en beeldmateriaal, koelcellen, liften, telematica, toegangscontrole, alarmen, brandmelding, ...) zijn volledig ten laste van de Concessiehouder die zelf instaat voor dit deel van de investeringen.

5.2.2.4 Verwachte output

Van de Inschrijver wordt verwacht dat hij een omstandige inhoudelijke nota maakt ter verantwoording van de door hem verlangde desiderata.

Daarbij voegt hij een volumeschets met maatvoering op een schaal van minstens 1/100 waarop de indeling van de door hem gewenste lokalen duidelijk wordt aangegeven. Hij houdt hierbij rekening dat de maximale vloerplaat van het te ontwikkelen Kursaal 2700 m² bedraagt en waarvan 1200 m² vloerplaat wordt voorbehouden tot het realiseren [van] het Casino (hoogte minimum 2 bouwlagen - max. hoogte = 4 m). Uit de nota en schets blijkt ook in welke mate en waar er lichtinval of zichtbaarheid wordt verlangd. Deze volumeschets omvat volgende grafische onderdelen (minimumschaal 1/100):

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

Nergens uit de concessiedocumenten blijkt dat de vloeroppervlakte die uiteindelijk in het Kursaal voor het casino ter beschikking zal worden gesteld maximaal 2400 m² zal bedragen. Zo is in de selectieleidraad sprake van “een bruikbare vloeroppervlakte van ca. 1500 m² inclusief restaurant” waarin in de opdracht voor het nieuwe casinogebouw zal worden voorzien en wordt in punt 5.2. ‘Desiderata Programma van Eisen’ van de gunningsleidraad in het kader van de door de inschrijvers op te stellen desiderata-nota verwezen naar verschillende oppervlakten (in artikel 5.2.1., 1200 m² vloerplaat, in artikel 5.2.2.1., 1000 m² vloerplaat en bruikbare oppervlakte van ca 1500 m² en in artikel 5.2.2.1. en 5.2.2.4. *in fine* opnieuw 1200 m² met (minimum) twee bouwlagen en als maximale hoogte 4 meter). Hierover ondervraagd verduidelijkte de verwerende partij aan de kandidaat-inschrijvers het volgende:

“In de aanvraag tot Deelneming werd inderdaad nog uitgegaan van een vloerplaat van ca 1000 m² over twee bouwlagen. Uit overige dossiers en ontwerpen bij analoge opdrachten werd vastgesteld dat omwille van perspectief en ruimtebeleving men ontwerpmatig nogal vaak gebruik maakt van mezzanines en vides. Er werd gemakkelijheidshalve in de Aanvraag tot Deelname uitgegaan dat de 2e bouwlaag maar voor 50 % zou worden gebruikt: vandaar $1000 + 500 = 1.500 \text{ m}^2$.

In de Gunningsleidraad (5.2.2.1 RUIMTEBESLAG EN FOOTPRINT) werd besloten om het maximum aantal m² op te trekken tot 1.200 m² vloerplaat en waarbij dan de maximum te bebouwen oppervlakte (2 bouwlagen) 2.400 m² bedraagt zodat de beschikbare ruimte (oppervlakte vermenigvuldigd met de bouwhoogte (4 m)) een maximumvolume van 9.600 m³ beslaat.

Dit is de maximale invulling voor het bepalen van de desiderata en waarbij de Inschrijver het volledig vrij staat om binnen dit volume de voor hem noodzakelijke ruimte over de twee bouwlagen in te delen (al dan niet met mezzanine of vides).

De Gunningsleidraad primeert op de Aanvraag tot Deelname zodat de Inschrijvers rekening houden met het bepaalde onder punt 5.2.2.1 RUIMTEBESLAG EN FOOTPRINT.”

Ook in het kader van deze verduidelijking wordt niet gesteld dat de ter beschikking gestelde vloeroppervlakte voor het te exploiteren casino in het Kursaal maximaal 2400 m² zal bedragen, maar enkel dat het aangehaalde maximumvolume van 9.600 m³ “de maximale invulling [is] voor het bepalen van de desiderata” door de inschrijvers in het kader van hun bij de offerte te voegen desiderata-nota.

Uit de concessiedocumenten blijkt ook duidelijk dat de voorliggende concessie gepaard ging met een D&B-opdracht waarbij werd aangekondigd dat in de mate van het mogelijke “de Concessie voorafgaand aan de bouw van het nieuw Casinogebouw [zal] worden toegewezen, zodat de Concessiehouder inspraak kan hebben bij de definitieve opmaak van de plannen en het indienen van de omgevingsvergunning” en dat “de Concessiehouder het bouwteam dat belast is met de realisatie van het nieuwe Kursaal [zal] vervoegen en [waarbij] met de ontwikkelaar gesprekken worden aangegaan tot het integreren van het Casino”. Op basis van de concessiedocumenten was het aldus voorzienbaar voor de inschrijvers dat zij, nu het nieuwe Kursaal nog diende te worden ontworpen en gebouwd en de gekozen concessiehouder ook zou deelnemen aan de bouwphase, rekening dienden te houden met een marge wat de uiteindelijk definitief ter beschikking gestelde oppervlakte voor het casino betreft. Uit de verplichting voor de inschrijvers om hun desiderata te omschrijven in functie van een maximumvolume van 9.600 m³ kan niet worden afgeleid dat de oppervlakte die aan de concessiehouder ter beschikking zal worden gesteld niet meer mag worden gewijzigd ingevolge het uiteindelijk gekozen ontwerp van een nieuw casinogebouw.

Dat de precieze omvang van de in concessie te geven oppervlakte van het Kursaal nog niet vast staat, vindt ten slotte ook bevestiging in

artikel 4, b), van de concessieovereenkomst die, wat de ter beschikking te stellen lokalen betreft, verwijst naar een bijlage 2, Casco+. De voormelde bijlage somt de lokalen op die binnen het Kursaal in concessie zullen worden gegeven. Blijkens die bijlage is er, enerzijds, sprake van een “totale netto-oppervlakte” van 3086 m² “locatie op plan” en, anderzijds, van een maximale vloeroppervlakte van “2822 m², nu voorzien in het ontwerp” voor het casino. Volgens de betrokken overeenkomst worden de opgesomde ruimtes opgenomen in een nog op te stellen plaatsbeschrijving zodat deze niet als volkomen definitief kunnen worden aangemerkt. Daarbij wordt tevens bepaald dat de totale in concessie gegeven oppervlakte nooit minder dan 2400 m² bedraagt.

Uit wat voorafgaat volgt dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de concessiedocumenten voorzien in een maximale oppervlakte van 2.400 m², waarbij de ter beschikking gestelde vloeroppervlakte in de loop van de onderhandelingen aanzienlijk zou zijn verhoogd tot 3086 m². Het middelonderdeel faalt derhalve in de feiten. Hieruit volgt dat niet aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van een wijziging van het voorwerp van de concessie, in de gunningsleidraad omschreven als de uitbating van een casino van klasse I te Middelkerke met ingang van 1 juli 2022 in het nieuwe casinogebouw, noch van de minimumeisen.

Er wordt dan ook geen schending van de bepalingen van de gunningsleidraad, noch van artikel 46, § 6, van de wet van 17 juni 2016 aangetoond.

23. Een schending van het gelijkheidsbeginsel en van het transparantiebeginsel kan evenmin worden aangenomen.

Vastgesteld wordt dat alle inschrijvers hun initiële offerte, met inbegrip van de desiderata-nota en de BAFO, hebben kunnen opmaken met dezelfde kennis van zaken op dat ogenblik. Ook de gekozen inschrijver blijkt daarbij rekening te hebben gehouden met een vloeroppervlakte voor het Kursaal van maximaal 2400 m² voor het bepalen van zijn desiderata en

concessievergoeding. Het gegeven dat alleen de eerste tussenkomende partij voordeel heeft kunnen putten uit de uitkomst van de afzonderlijk gevoerde D&B-opdracht, onder de vorm van een grotere vloeroppervlakte dan vermeld in de gunningsleidraad als maximum voor de desiderata-nota en zonder dat dit, luidens de concessieovereenkomst aanleiding geeft tot betaling van een hogere concessievergoeding, is het gevolg van haar aanwijzing als voorkeursbieder op een ogenblik voorafgaand aan die uitkomst, overeenkomstig de onderscheiden procedurefasen die de verzoekende partij op zich niet betwist.

In zoverre de verzoekende partij voorts betoogt dat een onderhandelingsprocedure niet mag leiden tot een wezenlijke wijziging van de opdracht en dat wat geldt tijdens de uitvoering van de opdracht, in elk geval geldt tijdens de plaatsingsprocedure zelf, doelt zij op het verbod van wezenlijke wijzigingen van een overheidsovereenkomst tijdens de uitvoering ervan, zoals dat is ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in onder meer de arresten van 19 juni 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, en 13 april 2010, *Wall*, C-91/08, en dat wat concessies betreft gecodificeerd werd in artikel 43 van richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten’, en omgezet werd in artikel 68 van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 dat luidt als volgt:

“Een wijziging mag zonder nieuwe plaatsingsprocedure worden doorgevoerd, indien de wijziging, ongeacht de waarde ervan, niet wezenlijk is.

Een wijziging van een concessie wordt als wezenlijk beschouwd wanneer de karakteristieken van de concessie hierdoor materieel verschillen ten opzichte van de initieel voorziene karakteristieken. Onverminderd de artikelen 62 tot 67, wordt een wijziging in elk geval als wezenlijk beschouwd wanneer tenminste aan één van de volgende voorwaarden is voldaan :

1° de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke plaatsingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde kandidaten of de aanvaarding van een andere offerte dan de oorspronkelijk aanvaarde mogelijk zouden hebben gemaakt, dan wel bijkomende deelnemers aan de plaatsingsprocedure zouden hebben aangetrokken;

2° de wijziging verandert het economisch evenwicht van de concessie ten

gunste van de concessiehouder op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke concessie;

3° de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de concessie;

4° een nieuwe concessiehouder in de plaats is gekomen van de concessiehouder aan wie de aanbesteder de concessie aanvankelijk had gegund in andere dan onder artikel 66 bedoelde gevallen.”

Daargelaten de vraag of, zoals de verzoekende partij voorhoudt, wat geldt voor de uitvoering van de opdracht zonder meer geldt tijdens de plaatsingsprocedure zelf, lopende de onderhandelingen met een voorkeursbieder, moeten ook in deze onderhandelingsfase in ieder geval het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplichting worden geëerbiedigd. Dit vereiste houdt onder meer in dat de betrokken wijzigingen niet dermate wezenlijk mogen zijn dat zij potentiële inschrijvers zouden hebben aangetrokken die zonder deze wijzigingen geen offerte zouden kunnen indienen of zouden hebben geleid tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk is gekozen.

De verzoekende partij voert niet aan en maakt derhalve niet aannemelijk dat, indien de voormelde bepalingen uit de goedgekeurde concessie-overeenkomst inzake de beschikbare oppervlakte vooraf in de concessie-documenten waren opgenomen, andere inschrijvers zouden zijn aangetrokken.

Wel dient te worden nagegaan of de verzoekende partij met reden doet gelden dat de wijziging van die aard is dat zij, indien de voormelde wijziging voorafgaand aan de BAFO's gekend was, mogelijks als de economisch meest voordelige inschrijver uit de bus was gekomen en derhalve als eerste zou zijn gerangschikt met het oog op de keuze als voorkeursbieder.

De verzoekende partij doet in dit verband gelden dat zij consistent gedurende de gehele procedure heeft voorgehouden dat een grotere vloeroppervlakte van het casino een grotere kans genereert op bijkomende inkomsten, en dat waar voor haar met zekerheid vaststaat dat zij een hogere

concessievergoeding zou hebben geboden, dit niet zou gelden voor de gekozen inschrijver.

Los van de vaststelling dat, zoals hiervoor reeds is gebleken, de verzoekende partij niet wordt bijgetreden waar zij zonder meer uitgaat van een stijging van de beschikbare oppervlakte van 28,6 %, komt het aan de verzoekende partij toe aan te tonen dat de hoegrootheid van de ter beschikking gestelde cascoruimte/oppervlakte in m² rechtstreeks in verhouding staat tot de hoegrootheid van de aan te bieden jaarlijkse concessievergoeding. Of anders gesteld, dat uit het gegeven dat de vloeroppervlakte toeneemt, zonder meer kan worden afgeleid dat ook de concessievergoeding met eenzelfde grootorde zal stijgen. Zij doet zulks evenwel niet en beperkt zich ter zake tot de niet door enig stuk of berekening onderbouwde loutere bewering dat een grotere vloeroppervlakte enkel zou leiden tot een hogere concessievergoeding geboden door de verzoekende partij en niet door de gekozen concessiehouder.

De verzoekende partij maakt dan ook niet aannemelijk dat de bepalingen in de goedgekeurde concessieovereenkomst inzake beschikbare vloeroppervlakte te dezen beschouwd dienen te worden als een niet toelaatbare wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de concessie.

Betreffende de vermeende exclusiviteitsclausule

24. Onder punt 2 a) bepaalt de goedgekeurde concessie-overeenkomst inzake het voorwerp ervan onder meer het volgende:

“Deze concessieovereenkomst legt de afspraken vast onder dewelke Concessiegeefster aan Concessiehouder de exclusieve terbeschikkingstelling verleent van het Casino te Middelkerke zoals bedoeld in artikel 29, derde lid van de Kansspelwet zoals nader bepaald in het Concessiebesluit.

Onverminderd de toepassing van de wettelijke beperkingen voorzien in de Kansspelwet en haar uitvoeringsbesluiten, verbindt Concessiegeefster zich ertoe om binnen haar toekomstige discretionaire bevoegdheden zich te zullen onthouden om aanvragen tot het bekomen van een door de kansspelcommissie te verlenen vergunning van een klasse A, B of

F-kansspelinrichting in concurrentie met de Concessiehouder op haar grondgebied gunstig te adviseren.”

De verzoekende partij doet gelden dat uit deze laatste bepaling blijkt dat de verwerende partij zich bij de onderhandelingen met de voorkeursbieder heeft verbonden tot het verlenen van een veel verregaandere exclusiviteit dan het geval is in de concessiedocumenten en een bijkomend substantieel financieel voordeel heeft toegekend dat mede bepalend is voor de te bieden concessievergoeding.

Deze grief, die steunt op het uitgangspunt dat er *de facto* sprake is van de toekenning van een kansspelmonopolie op het grondgebied van de gemeente Middelkerke, kan niet worden bijgevalen.

Immers overeenkomstig artikel 34 van de kansspelwet moet de uitbating van een kansspelinrichting klasse II geschieden krachtens een convenant dat voorafgaandelijk wordt gesloten tussen de gemeente van vestiging en de uitbater. De beslissing om een dergelijk convenant te sluiten, behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de gemeente. Het convenant bepaalt waar de kansspelinrichting wordt gevestigd alsook de nadere voorwaarden, de openings- en sluitingsuren, alsook de openings- en sluitingsdagen van de kansspel-inrichtingen klasse II en wie het gemeentelijk toezicht waarneemt. Artikel 36 bepaalt voorts dat om een vergunning klasse B te verkrijgen de aanvrager het convenant moet kunnen voorleggen dat met de gemeente gesloten werd.

In het licht daarvan kan in de betrokken clause niet meer worden gezien dan een engagement van de gemeente binnen de door de wet verleende discretionaire bevoegdheid, die zeker niet onbeperkt is, te handelen. In dergelijke context maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat dergelijke clause een veel verregaandere exclusiviteit toekent dan het geval is in de concessiedocumenten dan wel een bijkomend substantieel financieel voordeel heeft toegekend mede bepalend voor de te bieden concessievergoeding.

25. Een schending van het gelijkheidsbeginsel en van het transparantiebeginsel kan evenmin worden aangenomen.

Uit niets blijkt dat de verzoekende partij bij het uitwerken van haar offerte over minder of andere informatie dan de eerste tussenkomende partij zou hebben beschikt inzake de toekomstige houding van de verwerende partij ten overstaan van aanvragen van concurrerende kansspelinrichtingen op haar grondgebied.

De verzoekende partij maakt ook niet aannemelijk dat de betrokken clause, waaruit zoals hoger is gebleken niet zonder meer de toekenning van een kansspelmonopolie op het grondgebied van de gemeente Middelkerke mag worden afgeleid, beschouwd dient te worden als een niet toelaatbare, wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de concessie.

Besluit

26. Het enige 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 achttien december tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,
Kaat Leus,
Inge Vos,

kamervoorzitter,
staatsraad,
staatsraad,

bijgestaan door

Joris Casneuf,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques