

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 232.943 van 19 november 2015
in de zaak A. 214.727/XII-7802**

In zake: de VZW DIENST 112 LOCHRISTI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Michiel Deweirdt en Stefaan Desrumaux
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Doorniksewijk 66
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ZELE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Ten Bos 30
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elke Casteleyn

Tussenkommende partij:

de VZW AMBULANCE CENTRUM OOST-VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Veerle Tollenaere
kantoor houdend te 9000 Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 januari 2015, strekt tot de nietigverklaring van “[d]e beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Zele van 10 november 2014 waarbij werd beslist de concessie openbare dienst voor het ambulancevervoer toe te wijzen aan de vzw Ambulance centrum Oost-Vlaanderen en niet aan de vzw Dienst 112 Lochristi.”

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 23 maart 2015. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 oktober 2015.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Michiel Deweydt, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Elke Casteleyn, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bram Vermeulen, die loco advocaat Veerle Tollenaere verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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. Op 3 juli 2014 beslist de gemeenteraad van Zele “in te stemmen met het principe dat de uitbating van de 112 – Ambulancedienst in concessie wordt gegeven” en “de bevragingsleidraad goed te keuren”.

In de “Bevragingsleidraad voor de toewijzing van een concessie van openbare dienst ‘Uitbating van de 112 – Ambulancedienst in Zele’” (hierna: de leidraad) wordt inzake de “Toepasselijke reglementering” het volgende vermeld:

“Het betreft een concessie van openbare dienst.

Deze concessie valt niet onder de toepassing van de Belgische reglementering inzake overheidsopdrachten, doch wordt met respect voor de gelijke mededinging en het beginsel van behoorlijk bestuur, en gelet op de Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, aan een marktbevraging onderworpen.

Voormelde Richtlijn is, gelet op de waarde van de dienst, niet van toepassing doch zij bevat overwegingen met betrekking tot de wijze van toewijzing van een concessie die de gemeente Zele op hoofdlijnen wenst te volgen.

Het gebruik van terminologie afkomstig uit de regelgeving overheidsopdrachten, in deze leidraad, kan geen aanleiding geven tot een herkwalificatie tot overheidsopdracht en is eerder ingegeven vanuit een gebruiksgemak en herkenbaarheid van begrippen.”

In deze leidraad wordt voorts gewezen op de mogelijkheid waarover brandweerdiensten of gemeentebesturen zouden beschikken om in overeenstemming met de wet van 8 juli 1964 ‘betreffende de dringende geneeskundige hulpverlening’ de exploitatie van hun ambulancedienst toe te vertrouwen aan een derde, bijvoorbeeld een private rechtspersoon.

Onder de rubriek “I.3 Concessie van openbare dienst” wordt in de leidraad het volgende vermeld:

“Op basis van de wettelijke bepalingen (zie hoger) is er door de gemeente gekozen voor de formule van de concessie van openbare dienst: een overeenkomst tussen de vergunning – of licentiehouder (de gemeente

Zelee) en een derde partij, de concessiehouder, die de opdracht krijgt om een openbare dienst uit te baten.

De concessie van openbare dienst wordt ook omschreven als het administratief contract waarbij de overheid een particulier tijdelijk ermee belast, onder haar gezag en mits naleving van de door haar bepaalde voorwaarden, een openbare dienst op eigen kosten en risico te exploiteren tegen een vergoeding die normaliter wordt verhaald op de gebruikers, in casu op de mensen die gebruik maken van de ambulancediensten.

De concessie toont de volgende kenmerken (zie ook de concessievoorwaarden, verder):

- de concessie wordt verleend na een publieke marktbevraging waarbij wordt gekeken naar kandidaten met de juiste doelstelling, relevante positieve ervaring, kwalitatieve werkwijze, gewenste financiële en/of logistieke tussenkomst,...
- de concessie is in tijd beperkt en gekoppeld aan evaluatie- of overlegmomenten [...], samen met de gemeente/brandweer;
- aan de zijde van de gemeente zijn er geen personeelskosten;
- het risico verbonden aan de uitbating zit bij de concessionaris;
- de toewijzing van de concessie gebeurt na goedkeuring door de FOD Volksgezondheid, bij monde van een advies van de provinciale geneeskundige commissie. Dit is in de procedure van toewijzing voorzien (zie verder);
- de vergunning of licentie blijft bij de gemeente Zelee (brandweer), doch de uitoefening ervan wordt verzekerd door een derde partij. Op deze manier moet de private partij geen individuele overeenkomst [...] sluiten met de FOD Volksgezondheid gezien ze zich verbindt ten aanzien van de licentiehouder. Hieromtrent wordt advies ingewonnen bij de FOD Volksgezondheid.”

Onder de rubriek “I.4 Concessieleidraad” wordt in de leidraad onder meer vermeld:

“Deze concessieleidraad is met de grootste zorg samengesteld. De gemeente Zelee hecht veel belang aan de gelijke behandeling van de inschrijvers en heeft deze concessieleidraad dan ook in het licht van deze bekommernis opgesteld. Indien in deze concessieleidraad tegenstrijdigheden, onduidelijkheden, enz. opgemerkt worden, of indien deze concessieleidraad bepalingen bevat die onredelijk of onrealistisch zijn ten aanzien van een kandidaat-concessiehouder, dan worden de kandidaat-concessiehouders verzocht om dit onverwijld schriftelijk te laten weten aan de contactpersoon [...], in ieder geval uiterlijk 15 augustus 2014. De gemeente Zelee zal de kandidaat-concessiehouder zo snel mogelijk van antwoord dienen, hetzij de concessieleidraad navenant aanpassen, en dit steeds in de beide gevallen met respect voor de gelijke mededinging.

Door een uitbatingsvoorstel in te dienen, aanvaardt de kandidaat-concessiehouder onvoorwaardelijk de inhoud van voorliggende leidraad alsmede de gekozen toewijzingsmethode. Indien de kandidaat-concessiehouder hiermee niet akkoord kan gaan en/of opmerkingen hierover wenst te formuleren, dient hij de gemeente Zele hiervan schriftelijk op de hoogte te stellen ten laatste op 15 augustus 2014.”

Onder de rubriek “I.6 Wijze van toewijzen” wordt in de leidraad vermeld:

“De concessie wordt toegewezen na een eigen procedure (*sui generis*) van marktbevraging, zoals beschreven in deze leidraad.”

Onder de rubriek “I.13 Procedure en keuze van voorstel” wordt in de leidraad vermeld:

“Er wordt aan de kandidaten [tijd] gegeven tot 1 september 2014 om een voorstel in te dienen.

In de week van 15 september 2014 zullen alle kandidaat-concessiehouders worden uitgenodigd om hun voorstel toe te lichten aan de vertegenwoordigers van de gemeente.

De toewijzing door de gemeente Zele wordt verwacht tegen 1 november 2014, behoudens in de gevallen van schorsing zoals bedoeld in artikel I.11 van deze leidraad.

De gemeente gaat eerst na of de kandidaat-concessiehouders in aanmerking komen voor selectie.

De gemeente kiest vervolgens, desgevallend na onderhandeling, bijkomende toelichting of schorsing ingevolge toepassing van één of meerdere van de gevallen bedoeld in artikel I.11 van deze leidraad, het regelmatige voorstel dat, rekening houdend met de toewijzingscriteria [...], het meeste punten scoort.

De modaliteiten van de onderhandeling, toelichting of bijkomend advies worden door de gemeente Zele bepaald, met respect voor de beginselen van behoorlijk bestuur.

Over het voorstel tot concessie kan door de gemeente Zele, voor de definitieve toewijzing:

- advies worden ingewonnen bij de FOD Volksgezondheid bij monde van de Provinciale Geneeskundige Commissie voor dringende hulpverlening
- een akkoord worden aangevraagd bij de rulingcommissie over het fiscaal statuut van de vrijwilligers;
- overlegd worden met de huidige personeelsleden en de vrijwilligers.

De kandidaat-concessiehouder verleent zijn medewerking bij deze procedures en overlegmomenten.

Met de kandidaat-concessiehouder van het gekozen voorstel wordt een afzonderlijke concessie-overeenkomst afgesloten.

Door de indiening van zijn voorstel aanvaardt de kandidaat-concessiehouder alle clausules van deze bevragingsleidraad en de bijlage. Elk voorbehoud of het niet nakomen van verbintenissen inzake één van deze clausules of beschikkingen leidt tot de substantiële onregelmatigheid van zijn voorstel.

De gemeente is niet verplicht effectief toe te wijzen, het kan steeds afzien van de verderzetting van de toewijzingsprocedure.”

De “Criteria voor toewijzing van de concessie” op een totaal van 100 punten zijn:

- materieel organisatiemodel en kwaliteit van de dienstverlening op 35 punten;
- businessplan en voorstel van aanpak op 30 punten;
- overleg en communicatie op 25 punten en
- visie op 10 punten.

Onder hoofdstuk twee van de leidraad worden de “concessievoorwaarden” vermeld. Hierbij wordt onder meer het volgende bepaald:

“er is in principe (*) geen vergoeding verschuldigd door de gemeente Zele aan de concessionaris:

- de ambulance van de gemeente wordt kosteloos ter beschikking gesteld van de concessionaris. De ambulance wordt in een voortreffelijke staat aangeleverd, het onderhoud van de ambulance en de verzekering voor de bestuurders is ten laste van de concessiehouder;
- er wordt door de gemeente Zele kosteloos een ruimte ter beschikking gesteld van waaruit de ambulance moet opereren (de huidige locatie of een andere door de gemeente te bepalen locatie): in deze locatie is een droge stallingsplaats voorzien voor de ambulance, en zijn verblijfsaccommodaties voorzien voor 2 ambulanciers (2 bedden, ingerichte leefruimte met kitchenette, douches, sanitair, verwarming);
- de brandverzekering en de inboedelverzekering van de stallingsplaats en de verblijfsaccommodatie is ten laste van de gemeente.

(*) hierover is een onderhandeling mogelijk. Dit dient dan wel te worden aangegeven uiterlijk bij het indienen van het ontwikkelingsvoorstel.”

en

“de concessionaris verbindt er zich toe, ten overstaan van de gemeente Zele zijn medewerking te verlenen aan de werking van de Dringende Geneeskundige Hulpverlening zoals die is opgezet door de wet van 8 juli 1964 en zijn uitvoeringsbesluiten, door eerste hulp te verlenen en door te zorgen voor vervoer naar het ziekenhuis aangewezen door de medewerker van het eenvormig oproepstelsel / van de medische dispatching, van zieken en gewonden waarvoor die medewerker om die dienstverlening heeft verzocht.”

3.2. De verwerende partij beslist op 7 juli 2014 “zes mogelijke geïnteresseerden” te selecteren en aan hen de leidraad over te maken.

3.3. De verzoekende partij en de tussenkomen de partij dienen elk een voorstel in. Na toelichting worden ze aangepast. Er zijn geen andere kandidaten.

3.4. Er wordt een “toewijzingsverslag” opgesteld waarbij de twee “voorstellen” worden beoordeeld. Hieruit blijkt onder meer dat de verzoekende partij een federale subsidie verwacht van 15.550 euro en als inkomsten uit de ritten en interventies een bedrag van 120.000 euro waarvan 12.000 euro niet inbaar; zij vraagt ten slotte een gemeentelijke subsidie ten belope van 60.000 euro. De tussenkomen de partij verwacht een federale subsidie van 15.000 euro en als inkomsten uit ritten en interventies een bedrag van 124.000 euro waarvan 6.200 euro niet inbaar; zij vraagt ten slotte een gemeentelijke subsidie ten belope van 36.000 euro. Deze elementen zijn te beoordelen bij het criterium “businessplan”.

De totaalscore is als volgt:

	Totaalscore	Dienst 122	OVL
Criterium 1	35	34	34
Criterium 2	30	11	29
Criterium 3	25	12	15
Criterium 4	10	5	6
	Totaal op 100	62	84

3.5. Op 10 november 2014 beslist de verwerende partij, waarbij zij zich het verslag “eigen maakt” “[d]at de concessie principieel wordt toegewezen aan Ambulance Centrum Oost-Vlaanderen vzw [...] met wie een concessie overeenkomst verder zal worden uitgewerkt en van wie het voorstel eerst aan de provinciale geneeskundige commissie voor advies zal worden voorgelegd. Dat daartoe aan Mr. [R.] wordt gevraagd een ontwerp van concessieovereenkomst uit te werken, alsmede de verdere afhandeling van de toewijzing te begeleiden.”

Hierbij wordt onder meer als volgt overwogen:

“overwegende dat deze concessie niet valt onder de toepassing van de Belgische reglementering inzake overheidsopdrachten, doch met respect voor de gelijke mededinging en het beginsel van behoorlijk bestuur, en gelet op de Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, aan een marktbevraging is onderworpen.”

en

“gelet op de verbintenistermijn van 120 kalenderdagen;
overwegende dat de bevragingsleidraad voorziet dat voor de definitieve toewijzing een advies aan de provinciale geneeskundige commissie dient te worden gevraagd;
[...]
overwegende dat met de begunstigde een concessie-overeenkomst zal worden opgemaakt en ondertekend;
dat het College reeds principieel kan beslissen over de niet-toewijzing van de concessie aan Dienst 112 én over de principiële toewijzing van de concessie aan Ambulance Centrum Oost-Vlaanderen vzw, van wie het voorstel eerst aan de provinciale geneeskundige commissie voor advies zal worden voorgelegd;
dat een globaal bedrag aan subsidie ten bedrage van 51.000 € zal worden ingeschreven in het ontwerpbudget 2015. Dit krediet bestaat enerzijds uit de door het Ambulancecentrum Oost-Vlaanderen gevraagde subsidie (36.000 €) en de 15.000 € tussenkomst in de werking van de dienst 100, die de gemeente van de FOD Volksgezondheid jaarlijks ontvangt, welk budget ter goedkeuring aan de gemeenteraad dient voorgelegd. Dat de toewijzing van de concessie door het College dan ook onder voorbehoud van gunstig advies van de provinciale geneeskundige commissie gebeurt en op voorwaarden van goedkeuring van het budget door de gemeenteraad.”

3.6. Met een brief van 14 november 2014 brengt de verwerende partij de verzoekende partij in kennis van de bestreden beslissing met vermelding van de beroepsmogelijkheid bij de Raad van State.

3.7. Met een brief van 24 november 2014 vraagt de verwerende partij advies aan de provinciale commissie voor dringende geneeskundige hulpverlening over de inmiddels opgestelde concessieovereenkomst met afschrift aan de FOD Biza en de FOD Volksgezondheid en wijst zij erop dat de uitbating op 1 januari 2015 zal aanvangen.

3.8. Op 17 december 2014 wordt de concessieovereenkomst gesloten met werking vanaf 1 januari 2015.

Volgende door beide partijen ondertekende clausule wordt bij de overeenkomst gevoegd:

“Er wordt door de gemeente Zele ingestemd met de ondertekening van de concessieovereenkomst, in afwachting van het advies van de provinciale geneeskundige commissie, met dien verstande dat de gemeente er dan moet kunnen van uitgaan dat een tussen te komen negatief of voorwaardelijk advies van de commissie tussen partijen als een onvoorzienbare omstandigheid respectievelijk overmacht zal worden beschouwd in de zin van artikel 18 van de concessieovereenkomst.”

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 3 en 5 van de Wet van 15 juni 2006 [‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’], de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 [‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’]”:

“Doordat onterecht geen toepassing wordt gemaakt van de overheidsopdrachtenwetgeving.

Terwijl artikel 5 van de Wet van 15 juni 2006 van de Grondwet het beginsel van de gelijke toegang van de burgers tot het openbaar ambt omvat.

Terwijl artikel 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 het zorgvuldigheidsbeginsel voorschrijft dat de overheid verplicht is over te gaan tot een zorgvuldig onderzoek naar het bestaan van de in aanmerking komende feiten, en dat de feiten juist en volledig moeten zijn.”

In de toelichting bij het middel betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij ten onrechte noch in de bestreden beslissing noch in de bevragsleidraad motiveert waarom de overheidsopdrachtenwet niet van toepassing zou zijn. De overweging in de bestreden beslissing en leidraad dat deze reglementering niet van toepassing is, is onwettig aangezien ambulancevervoer moet worden aanzien als een overheidsopdracht voor diensten. De uitbating van een dienst 112 in het kader van de dringende geneeskundige hulpverlening omvat aspecten van medische gezondheidszorg en vervoer van personen en van goederen. Bijgevolg, zo stelt de verzoekende partij, moet de uitbating van een dienst 112 worden opgevat als een dienst zoals bedoeld in de categorieën A.2 – vervoer te land en B.25 – gezondheidszorg van de bijlage 2 van de voormelde wet van 15 juni 2006.

Deze opvatting vindt, aldus de verzoekende partij, bevestiging in de rechtspraak van de Raad van State en van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Voorts voert de verzoekende partij ter adstructie van haar standpunt aan dat in de leidraad zelf wordt opgemerkt dat er wel degelijk in een financiële vergoeding is voorzien, minstens dat die niet wordt uitgesloten en dat het ter beschikking stellen van een ambulance met een ruimte en de betaling van

een brandverzekering en inboedelverzekering een economisch voordeel *in natura* is voor de gekozen inschrijver.

Ten slotte wijst de verzoekende partij op het feit dat de overeenkomst uiteindelijk werd gesloten onder bezwarende titel “aangezien de gemeente een subsidie van € 51.000 moet voorzien aan de begunstigde”. “Doordat er een subsidie wordt verleend wordt er aldus door de gemeente Zele een voordeel of vergoeding verschaft. Deze subsidie was niet op voorhand bepaald, maar werd bepaald op basis van de ingediende offerte. Zonder subsidie is een ambulancedienst niet leefbaar. Bijgevolg is er sprake van een overeenkomst ten bezwarende titel, en is de Overheidsopdrachtenreglementering van toepassing.”

5. In haar memorie van wederantwoord verwijst de verzoekende partij naar de figuur van de complexe administratieve rechtshandeling in de mate dat de verwerende partij opmerkt dat de beslissing over de kwalificatie als concessie van openbare dienst reeds zou zijn genomen op 3 juli 2014 en dus intussen onaantastbaar zou zijn.

In de mate dat de verwerende partij opmerkt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel omdat de verzoekende partij niet aantoont op welke wijze de beweerde schending van de opgegeven bepalingen haar zou grieven aangezien zij gelijk werd behandeld met de gekozen inschrijver en zij toegang had tot de opdracht, verwijst de verzoekende partij naar het feit dat “[d]e toepassing van de Overheidsopdrachtenwetgeving [...] immers verschillende garanties [voorziet] ter bescherming van de kandidaten”. Zo verwijst zij naar de motiveringsplicht en informatieplicht vervat in de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’; ook wijst zij op de in deze wet vervatte “rechtsmiddelen waarover de partners beschikken wanneer zij een nieuwe overheidsopdracht aangaan”; welnu, deze wet, zo stelt de verzoekende partij, is niet van toepassing op concessies. Ten slotte merkt zij in dit kader op dat de voormelde wet van 15 juni 2006 voorziet “in een volledig regime over de toekenning en uitvoering van overheidsopdrachten” terwijl dit niet zo is voor concessies.

In de mate dat de verwerende partij opmerkt dat in de leidraad is vermeld dat wanneer een kandidaat geen opmerkingen maakt voor een bepaalde datum en een voorstel indient, hij onvoorwaardelijk de inhoud ervan aanvaardt en de verzoekende partij geen opmerkingen heeft gemaakt en een voorstel heeft ingediend en dus thans geen bezwaren meer mag maken wat ertoe leidt dat het middel onontvankelijk is, verwijst de verzoekende partij opnieuw naar de figuur van de complexe administratieve rechtshandeling en stelt zij dat deze clause uit de leidraad geen betrekking heeft op de keuze van de verwerende partij voor een concessieverlening.

Wat de grond van de zaak betreft, namelijk te weten of het om een overheidsopdracht dan wel om een concessie gaat, voert de verzoekende partij aan dat het hier gaat om een overeenkomst onder bezwarende titel doordat de uitvoerder een tegenprestatie krijgt van de aanbestedende dienst wat hier het geval is, namelijk een bedrag van 51.000 euro. De stelling van de verwerende partij dat er sprake is van een concessie “omdat de kosten en de risico’s worden verhaald op de gebruikers is dan ook niet correct”. “Het exploitatierisico wordt dus niet integraal overgedragen; zeker nu men eigenlijk al op voorhand en met zekerheid weet dat de kosten niet alleen kunnen verhaald worden bij de gebruikers.”

6. In haar laatste memorie weerspreekt de verzoekende partij de stelling verwoord in het auditorsverslag dat de verzoekende partij zich niet mag beroepen op de Labonorm-rechtspraak omdat het Hof van Justitie in de zaak *eVigilo Ltd*, nr. C-538/13 van 12 maart 2015, deze rechtspraak “op de helling” heeft gezet. Zij merkt op dat dit arrest hier geen toepassing kan vinden omdat de verwerende partij de overheidsopdrachtenreglementering niet heeft toegepast. Zij vraagt ook om met toepassing van artikel 159 van de Grondwet de gemeenteraadsbeslissing van 3 juli 2014 waarbij de gemeenteraad van Zele besliste “in te stemmen met het principe dat de uitbating van de 112 – Ambulancedienst in concessie wordt gegeven”, buiten toepassing te laten. Ook merkt de verzoekende partij op dat de beroepsmogelijkheden tegen de gemeenteraadsbeslissing van 3 juli 2014 nooit werden medegedeeld aan haar zodat de beroepstermijn geen aanvang kan nemen.

Ten slotte benadrukt de verzoekende partij dat zij belang heeft bij het middel aangezien het een middel van openbare orde is. “De niet-naleving van de verplichting tot mededinging, voorgeschreven door de reglementering inzake overheidsopdrachten, is van openbare orde.”

Beoordeling

7.1. In essentie voert de verzoekende partij aan dat de hier voorliggende “opdracht” een overheidsopdracht voor diensten onderworpen aan de overheidsopdrachtenreglementering betreft en niet wat de verwerende partij in haar leidraad uitgebreid gemotiveerd beweert, namelijk dat het om een concessie van openbare dienst gaat.

De verzoekende partij wordt niet bijgevalen om de volgende redenen.

7.2. Op de eerste plaats wijst de Raad op de bepalingen in de leidraad waarbij partijen worden uitgenodigd opmerkingen te maken over de leidraadbepalingen.

Zo staat er onder de hoofding “I.4 Concessieleidraad” uitdrukkelijk dat onduidelijkheden of tegenstrijdigheden in de leidraad onverwijld moet worden gemeld aan de gemeente en dit ten laatste op 15 augustus 2014. Voorts wordt hier vermeld dat wanneer een kandidaat een uitbatingsvoorstel indient, hij onvoorwaardelijk de inhoud van de leidraad en de toewijzingsmethode aanvaardt.

Onder hoofding “I.13 Procedure en keuze van het voorstel” wordt onder meer het volgende vermeld:

“Door de indiening van zijn voorstel aanvaardt de kandidaat-concessiehouder alle clausules van deze bevragingsleidraad en de bijlage. Elk voorbehoud of het niet nakomen van verbintenissen inzake één van deze clausules of beschikkingen leidt tot de substantiële onregelmatigheid van zijn voorstel.”

De verzoekende partij heeft tijdens de “toewijzingsprocedure” geen enkele opmerking gemaakt nopens de toewijzingsmethode. Pas in de procedure voor de Raad merkt zij, voor het eerst, op dat de reglementering inzake overheidsopdrachten had moeten worden gevolgd. Deze handelwijze strookt niet met de hiervoor aangehaalde bepalingen van de leidraad waarin er beperkingen worden aangebracht en waarbij een kandidaat die geen opmerkingen maakt, wordt geacht onvoorwaardelijk met de leidraad in te stemmen. De verzoekende partij was hierover goed geïnformeerd en de leidraadbepalingen laten niet aan duidelijkheid te wensen over nopens het feit dat de verwerende partij van oordeel is dat het om een concessie van openbare dienst gaat. In die omstandigheden alleen al heeft de verzoekende partij de ontvankelijkheid van haar middel gehypothekeerd.

7.3. Voorts moet worden opgemerkt dat de verzoekende partij een belang dient te hebben bij haar middel. Artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State luidt:

“De in het eerste lid bedoelde onregelmatigheden geven slechts aanleiding tot een nietigverklaring als ze, in dit geval, een invloed konden uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, de betrokkenen een waarborg hebben ontnomen of als gevolg hebben de bevoegdheid van de steller van de handeling te beïnvloeden.”

De verzoekende partij kan in beginsel slechts op ontvankelijke wijze een onregelmatigheid aanvoeren wanneer die onregelmatigheid haar belangen schaadt.

Aan de door de verwerende partij gevolgde “toewijzingsprocedure” heeft de verzoekende partij kunnen deelnemen op een gelijke wijze als de andere kandidaten; zij is op voorhand in kennis gesteld van de selectie- en “toewijzingscriteria” en zij beweert niet dat zij ongelijk behandeld is geweest bij de toelichtingsprocedure of dat er andere “toewijzingscriteria” zouden zijn gehanteerd dan bij een overheidsopdrachtenprocedure.

Bij het formuleren van haar middelen voert de verzoekende partij geen inbreuk aan van de overheidsopdrachtenreglementering tenzij de miskennis van het begrip overheidsopdracht. Zij beroept zich integendeel veelal op de miskennis van de leidraad zelf wanneer zij de schending aanvoert van het beginsel “*patere legem quam ipse fecisti*”.

Tegenover de argumentatie van de verwerende partij dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar middel waarbij zij vrij gedetailleerd aanvoert dat de verzoekende partij voor tal van elementen volstrekt gelijk en transparant werd behandeld “naar analogie met een gunningsprocedure in het kader van de overheidsopdrachtenreglementering”, brengt de verzoekende partij slechts een vaag en algemeen betoog naar voren waarbij zij stelt dat de overheidsopdrachtenreglementering in “verschillende garanties [voorziet] ter bescherming van de kandidaten” zoals de motiveringsplicht en informatieplicht en in “de rechtsmiddelen” voorgeschreven door de voormelde wet van 17 juni 2013. Ten slotte wijst zij in dit verband op de voormelde wet van 15 juni 2006 die voorziet “in een volledig regime over de toekenning en uitvoering van overheidsopdrachten”.

De verzoekende partij voert echter op geen enkel moment een concrete schending aan van de bepalingen van de voormelde wetten van 17 juni 2013 en 15 juni 2006. De verzoekende partij, die enkel een annulatieberoep heeft ingediend, blijft voorts uitermate vaag ten aanzien van het weerwerk van de verwerende partij.

Er is dan ook geen concreet belang voor de verzoekende partij aangetoond bij het middel.

7.4. In de mate dat de verzoekende partij opmerkt dat zij geen belang hoeft aan te tonen omdat haar middel van openbare orde is en zij hierbij kortweg stelt dat “[d]e overheidsopdrachtenwetgeving [...] van openbare orde [is]” en dat “[d]e niet-naleving van de verplichting tot mededinging, voorgeschreven door de reglementering inzake overheidsopdrachten, [...] van openbare orde [is]”, moet worden opgemerkt dat de verzoekende partij hierbij aldus opnieuw nalaat precies aan te geven welke door haar geschonden geachte

rechtsregel de openbare orde zou raken en om welke reden zulks het geval zou zijn, minstens geeft zij niet aan hoe de verwerende partij hier op enige wijze zou zijn tekortgekomen aan de naleving “van de verplichting tot mededinging”. De bewering van de verzoekende partij is dermate algemeen en diffuus dat ze niet mag worden aanvaard.

7.5. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert de schending aan “van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen en [...] van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en meer in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’”:

“Doordat in de bestreden beslissing pas advies wordt gevraagd nadat reeds de begunstigde van de concessie werd aangewezen, waarbij men eigenlijk zou mogen verwachten dat dergelijk advies wordt gevraagd vooraleer een beslissing te nemen.

Terwijl artikel 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 het zorgvuldigheidsbeginsel voorschrijft dat de overheid verplicht is over te gaan tot een zorgvuldig onderzoek naar het bestaan van de in aanmerking komende feiten, en dat de feiten juist en volledig moeten zijn.

En terwijl het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’ de overheid ertoe verplicht de algemene regels die het zelf heeft vastgesteld te eerbiedigen bij de concrete toepassing ervan.”

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij op de volgende bepaling in de leidraad:

“de toewijzing van de concessie gebeurt na goedkeuring door de FOD Volksgezondheid, bij monde van advies van de provinciale geneeskundige commissie. Dit is in de procedure van toewijzing voorzien (zie verder).”

De verwerende partij heeft volgens de verzoekende partij deze leidraadbepaling niet nageleefd bij het nemen van de bestreden beslissing waarin principieel wordt beslist over de toewijzing aan de tussenkomen de partij “van wie het voorstel eerst aan de provinciale geneeskundige commissie voor advies zal worden voorgelegd”. Voorts merkt de verzoekende partij op dat er niet wordt gemotiveerd waarom dergelijk advies niet op voorhand werd gevraagd noch is het duidelijk of het advies al werd gevraagd. Zij besluit: “Een overheid kan pas met kennis van zaken en met de nodige zorgvuldigheid een beslissing nemen als zij kennis heeft van alle aspecten van het dossier. Men kan niet eerst een beslissing nemen en dan advies vragen.”

9. In haar memorie van wederantwoord weerspreekt de verzoekende partij de stelling van de verwerende partij dat zij geen belang zou hebben bij het middel omdat zij niet zou aantonen op welke wijze zij zou zijn geschaad door het feit dat er geen advies, overigens geen verplicht advies, was. Zij wijst erop dat het verplicht advies een nieuw licht kan laten schijnen op de ingediende kandidaturen. Zo had haar voorstel een gunstig advies kunnen krijgen en dit van de tussenkomen de partij niet.

Het advies is volgens de verzoekende partij wel degelijk verplicht. Dit wordt met zoveel woorden opgenomen in de leidraad waarin duidelijk wordt vermeld dat “de toewijzing van de concessie gebeurt na goedkeuring door de FOD Volksgezondheid, bij monde van advies van de provinciale geneeskundige commissie”.

Ook merkt zij op dat uit een e-mail van P.V.D.V. blijkt dat er wel degelijk advies is gevraagd doch dat dit negatief was. Het advies werd genegeerd.

Voorts, zo vervolgt de verzoekende partij, gaat de door de verwerende partij aangebrachte continuïteit van de dienstverlening als argument om de bestreden beslissing toch te nemen, niet op. Nergens blijkt uit dat door de verwerende partij werd overwogen dat er een gevaar was voor deze continuïteit.

Ondergeschikt vraagt de verzoekende partij dat alle bescheiden en inlichtingen van de FOD Volksgezondheid met betrekking tot het advies worden voorgelegd.

10. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat er een negatief advies is uitgebracht doch dat zij het ondanks verwoede pogingen, wat zij documenteert, niet kan voorleggen.

Beoordeling

11. In de leidraad wordt onder rubriek “I.3 Concessie van openbare dienst” onder meer vermeld:

“- de toewijzing van de concessie gebeurt na goedkeuring door de FOD Volksgezondheid, bij monde van een advies van de provinciale geneeskundige commissie. Dit is in de procedure van toewijzing voorzien (zie verder);
- de vergunning of licentie blijft bij de gemeente Zele (brandweer), doch de uitoefening ervan wordt verzekerd door een derde partij. Op deze manier moet de private partij geen individuele overeenkomst [...] sluiten met de FOD Volksgezondheid gezien ze zich verbindt ten aanzien van de licentiehouders. Hieromtrent wordt advies ingewonnen bij de FOD Volksgezondheid.”

Onder de rubriek “I.13 Procedure en keuze van voorstel” wordt er in de leidraad onder meer vermeld:

“De gemeente gaat eerst na of de kandidaat-concessiehouders in aanmerking komen voor selectie.
De gemeente kiest vervolgens, desgevallend na onderhandeling, bijkomende toelichting of schorsing ingevolge toepassing van één of meerdere van de gevallen bedoeld in artikel I.11 van deze leidraad, het regelmatige voorstel dat, rekening houdend met de toewijzingscriteria [...], het meeste punten scoort.

De modaliteiten van de onderhandeling, toelichting of bijkomend advies worden door de gemeente Zele bepaald, met respect voor de beginselen van behoorlijk bestuur.

Over het voorstel tot concessie kan door de gemeente Zele, voor de definitieve toewijzing:

- advies worden ingewonnen bij de FOD Volksgezondheid bij monde van de Provinciale Geneeskundige Commissie voor dringende hulpverlening
- [...];
- [...].

De kandidaat-concessiehouder verleent zijn medewerking bij deze procedures en overlegmomenten.

Met de kandidaat-concessiehouder van het gekozen voorstel wordt een afzonderlijke concessie-overeenkomst afgesloten.”

In de bestreden beslissing wordt na het refereren aan het besluit van het toewijzingsverslag onder meer als volgt overwogen:

“overwegende dat het College zich de inhoud van het bijgevoegde verslag integraal eigen maakt en deze hier als uitdrukkelijk hernomen beschouwd; gelet op de verbintenistermijn van 120 kalenderdagen;

overwegende dat de bevragingsleidraad voorziet dat voor de definitieve toewijzing een advies aan de provinciale geneeskundige commissie dient te worden gevraagd;

[...]

overwegende dat met de begunstigde een concessie-overeenkomst zal worden opgemaakt en ondertekend;

dat het College reeds principieel kan beslissen over de niet-toewijzing van de concessie aan Dienst 112 én over de principiële toewijzing van de concessie aan Ambulance Centrum Oost-Vlaanderen vzw, van wie het voorstel eerst aan de provinciale geneeskundige commissie voor advies zal worden voorgelegd;”

In de bestreden beslissing wordt in artikel 3 het volgende vermeld:

“[het college beslist] [d]at de concessie principieel wordt toegewezen aan Ambulance Centrum Oost-Vlaanderen [...] met wie een concessie overeenkomst verder zal worden uitgewerkt en van wie het voorstel eerst aan de provinciale geneeskundige commissie voor advies zal worden voorgelegd. Dat daartoe aan Mr. [R.] wordt gevraagd een ontwerp van concessieovereenkomst uit te werken, alsmede de verdere afhandeling van de toewijzing te begeleiden.”

Uit een en ander blijkt dat de hier bestreden beslissing zonder schending van de bepalingen van de leidraad mocht worden genomen vooraleer het advies van de FOD Volkgezondheid wordt gevraagd aangezien het hier om de principiële “toewijzing” gaat en niet om de definitieve “toewijzing” die de op het ogenblik van de bestreden beslissing nog niet geredigeerde concessie-overeenkomst zelf betreft.

Voorts wijst de Raad er, voor zover als nodig, op dat in de eigenlijke concessieovereenkomst een negatief advies van de FOD als een overmachtsituatie respectievelijk onvoorziene omstandigheid wordt beschouwd.

Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partij voert de schending aan “van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen en [...] van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en meer in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”:

“Doordat in de bestreden beslissing geen onderzoek werd gedaan naar de naleving of het respect voor de toelaatbaarheidsvoorwaarden zoals omschreven onder hoofdstuk I.7. van de Bevragsleidraad voor de toewijzing van de concessie.

Terwijl artikel 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 het zorgvuldigheidsbeginsel voorschrijft dat de overheid verplicht is over te gaan tot een zorgvuldig onderzoek naar het bestaan van de in aanmerking komende feiten, en dat de feiten juist en volledig moeten zijn.”

In de toelichting bij het middel betoogt de verzoekende partij in de eerste plaats dat de verwerende partij “in de bestreden beslissing” geen onderzoek heeft gedaan naar de toelaatbaarheid van de kandidaturen, minstens dat de bestreden beslissing hierover geen motivering bevat.

Voorts stelt zij dat de verwerende partij onzorgvuldig is te werk gegaan bij het onderzoek van het voorstel van de gekozen inschrijver. De referenties en het personeelsbestand van de verzoekende partij zijn veel transparanter dan die van de gekozen inschrijver. De vergoedingen voor de vrijwilligers bij het voorstel van de gekozen inschrijver zijn niet transparant; er is slechts sprake van richtprijzen zodat de ernst van het door de verkozen inschrijver ingediende businessplan – een toewijzingscriterium dat op 30 punten staat – hier twijfelachtig is.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat in de leidraad veel aandacht wordt geschonken aan de fiscale behandeling van de vrijwilligers waarvoor het Wetboek van Inkomstenbelastingen weliswaar niet in een belastingvrijstelling voorziet maar mits een fiscale ruling dit wel mogelijk is. In het voorstel van de verzoekende partij wordt gewezen op het feit dat zij beschikt over dergelijke ruling; de gekozen inschrijver heeft dit niet en het is onzeker of zij het zal krijgen. De verwerende partij heeft dus de bestreden beslissing zonder zekerheid hierover genomen niettegenstaande in de leidraad is vermeld dat de gemeente de toewijzingsprocedure kan opschorten “teneinde samen met een kandidaat een akkoord tot afwijking met de fiscale administratie aan te vragen en te bekomen”.

13. In haar memorie van wederantwoord wijst de verzoekende partij erop dat de fiscale ruling een voorwaarde is om de opdracht uit te oefenen; de verwerende partij wil hier niet, aldus de verzoekende partij, op ingaan en mocht de opdracht dan ook niet toekennen aan de tussenkomende partij.

14. In haar laatste memorie herhaalt de verzoekende partij haar middel.

Beoordeling

15. Wat de eerste grief betreft, namelijk dat de verwerende partij zou hebben nagelaten de toelaatbaarheidsvereisten na te gaan, vermeldt de leidraad volgende relevante bepalingen:

“Door een uitbatingsvoorstel in te dienen, verklaart de kandidaat-concessiehouder dat hij:

- niet in staat van faillissement of van vereffening verkeert, dat zijn werkzaamheden niet zijn gestaakt, dat geen gerechtelijk akkoord werd bekomen, noch dat hij in een overeenstemmende toestand verkeert als gevolg van een gelijkaardige procedure;
- geen aangifte heeft gedaan van een faillissement, dat voor hem geen procedure van vereffening of van gerechtelijk akkoord aanhangig is, noch dat hij het voorwerp is van een gelijkaardige procedure;
- niet, bij een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, veroordeeld is geweest voor een misdrijf dat zijn professionele integriteit aantast;
- bij zijn beroepsuitoefening geen ernstige fout heeft begaan;
- voldaan heeft aan haar verplichtingen inzake de betaling van de bijdragen voor de sociale zekerheid;
- in orde te zijn met de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de geldende wetgeving; en
- zich niet heeft schuldig gemaakt aan het afleggen van valse verklaringen bij het verstrekken van deze inlichtingen.

De gemeente Zele kan in de loop van de procedure alsnog de voorlegging vragen van stukken om deze verklaringen te staven.”

In de bestreden beslissing wordt vermeld dat “de beide voorstellen tijdig werden ingediend en als regelmatig en ontvankelijk kunnen worden beschouwd”. Hieruit mag worden afgeleid dat de verwerende partij de toelaatbaarheidsvereisten heeft nagegaan. De verzoekende partij toont niet aan dat over dit onderzoek een nadere motivering dan de opgenomen motivering had moeten worden gegeven.

Wat de tweede grief betreft, namelijk dat de gekozen inschrijver richtprijzen geeft en de verwerende partij, door daarmee rekening te houden, onzorgvuldig is te werk gegaan, wordt de verzoekende partij evenmin gevolgd om de volgende reden.

In de leidraad wordt aan de inschrijvers gevraagd een ontwerp van businessplan voor te leggen; één van de toewijzingscriteria betreft dit businessplan en een voorstel van aanpak. De verzoekende partij toont niet aan dat voor de redactie van dergelijk ontwerp niet mag worden gewerkt met richtprijzen die een idee kunnen geven van de haalbaarheid van de exploitatie.

Wat de derde grief betreft in verband met de fiscale ruling ten aanzien van de vrijwilligers, volstaat het op te merken dat de leidraad voorziet in “de mogelijkheid” voor de gemeente “om de procedure op te schorten teneinde samen met een kandidaat een akkoord tot afwijking met de fiscale administratie aan te vragen en te bekomen”. Het feit dat er sprake is van een mogelijkheid houdt in dat wanneer er geen fiscale ruling is de verwerende partij toch mocht beslissen. Voorts voorziet de hierboven geciteerde rubriek “I/13 Procedure en keuze van voorstel” er duidelijk in dat de gemeente mag beslissen vooraleer over het voorstel van concessie een akkoord “kan” worden gevraagd bij de rulingcommissie. Overigens legt de tussenkommende partij als stuk de fiscale ruling voor die zij heeft gesloten in mei 2015.

Het middel wordt verworpen.

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 en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 november 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest