RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 211.015 van 3 februari 2011
in de zaak A. 198.739/XII-6464

In zake: de VZW BILZERSE AMBULANCEDIENST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Inke Dedecker
kantoor houdend te Genk
Stoffelbergstraat 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het ALGEMEEN ZIEKENHUIS VESALIUS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 januari 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

"- Het besluit van het AZ Vesalius, met zetel te 3700 Tongeren, Hazelereik 51 waarbij beslist werd om voor het Medisch Centrum Bilzen de ziekenwagen '100' uit te besteden via de onderhandelingsprocedure overeenkomstig art. 27 §2 1° a) van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna genoemd 'de wet van 24 december 1993'), zoals goedgekeurd door het Comité Beleid op 23 juni 2010.
- Het besluit van 14 oktober 2010 van de Raad van Bestuur van het AZ Vesalius, met zetel te 3700 Tongeren, Hazelereik 51 waarbij werd

beslist om de opdracht te gunnen aan Alfa 7 vzw en de daarin besloten impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 februari 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Geertrui De Groote, die loco advocaat Inke Decker verschijnt voor verzoekende partij, en advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Het Algemeen Ziekenhuis Vesalius, volgens zijn nota een vereniging in de zin van artikel 219 van het decreet betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, schrijft bij beslissing van 23 juni 2010 een overheidsopdracht uit voor "de volledige uitbating van de 100-ziekenwagendienst, die gestationeerd is in het Medisch Centrum AZ Vesalius in Bilzen".

Het bestek vermeldt dat de opdracht gegund wordt volgens een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bij de aanvang van de procedure met toepassing van artikel 17, § 2, 1°, a) van de voormelde wet van 24 december

1993. Betreffende de gevolgde procedure bevat het bestek op de eerste bladzijde in een opschrift daarnaast nog de volgende vermelding:

> "Exploitatiebudget – gewone dienst van de begroting: bestek voor opdrachten vanaf 22.000 EUR tot en met 67.000 EUR (excl. BTW) via onderhandelingsprocedure volgens de wet van 24.12.1993, art. 17, § 2, 1°, a)".

Betreffende de kosten en baten verbonden aan de voorliggende opdracht vermeldt het bestek nog het volgende:

> "2.6.1. Totaal aantal ziekenwagenritten (voor 2009): 1266
> 2.6.2. Aantal nutteloze ritten (voor 2009): 95
> 2.6.3. Gemiddeld aantal kilometers per rit: 32 km (komt overeen met € 162,42)
> 2.6.4. Deelname in de winst door AZ Vesalius:
> Te bepalen door de inschrijver en op te geven bij het indienen van de offerte.
> cfr. via de boekhouding opgeven welk winstpercentage bestemd is voor het AZ Vesalius".

Wat betreft de duur van de opdracht bepaalt het bestek dat er in een proefperiode van 3 maanden wordt voorzien waarna de opdracht telkens stilzwijgend verlengbaar is per jaar.

Het bestek vermeldt voorts de volgende gunningscriteria:

" 1. Kwalificatie:	35 punten
2. Prijs	25 punten
3. Ervaring binnen de ziekenhuiswereld:	20 punten
4. Referenties:	10 punten
5. Aard van ziekenwagen en uitrusting:	10 punten".

3.2. Bij brief van 30 juni 2010 worden vijf mogelijke kandidaten, uitgenodigd om een offerte in te dienen.

Als bijlage wordt een kopie overgemaakt van het bestek nr. 2010-050 "Algemeen Ziekenhuis Vesalius, Medisch Centrum Bilzen – uitbesteding ziekenwagen '100'".

3.3. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 13 augustus 2010 blijkt dat vier inschrijvers een offerte indienen, met name Alfa 7 vzw, Ambi-Care vzw, Bilzerse Ambulancedienst vzw – huidige verzoekende partij – en Ambumed vzw. In dit proces-verbaal wordt als geraamde prijs voor de opdracht 65.000 euro vermeld.

3.4. In het gunningsverslag van 5 oktober 2010 worden de offertes van de vier inschrijvers getoetst aan voormelde gunningscriteria. De offerte van verzoekende partij wordt derde gerangschikt met 59 punten.

Vervolgens wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan ziekenwagendienst Alfa 7 vzw welke inschrijver als eerste gerangschikt staat met 74 punten.

3.5. Op 14 oktober 2010 beslist de raad van bestuur van het Algemeen Ziekenhuis Vesalius bij wijze van stemming tot goedkeuring van het dossier dienstverlening uitbesteding ziekenwagen “100” van het Medisch Centrum AZ Vesalius Bilzen.

3.6. Bij brief van 20 oktober 2010 deelt het AZ Vesalius aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen en dat als bijlage het gunningsverslag wordt gevoegd met de motivering. Tevens wordt meegedeeld dat een standstillperiode van vijftien dagen in acht zal worden genomen om verzoekende partij toe te laten een procedure in kort geding voor de justitiële rechter in te leiden.

3.7. Bij brief van 27 oktober 2010 aan het AZ Vesalius betwist verzoekende partij uitgebreid de gunningsbeslissing.

3.8. Bij brief van 21 december 2010 vraagt verzoekende partij het AZ Vesalius om haar tevens de gemotiveerde gunningsbeslissing zelf mee te delen.

3.9. Bij faxbericht en aangetekend schrijven van 24 december 2010 verzendt het AZ Vesalius een nieuwe kennisgeving aan verzoekende partij waarin zij opnieuw meedeelt dat de offerte van verzoekende partij niet werd gekozen.

Ditmaal wordt niet alleen het gunningsverslag, doch ook de beslissing van de raad van bestuur van 14 oktober 2010 toegevoegd. Daarnaast wordt verwezen naar de Raad van State als verhaalsinstantie. Ook wordt meegedeeld dat er een wachttermijn van vijftien dagen zal worden toegepast.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

A. De tijdigheid van de vordering

4. De uitnodiging om een offerte in te dienen werd verzonden na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

5. Overeenkomstig het in de wet van 24 december 1993 nieuw ingevoegde artikel 65/23, §§ 1 en 3, dient de in artikel 65/15 bedoelde vordering tot schorsing – bedoeld wordt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid – “op straffe van niet-ontvankelijkheid” te worden ingesteld binnen een termijn van vijftien dagen “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang”.

De bedoelde ontvankelijkheid *ratione temporis* van de vordering dient ambtshalve te worden onderzocht.

In de parlementaire voorbereiding wordt het voormelde artikel 65/23 toegelicht als volgt:

> "Paragraaf 1 van dit artikel bepaalt de termijnen binnen dewelke, op straffe van niet-ontvankelijkheid, een verhaal moet worden ingesteld, vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling.
>
> […]
> In § 3 wordt verduidelijkt dat de vordering tot schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing, op straffe van niet-ontvankelijkheid, wordt ingediend binnen een termijn van vijftien dagen. Deze bepaling vormt een afwijking op artikel 30 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en op artikel 4 van de procedureregeling. De vordering tot schorsing van de uitvoering kan zowel slaan op de gunningsbeslissing als op de andere handelingen, zoals het bestek of de beslissing tot niet-selectie in een procedure in twee stappen. […]". (Parl. St. *Kamer* 2009-2010, nr. 52-2276/001, 38-39).

De wetgever heeft aldus, in afwijking van de regelgeving betreffende de termijnen voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, een verjaringstermijn van vijftien dagen opgelegd voor het indienen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State, zoals de voorliggende vordering.

6. De voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid is gericht tegen het besluit van verwerende partij van 23 juni 2010 waarbij beslist werd om de opdracht te voeren onder de vorm van een onderhandelingsprocedure overeenkomstig artikel 17, § 2, 1°, a) van de wet van 24 december 1993 enerzijds, en de gunningsbeslissing aan vzw Alfa 7 vzw van 14 oktober 2010 evenals de impliciete beslissing om de opdracht niet aan verzoekende partij te gunnen, anderzijds.

7. Johan Martens, die de offerte van verzoekende partij ondertekende, werd bij brief van 30 juni 2010 uitgenodigd om een offerte in te

dienen en in die brief en in het bestek dat als bijlage werd toegevoegd, werd uitdrukkelijk verwezen naar de toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Aldus blijkt, de datum van voormelde brief in rekening gebracht, dat het beroep van 7 januari 2011 tegen de eerste bestreden beslissing manifest werd ingesteld buiten voormelde termijn van vijftien dagen om een vordering tot uiterst dringende noodzakelijkheid in te leiden, en overigens ook buiten de termijn van 60 dagen om een annulatieberoep in te leiden.

8. Wat de tweede en derde bestreden beslissingen betreft moet worden vastgesteld dat verwerende partij reeds bij brief van 20 oktober 2010 aan verzoekende partij heeft meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen en als bijlage het gunningsverslag heeft gevoegd met de motivering. De eigenlijke gunningsbeslissing van 14 oktober 2010 werd echter pas bezorgd bij faxbericht en aangetekend schrijven van 24 december 2010.

9. Zoals reeds vastgesteld dient de vordering te worden ingesteld binnen een termijn van vijftien dagen vanaf de kennisgeving. Op het eerste gezicht lijkt de voormelde kennisgeving bij brief van 20 oktober 2010 niet als een afdoende kennisgeving in de zin van artikel 65/8, § 1, eerste lid, 3°, van de wet te kunnen worden beschouwd nu overeenkomstig deze bepaling de aanbestedende instantie onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing kennisgeving doet van de “gemotiveerde beslissing” aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen. Ook uit de parlementaire voorbereiding bij voormelde bepaling van de wet blijkt dat “de gemotiveerde gunningsbeslissing” “ integraal” dient te worden meegedeeld (*Parl. St.* Kamer, 2009-10, nr. 52-2276 / 21). Het is overigens niet ondenkbaar dat een verzoekende partij in een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid tevens middelen wenst op te werpen die kleven aan de eigenlijke gunningsbeslissing.

De vordering ingesteld tegen de tweede en derde bestreden beslissing op 7 januari 2011 lijkt aldus tijdig want binnen de voornoemde termijn van vijftien dagen ingesteld.

B. Belang van verzoekende partij bij de vordering

10. Verwerende partij voert aan dat verzoekende partij geen belang heeft bij haar vordering tegen de tweede en derde bestreden beslissing aangezien haar offerte substantiële onregelmatigheden zou bevatten. Meer bepaald zou de offerte afwijken van een essentiële besteksbepaling betreffende de vereiste rechtspersoonlijkheid van de inschrijvers en voorts zou niet blijken dat de verzoekende partij gebonden is door de ingediende offerte die niet geldig ondertekend zou zijn. Verzoekende partij heeft aldus volgens verwerende partij geen belang bij haar vordering aangezien zij nooit een kans had om de opdracht te verkrijgen. Bovendien zou zij geen belang hebben bij de vordering gezien haar offerte slechts als derde is gerangschikt, en zij niet argumenteert dat zij als eerste diende te worden gerangschikt.

11. Een verwerende partij mag zich in principe niet voor het eerst in de procedure voor de Raad van State op de onregelmatigheid van de offerte van een verzoekende partij beroepen als deze niet in de bestreden beslissing werd opgemerkt. Te dezen moet worden vastgesteld dat noch in het gunningsverslag, noch in de gunningsbeslissing enige opmerking wordt gemaakt aangaande een eventuele onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij.

12. Zoals hierna blijken zal, heeft het eerste middel voorts betrekking op het vermeend onterecht aanwenden van de onderhandelings-procedure zonder bekendmaking. Zelfs een mogelijk onregelmatige inschrijver heeft in elk geval belang bij dergelijk middel, nu dit middel – indien het ernstig en gegrond bevonden wordt – impliceert dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen. Het feit dat de offerte van verzoekende partij te dezen onregelmatig zou zijn of dat deze slechts derde is gerangschikt, ontneemt verzoekende partij dus niet het belang bij het eerste middel, en dus evenmin bij haar beroep.

13. De excepties van gebrek aan belang bij de vordering dienen dan ook te worden verworpen.

V. De schorsingsvoorwaarden

14. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

15. De uitnodiging om een offerte in te dienen werd verzonden na 24 februari 2010.

Dienvolgens is, zoals reeds hiervoor vastgesteld, de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing.

16. Overeenkomstig het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 bepaalt uitdrukkelijk dat het voormelde artikel 65/15 ook van toepassing is op opdrachten die de Europese drempel niet bereiken.

17. Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunt van de partijen

18. Het eerste middel wordt door verzoekende partij zelf als volgt verwoord:

> "Het eerste middel is gebaseerd op de schending van art. 17 §2 1° a Wet van 24 december 1993, art. 120 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna genoemd koninklijk besluit 1996), art. 54 koninklijk besluit 1996, van art. 2 en art. 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidbeginsel.
>
> Doordat toepassing gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking en het bedrag van de opdracht niet wordt geraamd.
>
> Terwijl art. 17§2 1° a van de Wet van 24 december 1993 bepaalt dat er gehandeld kan worden zonder naleving van de bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners wanneer in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten de goed te keuren uitgave de bedragen, zonder belasting op de toegevoegde waarde, vastgelegd door de Koning niet overschrijdt.
>
> En terwijl art. 120 koninklijk besluit 1996 bepaalt dat bij toepassing van art. 17 § 2 1° a van de wet, tot de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bij de aanvang van de procedure kan worden overgegaan voor zover het goed te keuren bedrag, zonder belasting over de toegevoegde waarde, niet hoger ligt dan € 67.000.
>
> En terwijl art. 54, 1e lid koninklijk besluit 1996 bepaalt dat het geraamde bedrag van overheidsopdrachten voor aanneming van diensten de volledige geraamde totale vergoeding van de dienstverlener insluit.
>
> En terwijl art. 54 5e lid koninklijk besluit 1996 bepaalt dat het geraamde bedrag van de overheidsopdrachten voor aanneming van diensten die geen totale prijs vermelden wordt als volgt bepaald:

1° bij een opdracht met een bepaalde duur, die gelijk is aan of korter is dan achtenveertig maanden, op grond van het totaalbedrag van de opdracht voor de gehele looptijd;

2° bij een opdracht van onbepaalde duur of waarvan de duur langer is dan achtenveertig maanden, op grond van het geraamde maandelijkse bedrag vermenigvuldigd met achtenveertig.

En terwijl art. 2 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen bepaalt dat de bestuurshandelingen van de besturen bedoeld in art. 1 uitdrukkelijk moeten worden gemotiveerd.

En terwijl art. 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen vereist dat de bestuurshandelingen de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de grondslag van de beslissing liggen en dat deze afdoende zijn.

En terwijl het materieel motiveringsbeginsel inhoudt dat een overheidsbeslissing gemotiveerd wordt met begrijpelijke motieven die juridisch en feitelijk correct zijn en die voldoende draagkrachtig zijn om de beslissing te schragen.

En terwijl de zorgvuldigheidplicht onder meer vereist dat de overheid zorgvuldig handelt bij de voorbereiding van de beslissing".

19. Verwerende partij werpt op dat het middel niet ontvankelijk is omdat het enkel en alleen gericht is tegen de eerste bestreden beslissing, terwijl tegen die beslissing niet tijdig beroep werd ingesteld.

Voorts merkt verwerende partij op dat de formele motivering voor het beroep op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking wel degelijk is opgenomen in het bestek zelf. Zij verwijst daartoe naar het hiervoor onder randnummer 3.1. vermelde opschrift.

Daarnaast meent verwerende partij dat zij wel degelijk een beroep kon doen op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van artikel 17, § 2, 1°, a) van de wet aangezien het een opdracht zou betreffen die niet onder bezwarende titel wordt aangegaan. Zij wijst erop dat de private partner de dienstverlening op eigen risico zal exploiteren en desgevallend een deelname in de winst aan het ziekenhuis kan toekennen. Aangezien het ziekenhuis niet diende

te betalen voor de dienstverlening heeft zij het te besteden bedrag dan ook geraamd onder de drempel van 67.000 euro (exclusief btw).

Beoordeling

20. Wat betreft de exceptie van verwerende partij inzake de onontvankelijkheid van het middel valt op te merken dat de mogelijkheid om onmiddellijk een beroep in te stellen tegen de eerste bestreden beslissing, niet wegneemt dat de onrechtmatigheden die een inschrijver de beslissing verwijt ook nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure, zoals te dezen de gunningsbeslissing.

De exceptie wordt verworpen.

21. De procedure van gunning via onderhandelingen heeft het karakter van een uitzondering en zij mag slechts in de limitatief opgesomde en strikt op te vatten gevallen worden toegepast.

Het beroep op de onderhandelingsprocedure dient formeel gemotiveerd te worden en het is aan degene die de uitzonderlijke omstandigheden ter rechtvaardiging van de procedure inroept, om het daadwerkelijk bestaan ervan te bewijzen.

22. Vastgesteld dient te worden dat krachtens het door verwerende partij ingeroepen artikel 17, § 2, 1°, a), van de wet van 24 december 1993, er bij onderhandelingsprocedure kan worden gehandeld zonder naleving van bekendmakingsregels doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners, indien de “goed te keuren uitgave” de bedragen, zonder btw, vastgelegd door de Koning, niet overschrijdt. Het bedoelde bedrag wordt in artikel 120 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 thans bepaald op 67.000 euro, en wordt getoetst, voor aanneming van diensten, volgens de regels vastgesteld door artikel 54 van ditzelfde koninklijk besluit.

Dit laatstgenoemde artikel bepaalt in zijn eerste lid dat het geraamde bedrag van overheidsopdrachten voor diensten “de volledige geraamde totale vergoeding van de dienstverlener” insluit en in zijn vijfde lid dat het geraamde bedrag van de overheidsopdrachten voor aanneming van diensten die geen totale prijs vermelden, zoals te dezen, als volgt wordt bepaald:

> “1° bij een opdracht met een bepaalde duur, die gelijk is aan of korter dan achtenveertig maanden, op grond van het totaalbedrag van de opdracht voor de gehele looptijd;
> 2° bij een opdracht van onbepaalde duur of waarvan de duur langer is dan achtenveertig maanden, op grond van het geraamde maandelijkse bedrag vermenigvuldigd met achtenveertig”.

23. Voor het al dan niet toepasselijk zijn van artikel 17, § 2, 1°, a), is dus niet de “geraamde waarde” bepalend maar wel de “goed te keuren uitgave”.

Dit wordt ook bevestigd in het verslag aan de Koning bij voormeld artikel 120 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 waarin onder meer het volgende wordt opgemerkt:

> “Voor de berekening van het bedrag van de opdracht verwijst lid 3 naar de bepalingen van de artikelen 2, 28 en 54 van het onderhavige besluit waarbij nochtans dient aangestipt te worden dat het hier niet gaat om de raming maar om het aannemingsbedrag” (*Belgisch Staatsblad*, 26 januari 1996, 1551).

24. Te dezen komt het aan verwerende partij toe om aan te tonen dat zij terecht een beroep heeft gedaan op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

25. In dat verband dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat verwerende partij in haar nota slechts opmerkt dat aangezien het ziekenhuis niet diende te betalen voor de dienstverlening, zij het te besteden bedrag dan ook geraamd heeft onder de drempel van 67.000 euro (btw niet inbegrepen).

Dit standpunt lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden bijgevallen.

Artikel 120 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 verwijst wat betreft de berekening van het drempelbedrag naar de rekenregels vermeld in artikel 54 van hetzelfde besluit, dat in zijn eerste lid uitdrukkelijk bepaalt dat het geraamde bedrag van overheidsopdrachten voor aanneming van diensten de "volledig geraamde totale vergoeding van de dienstverlener" insluit. De berekening dient dan ook te gebeuren vanuit het oogpunt van de vergoeding van de dienstverlener en niet vanuit het oogpunt van de kost van de dienstverlening voor de aanbestedende instantie.

Op het eerste gezicht dient aldus bij de beslissing over de al dan niet toepasselijkheid van artikel 17, § 2, 1°, a) van de wet ook rekening te worden gehouden met de volledige geraamde totale vergoeding van de dienstverlener.

Aldus lijkt te dezen reeds te moeten worden besloten tot een schending van de materiële motiveringsverplichting nu het motief dat verwerende partij opgeeft om haar beroep op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te verantwoorden – welk motief op het eerste gezicht overigens pas voor het eerst in de nota worden uiteengezet – zoals verzoekende partij terecht opmerkt, niet draagkrachtig lijkt en dus niet in rechte ter verantwoording van die beslissing in aanmerking kan worden genomen, aangezien de vergoeding voor de dienstverlening niet in rekening is gebracht.

26. Voorts dient te worden vastgesteld dat verzoekende partij in haar verzoekschrift bij gebrek aan "goed te keuren uitgave" aan de hand van de in het bestek verstrekte gegevens betreffende kosten/baten de waarde van de opdracht berekent met toepassing van de rekenregels vermeld in artikel 54, eerste lid, en vijfde lid, punt 2°, van het voormelde koninklijk besluit. Dit resulteert volgens haar in een bedrag van 760.775,28 euro, welke som beduidend boven het drempelbedrag van 67.000 euro ligt.

Daarbij valt op te merken dat voormelde berekening door verwerende partij in de nota op geen enkele wijze wordt betwist. Zij merkt zoals gezegd enkel op dat zij de opdracht beneden het drempelbedrag mocht ramen omdat zij niet diende te betalen voor de dienstverlening, welk standpunt, zoals gezien, niet aanvaardbaar lijkt in rechte.

Daarnaast komt voormelde berekening van verzoekende partij op het eerste gezicht en in het licht van de in het bestek vermelde gegevens ook niet onjuist voor. Overigens blijkt uit het gunningsverslag dat de gekozen inschrijver enkel en alleen de winst reeds raamt op 57.292 euro per jaar, waarvan 60 % naar de inschrijver zou gaan en 40 % naar de aanbestedende instantie. Bij gebrek aan repliek vanwege verwerende partij op de berekening van verzoekende partij, lijkt het op het eerste gezicht dan ook niet aan de Raad van State toe te komen om in de plaats van verwerende partij de waarde van de opdracht te bepalen en het beroep op de onderhandelingsprocedure te verantwoorden.

27. Uit het voorgaande dient dan ook te worden besloten dat verwerende partij hoe dan ook in gebreke blijft aan te tonen dat zij voor het gunnen van de voorliggende opdracht een beroep mocht doen op de onderhandelings-procedure zonder bekendmaking met toepassing van artikel 17, § 2, 1°, a) van de wet van 24 december 1993.

In zoverre is het eerste middel ernstig.

28. Gelet op het voorgaande dient het tweede middel in de huidige stand van het geding niet te worden onderzocht.

29. Ten slotte is er geen reden om tevens te besluiten tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan verzoekende partij te gunnen, nu de thans vastgestelde schending enkel betrekking heeft op artikel 17, § 2, 1°, a), van de wet van 24 december 1993 en de hieraan verbonden motiveringsverplichting in hoofde van de aanbestedende instantie, waarbij de uitkomst van een eventuele hernomen procedure bij voorbaat niet vast staat.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het besluit van 14 oktober 2010 van de raad van bestuur van het AZ Vesalius, met zetel te 3700 Tongeren, Hazelereik 51, waarbij wordt beslist om de opdracht voor “de volledige uitbating van de

100-ziekenwagendienst, die gestationeerd is in het Medisch Centrum AZ Vesalius in Bilzen" te gunnen aan vzw Alfa 7.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 februari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	Kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**