RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 230.703 van 31 maart 2015
in de zaak A. 215.236/XII-7844

In zake: de NV CLEANLEASE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK WELZIJN VAN OOSTENDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Mike Gelders
kantoor houdend te 3001 Leuven
Celestijnenlaan 17/0603
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de VZW CENTRALE LINNENDIENST OPENBARE VERZORGINGSINSTELLINGEN ANTWERPEN (CLOVA)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Koen Geelen en Wouter Moonen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 maart 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van 9 februari 2015 waarbij Verwerende Partij is toegetreden als lid van

Belanghebbende Partij en waarbij de dienstverlening inzake wasserij in opdracht van Verwerende Partij door Belanghebbende Partij zal worden uitgevoerd".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 16 maart 2015 heeft de vzw Centrale Linnendienst Openbare Verzorgingsinstellingen Antwerpen (Clova) gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 maart 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Mike Gelders, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Wouter Moonen, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur 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 verzoekende en de verwerende partij hadden een overeenkomst gesloten betreffende de "verhuring en onderhoud plat linnen/arbeidskledij en het onderhoud van bewonerswas" met betrekking tot bepaalde verzorgingsinstellingen. Deze overeenkomst liep van 15 februari 2010 voor een duur van 5 jaar tot 15 februari 2015.

3.2. Op 21 oktober 2014 geeft de Raad van het OCMW van Oostende zijn principiële goedkeuring om met ingang van 15 februari 2015 toe te treden tot de vzw Clova "voor de huur en de verwerking van het linnengebeuren met name plat linnen, arbeidskledij en bewonerswas van het OCMW van Oostende".

3.3. Op 28 oktober 2014 geeft de verwerende partij kennis van deze beslissing aan de verzoekende partij en deelt zij mee dat zij in de toekomst dus de volledige wasserij-service, via een formule van collectief beheer, zelf in handen wenst te nemen zodat zij vanaf 16 februari 2015 niet langer wenst beroep te doen op haar dienstverlening inzake wasserij.

3.4. Op 12 november 2014 vraagt de verzoekende partij de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de voormelde beslissing van 21 oktober 2014.

Bij arrest nr. 229.486 van 9 december 2014 verwerpt de Raad van State de vordering om reden dat de vordering voorbarig is:

> "Te dezen houdt de bestreden beslissing in dat de verwerende partij een besluit neemt om toe te treden tot de tussenkomende partij, een vereniging zonder winstoogmerk. Die toetreding moet echter volgens artikel […] van haar statuten worden aanvaard. Zulks is ook vermeld in artikel 2 van de bestreden beslissing van 21 oktober 2014 met de bewoordingen "Na positieve antwoord vanwege Clova vzw…". Die aanvaarding lijkt nog niet te zijn tussengekomen.
> Voorts dient volgens de bestreden beslissing na dat eventuele positieve antwoord nog een "samenwerkingsovereenkomst […] onderhandeld te worden" en "ter goedkeuring voorgelegd worden op het Bijzonder Comité Aankoopbeleid".
> Mocht de kwestieuze en "principieel" genoemde beslissing van 21 oktober 2014 al kunnen worden aangemerkt als een "gunningsbeslissing" waarop meteen de regelgeving van de overheidsopdrachten van toepassing zou zijn – uitgangspunt van de verzoekende partij in haar enige middel maar meteen voorwerp van ernstige betwisting door de andere partijen – dan nog lijkt deze beslissing nog niet uitvoerbaar te zijn, wegens de nog nodige aanvaarding door de vzw Clova en de nog komende onderhandelingen over het voorwerp van de betrokken samenwerking, waardoor nog geen concrete opdracht lijkt te kunnen worden omschreven.
> Mede rekening gehouden met het klaarblijkelijke doel van de vordering van de verzoekende partij, namelijk te mogen meedingen naar een vorm

> van samenwerking met de verwerende partij zoals degene waarin zij voor het ogenblik is betrokken, richt de verzoekende partij zich in wezen tegen een beslissing die nog niet het voorwerp heeft dat de verzoekende partij in de door haar aangevatte rechtsstrijd, rond de toepasselijkheid van de regelgeving inzake de overheidsopdrachten, wil betrokken zien. De tussenkomende partij lijkt immers nog geen definitief standpunt te hebben ingenomen over het voormelde lidmaatschap en de verzoekende en de tussenkomende partij hebben evenmin reeds concrete vormen van samenwerking in een overeenkomst betrokken.
> De vordering is dienvolgens voorbarig ingediend en bijgevolg niet ontvankelijk. In zoverre wordt de exceptie aanvaard."

3.5. Op 16 december 2014 richt de raadsman van de verzoekende partij aan het OCMW van Oostende en de vzw Clova een verzoek om de bestuursdocumenten over te maken op grond waarvan de samenwerking tussen het OCMW van Oostende en de vzw Clova contractueel wordt geformaliseerd.

Op 8 januari 2015 beslist de vzw Clova dat zij niet gehouden is door de wetgeving openbaarheid van bestuur.

Het OCMW van Oostende laat na een beslissing te treffen.

Op 15 januari 2015 dient de verzoekende partij een beroepschrift in bij de Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie – Afdeling openbaarheid van bestuur.

Met een beslissing van 12 februari 2015 bevindt de Beroepsinstantie het beroepschrift ontvankelijk doch ongegrond:

> "Overwegende dat na onderzoek de beroepsinstantie moet besluiten dat het voorwerp van het huidige beroepschrift betrekking heeft op onbestaande documenten; dat het beroepschrift dan ook als ongegrond moet worden beschouwd".

3.6. Inmiddels, namelijk op 9 februari 2015 keurt de algemene vergadering van de vzw Clova de aanvraag tot lidmaatschap van het OCMW van Oostende goed.

3.7. Op 19 februari 2015 schrijft de verzoekende partij het OCMW van Oostende en de vzw Clova aan teneinde te horen bevestigen dat de betrokken dienstverlening is aangevat en haar de bestuursdocumenten te bezorgen op grond waarvan deze samenwerking is geformaliseerd.

3.8. Bij brief van 25 februari 2015 deelt het OCMW van Oostende aan de verzoekende partij mee dat "in de bijzondere algemene vergadering van Clova van 9 februari […] de aanvraag van het OCMW Oostende tot lidmaatschap van de vzw Clova geagendeerd [werd] en met unanimiteit van stemmen goedgekeurd".

IV. Tussenkomst

4. De verzoekende partij tot tussenkomst lijkt nauw betrokken bij de bestreden beslissing en heeft er blijkbaar belang bij dat de vordering wordt afgewezen, hetgeen zij vraagt in haar verzoekschrift tot tussenkomst. Bijgevolg moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie betreffende de rechtsmacht

5. De verzoekende partij tot tussenkomst betwist de rechtsmacht van de Raad van State. Zij meent dat de bestreden beslissing, zoals aangegeven door de verzoekende partij, hetzij de kennisgeving viseert, gedaan door het OCMW van Oostende op 25 februari 2015, hetzij de goedkeuring van het lidmaatschap van het OCMW van Oostende door de tussenkomende partij op 9 februari 2015.

In beide hypothesen valt de vordering volgens de verzoekende partij tot tussenkomst buiten de rechtsmacht van de Raad. Enerzijds beoogt een loutere kennisgeving geen rechtsgevolgen te ressorteren en kan zij daarom niet worden aangemerkt als een administratieve rechtshandeling. Anderzijds gaat de beslissing van de tussenkomende partij van 9 februari 2015 houdende goedkeuring van het lidmaatschap van het OCMW Oostende uit van een private rechtspersoon, die geen derden kan binden, zodat de tussenkomende partij niet kan worden

beschouwd als een administratieve overheid in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

In aansluiting op deze exceptie werpt de tussenkomende partij voorts in haar verzoekschrift tot tussenkomst onder de bespreking van de grondvoorwaarden, op dat de wettigheidskritiek van de verzoekende partij inhoudelijk betrekking heeft, noch op de kennisgeving van 25 februari 2015 door het OCMW van Oostende, noch op de goedkeuring van het lidmaatschap door de vzw Clova op 9 februari 2015. Ook om die reden acht de verzoekende partij tot tussenkomst de vordering niet ontvankelijk.

Beoordeling

6. De verzoekende partij koppelt, onder meer in de uiteenzetting betreffende haar belang, de kennisgeving van 25 februari 2015 van het OCMW van Oostende aan artikel 3, sectie I, 2, voorlaatste lid, van de statuten van de vzw Clova, luidens welk "het kandidaat-lid […] na aanvaarding beroep [zal] doen op de dienstverlening van de VZW" om te besluiten dat de dienstverlening actueel door de vzw Clova aan het OCMW van Oostende wordt verstrekt of alleszins, dat het OCMW van Oostende verplicht is op de dienstverlening van de vzw Clova een beroep te doen.

De formele omschrijving van de bestreden beslissing in de aanhef van het verzoekschrift dient derhalve te worden begrepen in combinatie met de genoemde bepaling van de statuten van de vzw Clova om de juiste draagwijdte te vatten van wat de verzoekende partij als onrechtmatig wil zien aanmerken, namelijk de impliciete beslissing van het OCMW van Oostende om een beroep te doen op de dienstverlening van de vzw Clova die volgens haar statuten het noodzakelijke gevolg is van de goedkeuring van het lidmaatschap en die volgens de verzoekende partij neerkomt op de gunning van een overheidsopdracht, zij het met omzeiling van de overheidsopdrachtenreglementering.

De excepties dat de vordering aan de rechtsmacht van de Raad van State zou ontsnappen of geen wettigheidskritiek omvat die kan worden

betrokken op het voorwerp ervan, lijken in de gegeven omstandigheden derhalve niet te kunnen worden aangenomen.

Overige excepties

7.1. De verwerende partij betoogt dat de vordering niet ontvankelijk is aangezien ze nog steeds een niet-uitvoerbare beslissing tot voorwerp heeft.

Zij doet ter terechtzitting afstand van deze exceptie en erkent dat een "ad hoc"-samenwerking loopt met de tussenkomende partij.

7.2. Voorts ontzegt de verwerende partij aan de verzoekende partij het rechtens vereiste belang bij de gevraagde vordering.

Deze exceptie dient niet te worden onderzocht noch dient er over uitspraak te worden gedaan, nu hierna zal blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing niet zijn vervuld.

8. Wegens hetgeen hiervoor is vastgesteld valt niet in te zien waarom de vermelding in het verzoekschrift van het OCMW van Oostende als verwerende partij niet correct zou zijn, zoals in de nota van de verwerende partij wordt gesuggereerd.

VI. Schorsingsvoorwaarden

9.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

9.2. Evenwel rijst de vraag of te dezen de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake

overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' van toepassing is. Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid. Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Het antwoord op de vraag of voor de litigieuze gunningsprocedure de verwerende partij zich buiten het toepassingsgebied van de wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' mocht plaatsen, door zich te beroepen op de uitzondering inzake de zogenoemde *inhouse*-opdrachten lijkt aldus niet alleen bepalend te zijn voor de beoordeling van het ernst van het enige middel, waarin die vraag aan de orde is, doch ook voor de toepasselijke schorsingsvoorwaarden.

Mocht hierna niet worden aangetoond dat de voormelde wet van 15 juni 2006 van toepassing is, dan lijkt het vanzelfsprekend dat in elk geval mag worden aangenomen dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is. De verzoekende partij wijst er immers op dat de dienstverleningsovereenkomst tussen haar en de verwerende partij beëindigd is op 16 februari 2015 en laatstgenoemde geeft ter terechtzitting toe dat sindsdien een *ad-hoc* samenwerking lopende is met de tussenkomende partij.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

10. Het middel wordt geput uit de schending van "de wet van 15 juni 2006, meer bepaald artikel 2, 1°, c), artikel 3, 4° en artikel 5; schending van Richtlijn 2004/18/EG; schending van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het mededingingsbeginsel; schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen".

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

> "Doordat Verwerende Partij op grond van de Bestreden Beslissing, m.n. door de aanvaarding als lid, een overheidsopdracht voor aanneming van diensten, met als voorwerp 'wasserij-service', gunt aan Belanghebbende Partij zonder toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten of enige vorm van mededinging op grond van de motivering dat de wetgeving overheidsopdrachten niet moet worden nageleefd omdat het een *inhouse*-opdracht betreft;
>
> Terwijl op basis van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie, een *inhouse*-opdracht veronderstelt dat voldaan is aan drie voorwaarden, m.n.:
>
> (i) Verwerende Partij en Belanghebbende Partij zijn onderscheiden juridische activiteiten, waarbij Belanghebbende Partij wordt geacht het verlengstuk te zijn van Verwerende Partij wat betreft de administratieve, technische en andere middelen;
>
> (ii) Verwerende Partij oefent op Belanghebbende Partij een toezicht uit zoals op haar eigen diensten; en
>
> (iii) Belanghebbende Partij verricht het merendeel van haar werkzaamheden ten behoeve van de leden die haar beheersen;
>
> Terwijl minstens één lid van Belanghebbende Partij een privaatrechtelijk statuut heeft (m.n. ZNA vzw), zoals bevestigd door de rechtspraak van uw Raad, zodat bijgevolg, zoals bevestigd door het Hof van Justitie in haar arrest van 19 juni 2014 (C-574/1 2) (stuk 12), om deze reden, een toezicht door Verwerende Partij zoals op haar eigen diensten is uitgesloten; in voormeld arrest van 19 juni 2014 heeft het Hof van Justitie immers geoordeeld:
>
> 'Wanneer de voor een overheidsopdracht geselecteerde entiteit een vereniging van algemeen nut zonder winstoogmerk is waarbij ten tijde van de gunning van die opdracht niet alleen entiteiten uit de publieke sector zijn aangesloten, maar ook particuliere instellingen van sociale solidariteit die activiteiten zonder winstoogmerk verrichten, is de voorwaarde van 'toezicht zoals op de eigen diensten' – waaraan volgens de rechtspraak van het Hof moet zijn voldaan om de gunning van een overheidsopdracht als een inhousetransactie te kunnen aanmerken – niet vervuld, zodat richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten van toepassing is.'
>
> Eerste onderdeel

Terwijl de toepassing van de inhousegunning vereist dat Belanghebbende Partij het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de leden die haar beheren;

Terwijl artikel 2, tweede lid, van de statuten van Belanghebbende Partij voorziet in de in omvang prima facie onbegrensde mogelijkheid om bijkomstige activiteiten, met inbegrip van bijkomstige commerciële en winstgevende activiteiten te verrichten;

Terwijl, zoals door advocaat-generaal P. Mengozzi is aangegeven in zijn conclusie d.d. 27 februari 2014 in de zaak C-574/I2, een statutaire bepaling bij de dienstverlener die toelaat om maximaal 20% van de diensten te verrichten aan niet aangesloten leden, geen marginale activiteit vormt in kwantitatief opzicht, en bijgevolg kennelijk de draagwijdte van de inhouse-uitzondering overstijgt, te meer daar zoals uitdrukkelijk bevestigd door het Hof van Justitie, de inhousegunning strikt moet worden toegepast als uitzondering op de wetgeving overheidsopdrachten;

Terwijl de informatie op de website van Belanghebbende Partij onder de hoofding 'bedrijf', 'visie' en 'missie' de bevestiging aanreiken dat Belanghebbende Partij zich, als marktactor, op veralgemeende wijze door middel van actieve promotie en reclame richt tot de algemene markt van de klanten uit de gezondheids- en verzorgingssector en op basis van de Nacebel code versie 2008 niet alleen BTW-activiteiten code 96.011, m.n. 'activiteiten van industriële wasserijen' verricht (sinds 2 januari 2008), maar ook BTW-activiteiten code 96.012, m.n. 'Activiteiten van wasserettes en wassalons ten behoeve van particulieren' sinds 2 december 2013;

Zodat in hoofde van Belanghebbende Partij niet voldaan is aan de vereiste dat zij het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de leden die haar beheren;

Zodat het eerste onderdeel van het eerste en enige middel ernstig is;

Tweede onderdeel

Terwijl, niettegenstaande de taken van algemeen belang waarmee als privaatrechtelijke rechtspersoon, m.n. een vereniging zonder winstoogmerk, is belast, ZNA gegeven haar privaatrechtelijk statuut en haar kwalificatie als onderneming in het Wetboek Economisch Recht, meer bepaald wat betreft Boek VI – Marktpraktijken en Consumentenbescherming, eigen private doelstellingen nastreeft die, hoewel ongetwijfeld waardevol en met een sociaal karakter, verschillen van de taken en doelstellingen van algemeen belang waarmee openbare ziekenhuizen van rechtswege zijn belast en op grond waarvan artikel 125 van de Ziekenhuiswet voorziet in een financiering van rechtswege door overheidsmiddelen in geval van eventuele tekorten;

Terwijl het Gerecht van Eerste Aanleg het bestaan van deze verschillende taken, zoals vastgesteld door de Europese Commissie, in haar arrest T- I 73/10 van 7 november 2012 heeft bevestigd;

Zodat privaat vormgegeven ziekenhuizen dan ook in hun besluitvorming worden geleid door overwegingen die verband houden met hun eigen private belangen die verschillen van de openbare of publiek vormgegeven ziekenhuizen nagestreefde doelstelling van algemeen belang;

Zodat niet voldaan is aan de voorwaarde inzake toezicht, zoals vereist voor inhousegunningen in hoofde van Verwerende en Belanghebbende Partij;

Zodat het tweede onderdeel van het eerste en enige middel ernstig is;

Derde onderdeel

Terwijl de Bestreden Beslissing bovendien het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel schendt nu Verwerende Partij, zonder enige voorafgaande afweging van de mogelijke vormen van dienstverlening, haar aanvraag indient om lid te worden van Belanghebbende Partij en hierbij de verbintenis aangaat om de werkzaamheden van Belanghebbende Partij, als afzonderlijk rechtspersoon te financieren, waarbij geen enkele motivering wordt verstrekt omtrent de omvang van de dienstverlening en de aannemingsvoorwaarden waaronder deze dienstverlening door Belanghebbende Partij zal worden verricht;

Terwijl, op basis van het zorgvuldigheidsbeginsel en het mededingingbeginsel op een administratieve overheid de verplichting rust om, met het oog op haar dienstverlening, haar besluitvorming te steunen op deugdelijke en weloverwogen motieven, die het voorwerp uitmaken van een openbaarmaking, te meer nu, zoals bevestigd door de Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie, zowel Verwerende Partij als Belanghebbende Partij moeten worden aangemerkt als een ‘bestuursinstantie’ voor de toepassing van het Decreet van 26 maart 2004;

Terwijl het uitoefenen van een discretionaire bevoegdheid een administratieve overheid, zoals in casu Verwerende Partij, niet ontslaat van de naleving van de beginselen van behoorlijk bestuur, alsmede de formele motiveringsplicht, vervat in de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991;

Terwijl de Bestreden Beslissing een ernstige aantasting inhoudt van het stelsel van de onvervalste mededinging, nu kennelijk niet aan alle marktdeelnemers gelijke kansen werden geboden, maar, integendeel, één marktdeelnemer, m.n. Belanghebbende Partij, een alleenrecht wordt

verleend om, zonder enige vergelijking van de commerciële en uitvoeringsvoorwaarden en zonder enige controle of toezicht op de dienstverleningsovereenkomsten, actief ziekenhuizen en verzorgingsinstellingen te benaderen teneinde via lidmaatschap deze ziekenhuizen en verzorgingsinstellingen te verplichten diensten af te nemen;

Zodat de Bestreden Beslissing bijgevolg de bepalingen van de Wet van 15 juni 2006 schendt, meer bepaald de artikelen 2, 1°, c), artikel 3, 4° en artikel 5, omgezet in toepassing van Richtlijn 2014/I8/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna 'Richtlijn 2014/18/EG'); tevens schendt de Bestreden Beslissing de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het mededingingsbeginsel".

11. Hierna volgt een toelichting van 37 bladzijden waarin het geschetste middel nog meer wordt uitgewerkt.

Beoordeling

12. De verwerende en de verzoekende partijen tot tussenkomst betwisten de ontvankelijkheid van het middel.

Deze ontvankelijkheidsbezwaren behoeven geen nader onderzoek, nu hierna zal blijken dat het enige middel niet ernstig is.

13. Volgens artikel 3, 1° en 4°, van de wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' is er sprake van een overheidsopdracht voor aanneming van diensten wanneer het gaat om een overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en één of meer aanbestedende overheden of overheidsbedrijven anderzijds, en die betrekking heeft op het verlenen van de in bijlage II bij de betrokken wet vermelde diensten.

Op 21 oktober 2014 heeft de verwerende partij beslist toe te treden tot de vzw Clova "voor de huur en de verwerking van het linnengebeuren

met name plat linnen, arbeidskledij en bewonerswas van het OCMW van Oostende. Dit met ingang van 15 februari 2015."

Op 9 februari 2015 heeft de vzw Clova de aanvraag tot lidmaatschap van het OCMW van Oostende goedgekeurd.

Artikel 3, sectie I, 2, voorlaatste lid van de statuten van de vzw Clova, bepaalt dat "het kandidaat-lid […] na aanvaarding beroep [zal] doen op de dienstverlening van de VZW".

Ter terechtzitting werd door het auditoraat in het mondelinge advies onder meer vastgesteld hetgeen volgt.

> Te dezen ligt de vraag voor of de verwerende partij al dan niet terecht toepassing heeft gemaakt van de zogenoemde "*in-house*-gunning".
>
> Het komt passend voor de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie dienaangaande in herinnering te brengen.
>
> Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie is het hoofddoel van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten op het gebied van de uitvoering van werkzaamheden, de levering van producten en de verrichting van diensten, hetgeen impliceert dat elke aanbestedende dienst de relevante Unierechtelijke regels moet toepassen wanneer is voldaan aan de daarin gestelde voorwaarden.
>
> Derhalve moet elke uitzondering op de gelding van deze verplichting strikt worden uitgelegd.
>
> Het Hof heeft vastgesteld dat voor de toepassing van de in richtlijn 93/36/EEG, thans de richtlijn 2004/18, vervatte procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten volgens artikel 1, lid 2, sub a, van die richtlijn in beginsel volstaat dat een overeenkomst onder bezwarende titel is gesloten tussen een aanbestedende dienst en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is.
>
> De door het Hof erkende uitzondering op dit beginsel, inzake "*in-house*-gunningen" wordt gerechtvaardigd door de overweging dat een overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, zijn taken van algemeen belang kan vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat hij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren, en dat deze uitzondering mag worden

uitgebreid tot situaties waarin de medecontractant een entiteit is die juridisch van de aanbestedende overheid onderscheiden is, wanneer deze aanbestedende dienst op de opdrachtnemer toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en die entiteit het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst of diensten die haar beheren. In dergelijke gevallen mag worden geoordeeld dat de aanbestedende dienst zijn eigen middelen gebruikt.

Het Hof heeft het begrip "toezicht zoals op de eigen diensten" nader uitgewerkt door op te merken dat het moet gaan om de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om een doorslaggevende invloed uit te oefenen op zowel de strategische doelstellingen als de belangrijke beslissingen van de opdrachtnemende entiteit en dat het door de aanbestedende dienst uitgeoefende toezicht werkzaam, structureel en functioneel moet zijn.

Bovendien heeft het Hof erkend dat onder bepaalde voorwaarden het "toezicht zoals op de eigen diensten" gezamenlijk kan worden uitgeoefend door diverse overheidsdiensten die samen de opdrachtnemende entiteit bezitten.

Tevens heeft het Hof geoordeeld dat de deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, hoe dan ook uitsluit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten, aangezien de plaatsing van privékapitaal in een onderneming steeds beantwoordt aan specifieke overwegingen die verband houden met particuliere belangen en andere doelstellingen nastreeft dan doelstellingen van algemeen belang.

In de zaak C-574/12 inzake Centro Hospitalar de Setubal EPE en SUCH die heeft geleid tot het arrest van het Hof van Justitie van 19 juni 2014, wenste de verwijzende rechter te vernemen of sprake is van "toezicht zoals op de eigen diensten" wanneer de geselecteerde entiteit een vereniging van algemeen nut is zonder winstoogmerk, waarbij volgens haar statuten niet alleen entiteiten uit de openbare sector mogen aansluiten, maar ook particuliere instellingen van sociale solidariteit die activiteiten zonder winstoogmerk verrichten, en de laatstbedoelde instellingen ten tijde van de gunning van de opdracht een aanzienlijk gedeelte, zij het een minderheid, van de leden van de geselecteerde vereniging uitmaakten.

Het Hof van Justitie heeft allereerst in herinnering gebracht dat het feit dat de geselecteerde entiteit een privaatrechtelijke vereniging is en geen winst nastreeft niet relevant is voor de toepassing van de rechtspraak van het Hof inzake de uitzondering voor inhousetransacties.

Voorts merkt het Hof op dat de betrokken gekozen entiteit SUCH geen vennootschap is en dus geen maatschappelijk kapitaal bezit en de leden uit

de sociale sector geen ondernemingen zijn in de zin van de bewoordingen gebruikt in het arrest Stadt Halle en RPL Lochau.

Het Hof verduidelijkt dat een van de gronden waarop het Hof zich voor zijn oordeel in het arrest Stadt Halle en RPL Lochau had gesteund, niet was gebaseerd op de rechtsvorm van de particuliere entiteiten die deel uitmaakten van de geselecteerde entiteit en evenmin op het commerciële oogmerk van die entiteiten, maar wel op het feit dat die particuliere entiteiten zich lieten leiden door overwegingen die verband hielden met hun eigen particuliere belangen, welke verschilden van de door de aanbestedende dienst nagestreefde doelstellingen van algemeen belang. Om die reden kon volgens het Hof die dienst op de geselecteerde entiteit geen toezicht uitoefenen zoals op zijn eigen diensten. Het Hof heeft zijn conclusies in het arrest Stadt Halle en RPL Lochau dus niet willen beperken tot gevallen waarin handelsondernemingen met een winstoogmerk deelnemen in de geselecteerde entiteit.

Het Hof voegt toe dat zijn oordeel in het arrest Stadt Halle en RPL Lochau daarnaast ook was ingegeven door de overweging dat de rechtstreekse gunning van een opdracht een particuliere entiteit die deelneemt in het kapitaal van de geselecteerde entiteit zou bevoordelen ten opzichte van haar concurrenten.

In het arrest heeft het Hof geoordeeld dat de belangen van de particuliere leden van de SUCH en de doelen die zij nastreven weliswaar zeer waardevol zijn vanuit sociaal oogpunt, maar dat zij van een andere aard zijn dan de doelstellingen van algemeen belang die worden nagestreefd door de eveneens bij de SUCH aangesloten aanbestedende diensten. Bovendien acht het Hof het niet uitgesloten dat de particuliere leden van de SUCH, ondanks het feit dat zij instellingen voor sociale solidariteit zijn die met hun activiteiten geen winst nastreven, economische activiteiten kunnen verrichten in vrije mededinging met andere marktdeelnemers. De rechtstreekse gunning van een opdracht aan de SUCH zou de particuliere leden van die vereniging dan ook een concurrentievoordeel kunnen verschaffen.

In de thans voor de Raad voorliggende zaak wordt, in tegenstelling tot de voorgaande schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, vastgesteld dat de verzoekende partij zowel het vervuld zijn van de activiteitsvoorwaarde om te kunnen spreken van een *inhouse*-transactie, namelijk dat de gekozen entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst of diensten die haar beheren, bekritiseert, als de voorwaarde dat de aanbestedende dienst op de opdrachtnemer toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten.

In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij aldus dat het tweede lid van artikel 2 van de statuten van de verzoekende partij tot tussenkomst, onverenigbaar is met de door het Hof van Justitie gestelde voorwaarde dat

een entiteit het merendeel van haar activiteiten dient te verrichten ten behoeve van de aanbestedende overheden die toezicht over haar uitoefenen.

Terzake verwijst de verzoekende partij naar de conclusie van de advocaat-generaal bij het Hof van 27 februari 2014 in de zaak C-574/12, waarin is gesteld "dat in een situatie waarin de opdrachtnemer onder concurrerende voorwaarden en niet ten behoeve van de hem controlerende diensten 20% van zijn werkzaamheden verricht, […] niet kan worden gesteld dat hij het merendeel van zijn activiteiten hoofdzakelijk toespitst op de diensten die hem beheersen en alle andere activiteiten dus slechts marginaal zijn".

De verzoekende partij meent dat, *in casu*, de statuten van de verzoekende partij tot tussenkomst voorzien in de in omvang "onbegrensde" mogelijkheid om bijkomstige activiteiten, met inbegrip van bijkomstige commerciële en winstgevende activiteiten te verrichten. Zelfs indien wordt aangenomen dat de bedoelde "bijkomstige activiteiten" uitsluitend ten bate van de leden van de verzoekende partij tot tussenkomst worden verricht, overstijgt deze bepaling volgens de verzoekende partij kennelijk de draagwijdte van de in-house-uitzondering.

Waarom anders heeft volgens de verzoekende partij een entiteit als de verzoekende partij tot tussenkomst een website nodig waarbij zij zich bedient van termen als "klanten", "duurzaam ondernemer" en "partnerschap"?

Voorts verwijst de verzoekende partij naar de ondernemingsgegevens van de verzoekende partij tot tussenkomst die zij heeft geraadpleegd op de website van de Kruispuntbank van Ondernemingen en blijkens welke de verzoekende partij tot tussenkomst, wat betreft de BTW-activiteiten, sinds 2 december 2013 ook een activiteit onder code 96.012 "Activiteiten van wasserettes en wassalons ten behoeve van particulieren" zou hebben.

Artikel 2 van de statuten van de vzw Clova luidt als volgt:

"Art. 2. Doeleinden en activiteiten
Art. 2. Eerste lid. Doeleinden
De vereniging heeft als doel, het wassen, verhuren en behandelen van linnen of andere textielvervangende producten ten behoeve van openbare verzorgingsinstellingen, verenigingen van publiek recht, verenigingen en eraan gelieerde instellingen, voor zover ze lid zijn van de VZW, met het doel dit zo bedrijfseconomisch mogelijk te doen voor de aangesloten leden.
Art. 2. Tweede lid. Activiteiten
Tot de concrete activiteiten waarmee de doelstellingen van de VZW worden verwezenlijkt, behoren onder meer:
- de exploitatie van een wasbedrijf
- verhuur textiel

Daarnaast kan de vzw alle activiteiten ontplooien die rechtstreeks of onrechtstreeks bijdragen tot de verwezenlijking van voormelde niet-winstgevende doelstellingen, met inbegrip van bijkomstige commerciële en winstgevende activiteiten binnen de grenzen van wat wettelijk is toegelaten en waarvan de opbrengsten te allen tijde volledig zullen worden bestemd voor de verwezenlijking van de niet-winstgevende doelstellingen".

In zoverre de verzoekende partij de mogelijkheid om bijkomstige activiteiten, met inbegrip van bijkomstige commerciële en winstgevende activiteiten, in omvang "onbegrensd" heet, lijkt zij voorbij te gaan aan, enerzijds, het op het eerste gezicht naar omvang beperkte karakter van de bijkomstige activiteiten uit de aard van de kwalificatie "bijkomstig" volgens de statuten, en anderzijds, de begrenzing van de bijkomstige activiteiten tot "wat wettelijk is toegelaten".

Niet zonder reden lijkt de verzoekende partij tot tussenkomst in dat verband te verwijzen naar de beperkingen ingevolge de vzw-wetgeving en de btw-wetgeving.

Krachtens artikel 1 van de wet van 27 juni 1921 'betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen' is de vereniging zonder winstoogmerk een rechtspersoon die geen nijverheids- of handelszaken drijft en welke niet tracht een stoffelijk voordeel aan haar leden te verschaffen. De in artikel 1 van de vzw-wet geformuleerde wettelijke specialiteit omvat dus een dubbel verbod, namelijk 1° het verbod om daden van koophandel te stellen, en 2° het verbod om winst uit te keren.

In een arrest van 3 oktober 1996 heeft het Hof van Cassatie gesteld dat het een vzw toch is toegestaan economische handelingen te verrichten voor zover deze accessoir zijn en noodzakelijk voor de verwezenlijking van het niet-winstgevend doel.

Wat de btw-wetgeving betreft, verklaart de verzoekende partij tot tussenkomst dat zij is ingericht als een kostendelende vereniging.

De kostendelende vereniging is een vrijstellingsregeling waarin wordt voorzien door artikel 44, § 2, 1°bis, van het BTW-Wetboek. Ze wordt beschreven door aanschrijving nr. 3 van 9 mei 1996 .

De kostendelende vereniging is een permanente belangengemeenschap die door natuurlijke personen of door rechtspersonen wordt opgericht met het oog op rationalisering en om hun beheer- en exploitatiekosten te verminderen. Haar hoofdkenmerk is het gemeenschappelijk maken van de uitgaven die door de deelnemers of de leden worden gedragen.

Uit de stukken bijgebracht door de verzoekende partij tot tussenkomst blijkt dat de BTW-administratie op 7 juni 1988 heeft beslist dat de vereniging beantwoordt aan de voorwaarden om als kostendelende vereniging te worden opgevat.

Per schrijven van 23 april 2012 heeft de BTW-administratie bevestigd dat de vrijstelling nog steeds geldt.

De statuten van de vzw Clova stellen conform de aanschrijving nr. 3 van 9 mei 1996 specifieke eisen inzake het BTW-statuut van haar leden:

> "Art. 3. Sectie 1. Leden
> […]
> Het kandidaat-lid is
> Ofwel een niet-belastingplichtige rechtspersoon in de zin van artikel 6 van het BTW-wetboek
> Ofwel een rechtspersoon die onderworpen is aan de BTW en BTW belastbare handelingen stelt voor zover deze BTW-belastbare handelingen niet als een afzonderlijke werkzaamheid worden aangemerkt en voor zover de belastbare handelingen op jaarbasis niet meer bedragen dan 10% van alle handelingen".

In de zin dat de vzw Clova vanuit fiscaal oogpunt haar vrijstelling als kostendelende vereniging wil behouden, kunnen de daaraan verbonden voorwaarden derhalve ook als een statutaire beperking worden beschouwd aan de mogelijkheid om bijkomstige activiteiten te verrichten.

Ook de verwijzing door de verzoekende partij naar de ondernemingsgegevens van de vzw Clova na raadpleging van de Kruispuntbank, lijkt op het eerste gezicht niet doorslaggevend om te besluiten dat niet zou zijn voldaan aan de activiteitsvoorwaarde om de *in-house*-uitzondering te kunnen toepassen.

De verzoekende partij tot tussenkomst brengt in dat verband immers een stuk 7 bij waaruit blijkt dat zij op 18 november 2013 de FOD Economie heeft gewezen op een aantal materiële vergissingen:

> "(…)
> Echter stelden wij op die meldingsdocumenten ook vast dat er BTW activiteiten opgesomd zijn die Clova vzw nooit heeft aangevraagd of uitgevoerd.
> De enige activiteit die Clova altijd heeft uitgevoerd valt onder de NACEBEL code 96011 (vroeger 93011) "Activiteiten van industriële wasserijen".
>
> De andere vermelde Nacebel codes 77292
> 96012
> 71403

93012 zijn ons onbekend.
Wij hebben deze info zo aansluitend doorgegeven aan de FOD Economie.
Op 6/11/2013 hebben we dan van uw diensten FOD Financiën een formulier 'aangifte tot wijziging van een identificatie inzake BTW (form 604B) aangekregen, met verzoek dit ingevuld terug te sturen. Het betreft hier echter geen wijziging van activiteiten aangezien Clova vzw ze nooit heeft uitgevoerd.
Hierbij wil ik U dan ook vragen het nodige te willen doen voor de administratieve correctie van onze activiteiten nl. de schrapping van de vier bovenvermelde Nacebel codes".

Het in de tijd voorafgaan van deze melding aan de datum van ingang van de BTW-activiteit 96.012 "Activiteiten van wasserettes en wasserijen ten behoeve van particulieren" volgens het uittreksel van de Kruispuntbank, bijgebracht door de verzoekende partij, namelijk 2 december 2013, lijkt onvoldoende overtuigend om voorgaande melding te negeren.

In zoverre de verzoekende partij ten slotte nog verwijst naar de website van de verzoekende partij tot tussenkomst, lijkt de verzoekende partij zich bedenkingen te maken bij het nut ervan. Dergelijke algemene beschouwing kan bezwaarlijk als volwaardig onderdeel van een middel worden begrepen en behoeft dan ook geen nader onderzoek.

In het licht van het voorgaande, is het dan ook eerder ten overvloede dat wordt gewezen op artikel 12 van de richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 'betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG', in werking getreden op 17 april 2014, maar met een overgangsperiode van 2 jaar en die, in vergelijking met het voormelde advies van de advocaat-generaal van 27 februari 2014, een en ander lijkt te versoepelen. Zo voorziet de bepaling van het nieuwe artikel 12 er voortaan in dat een overheidsopdracht die door een aanbestedende dienst aan een andere privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon wordt gegund, buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn valt indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de aanbestedende dienst oefent op die rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten;
b) meer dan 80 % van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen.

Nog los van de vraag of in het licht van dit laatste de activiteitsvoorwaarde om de *in-house*-uitzondering te kunnen toepassen, een soepeler invulling vergt, lijkt de verzoekende partij hoe dan ook niet met de vereiste *prima facie* ernst in deze stand van het geding te overtuigen van haar betoog dat

de vzw Clova niet voldoet aan de activiteitsvoorwaarde om de *in-house*-uitzondering te kunnen toepassen.

In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de vzw Clova de vzw ZNA als lid heeft en dat deze vzw ZNA eigen private doelstellingen nastreeft die verschillen van de taken en doelstellingen van algemeen belang waarmee openbare ziekenhuizen van rechtswege zijn belast en op grond waarvan artikel 125 van de Ziekenhuiswet voorziet in een financiering van rechtswege door overheidsmiddelen in geval van eventuele tekorten. Dat objectief verschil qua opdracht tussen private ziekenhuizen en openbare ziekenhuizen zou zijn bevestigd door het Gerecht van Eerste Aanleg in zijn arrest T-173/10 van 7 november 2012. De verzoekende partij meent dat niet ernstig kan worden betwist dat de vaststelling dat ook privaatrechtelijke instellingen in evenredigheid met de taken van algemeen belang, aanspraak maken op overheidsfinanciering, niet wegneemt dat deze privaatrechtelijke instellingen ook andere doelstellingen nastreven die niet van algemeen belang zijn.

Het volstaat ten andere volgens de verzoekende partij om het jaarverslag 2013 van ZNA te raadplegen om vast te stellen dat deze naast taken van algemeen belang als ziekenhuis, ook andere sociale taken uitoefent, waarbij eigen private belangen als vzw worden nagestreefd. De verzoekende partij besluit dat het privaatrechtelijk statuut van de vzw ZNA en de daaruit voortvloeiende private belangen die ZNA nastreeft, uitsluiten dat is voldaan aan de toezichtsvoorwaarde voor een *inhouse*-gunning.

Het wordt *in casu* niet betwist dat de gekozen entiteit, de vzw Clova, de ZNA (vzw Ziekenhuisnetwerk Antwerpen) onder haar leden telt.

In zijn arrest nr. 227.337 inzake nv Euro-Diesel van 9 mei 2014 heeft de Raad van State als volgt geoordeeld:

> "Te dezen is de verwerende partij, het Ziekenhuis Netwerk Antwerpen, opgericht als een private rechtspersoon, namelijk een vereniging zonder winstoogmerk, overeenkomstig het ten tijde van die oprichting geldend hoofdstuk XIIbis, van de organieke wet van 8 juli 1976 'betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn' 'Verenigingen van privaat recht met het oog op de gehele of gedeeltelijke exploitatie van een ziekenhuis of van ziekenhuisgebonden activiteiten'. Het lag niet in de bedoeling van de decreetgever de bedoelde vzw's een publiekrechtelijk statuut te geven (Parl.St., Vlaams Parlement, 1997-1998, nr. 856/1, 4 en 10). De verzoekende partij beweert niet en toont ook niet aan dat de verwerende partij beschikt over de voornoemde eenzijdig bindende bevoegdheid.
> 6.5. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat in de huidige stand van het geding de exceptie moet worden aanvaard. De verwerende partij lijkt bij het nemen van de bestreden beslissing niet te hebben

> gehandeld als een administratieve overheid als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Aldus lijkt de Raad van State niet over de rechtsmacht te beschikken om kennis te nemen van de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid nu overeenkomstig artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging van een akte of reglement enkel mogelijk is indien deze vatbaar zijn voor nietigverklaring, hetgeen te dezen, zoals hiervoor is gebleken, niet het geval lijkt."

In de eerste plaats rijst de vraag of de rechtsvorm van de vereniging zonder winstoogmerk impliceert dat de vzw ZNA moet worden aangemerkt als een "particulier" lid van de vzw Clova in de zin van het voormelde arrest van het Hof van Justitie, C-574/12 van 19 juni 2014.

Het lijkt in dit opzicht relevant het punt 39 van het arrest van het Hof van 19 juni 2014 te citeren:

> "In het hoofdgeding kunnen de belangen van de particuliere leden van de SUCH en de doelen die zij nastreven weliswaar zeer waardevol zijn vanuit sociaal oogpunt, maar zij zijn van een andere aard dan de doelstellingen van algemeen belang die worden nagestreefd door de eveneens bij de SUCH aangesloten aanbestedende diensten".

Uit dit citaat lijkt te volgen dat het Hof de begrippen "particuliere leden" en eveneens aangesloten "aanbestedende diensten" onderscheidt.

Derhalve lijkt in de eerste plaats te moeten worden onderzocht of de vzw ZNA al dan niet beantwoordt aan de definitie van "aanbestedende dienst".

Als "aanbestedende diensten" worden door de richtlijn 2004/18/EG onder artikel 1, lid 9 aangemerkt "de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen. Onder 'publiekrechtelijke instelling' wordt iedere instelling verstaan
a) die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn,
b) die rechtspersoonlijkheid bezit, en
c) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen".

Deze bepaling is omgezet door artikel 2, 1°, van de wet van 15 juni 2006 'betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' luidens hetwelk voor de toepassing van deze wet onder "aanbestedende overheid" wordt verstaan:
"a) de Staat;
b) de territoriale lichamen;
c) de publiekrechtelijke instellingen;
d) de personen, welke ook hun vorm en aard mogen zijn, die op de datum van de beslissing om tot een opdracht over te gaan:
- opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en
- rechtspersoonlijkheid hebben, en
Waarvan
ofwel de werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd worden door de overheden of instellingen vermeld in 1°, a, b of c;
ofwel het beheer onderworpen is aan het toezicht van die overheden of instellingen;
ofwel de leden van de directie, van de raad van bestuur of van de raad van toezicht voor meer dan de helft door die overheden of instellingen zijn aangewezen
e) de verenigingen bestaande uit een of meer aanbestedende overheden als bedoeld in 1°, a, b, c of d".

De statuten van de vzw Clova beschrijven in dezelfde lijn de aard van haar leden in artikel 3, sectie 1 als volgt:

"(…)
2. Na kandidaatstelling kunnen als lid enkel aanvaard worden iedere rechtspersoon, instelling of onderneming die voldoet aan de volgende cumulatieve voorwaarden:
Het kandidaat-lid is
Ofwel een publiekrechtelijke rechtspersoon
Ofwel een overheidsinstelling
Ofwel een rechtspersoon die op de datum van hun deelname in de VZW opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn en waarvan:
ofwel de werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd worden door de eerder vermelde overheden of instellingen;
ofwel het beheer onderworpen is aan het toezicht van die overheden of instellingen;
ofwel de leden van de directie, van de Raad van Bestuur of van de raad van toezicht voor meer dan de helft door die overheden of instellingen zijn aangewezen.
Ofwel een vereniging bestaande uit één of meer van de hierboven beschreven overheden en/of rechtspersonen.
(…)"

Artikel 3, Sectie 3, punt 2 van dezelfde statuten bepaalt voorts dat het lidmaatschap van een lid automatisch wordt beëindigd indien dit lid niet meer voldoet aan de voorwaarden van artikel 3, sectie 1, punt 2.

Het maatschappelijk doel van de vzw ZNA is als volgt omschreven onder artikel 3 van haar statuten:

"De vereniging heeft tot doel de oprichting, de inrichting, het beheer en de exploitatie van ziekenhuizen en ziekenhuisdiensten, alsmede van instellingen en diensten voor het verstrekken van welzijnszorg en gezondheidszorgen in de breedste betekenis van het woord, met inbegrip van alle activiteiten, zoals het verstrekken van vorming en opleiding, die rechtstreeks of onrechtstreeks tot het verwezenlijken ervan kunnen bijdragen en dit met uitsluiting van enig winstoogmerk. De vereniging heeft eveneens tot doel in de door haar geëxploiteerde voorzieningen een kwalitatief hoogstaande zorg aan te bieden tegen de beste kostprijs aan eenieder ongeacht zijn of haar religieuze of filosofische overtuiging, inkomens-, verzekerings- of vermogenstoestand. De vereniging zal tevens activiteiten van commerciële, industriële of financiële aard mogen verrichten die bijkomstig zijn aan de activiteiten zonder winstoogmerk voor zover deze bijdragen tot het verwezenlijken van het doel van de vereniging".

In het onderzoek naar de vraag of de vzw ZNA zich laat leiden door particuliere belangen die een toepassing van de in-house-uitzondering verhinderen, wordt in de eerste plaats vastgesteld dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift zelf verwijst naar artikel 2, laatste lid van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 'op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen', luidens hetwelk alle ziekenhuizen een opdracht van algemeen belang vervullen.

Voorts ontvangen alle Belgische ziekenhuizen geld van de ziekte- en invaliditeitsverzekering voor de op grond van de socialezekerheidswetgeving verleende zorg en ontvangen zij op grond van de artikelen 141 tot 151 van de Ziekenhuiswet de honoraria van de ziekenhuisartsen of een deel van die honoraria.

Op grond van de Ziekenhuiswet ontvangen alle ziekenhuizen ook financiering van de exploitatiekosten die zij maken bij het verrichten van de in de Ziekenhuiswet bedoelde ziekenhuisopdrachten van openbare dienst. Deze financiering wordt toegekend uit het "budget van financiële middelen" dat jaarlijks voor elk ziekenhuis door de bevoegde federale minister wordt vastgesteld volgens de voorwaarden neergelegd in het Koninklijk Besluit van 25 april 2002 'betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen'.

Naast de financiering in het kader van het budget van financiële middelen voorziet artikel 125 van de Ziekenhuiswet ten slotte in de dekking van de

eventuele tekorten in de beheersrekeningen van de ziekenhuizen die worden geëxploiteerd door de OCMW's of door de in artikel 118 van de organieke wet betreffende de OCMW's bedoelde verenigingen. Deze bepaling biedt derhalve de mogelijkheid om eventuele tekorten te dekken voor zover niet afdoende gefinancierd in het kader van voormeld budget van de financiële middelen.

Het lijkt niet uitgesloten dat aan openbare ziekenhuizen zowel de aan elk ziekenhuis opgelegde verplichtingen van openbare dienst ter zake van ziekenhuiswerkzaamheden worden opgelegd als aanvullende verplichtingen. Wanneer aan met eenzelfde openbare dienst belaste openbare en particuliere entiteiten verschillende eisen worden gesteld, zal dit zich veruitwendigen in een verschillende hoogte van de kosten en, gelet de voorgaanden, van de compensatie. Deze verschillen moeten dan wel duidelijk blijken uit de respectieve opdrachten van deze entiteiten.

De verzoekende partij verwijst in dat verband naar een arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg nr. T-173/10 van 7 november 2012 dat een objectief verschil qua opdracht tussen private ziekenhuizen en openbare ziekenhuizen zou bevestigen.

De verzoekende partij lijkt hierbij echter uit het oog te verliezen dat het Gerecht van Eerste Aanleg naar aanleiding van een klacht van de Coördinatie van Brusselse instellingen voor welzijnswerk en gezondheidszorg (CBI), zijnde een vereniging van negen in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest gevestigde particuliere ziekenhuizen tegen een beschikking van de Commissie die steunmaatregelen ten gunste van IRIS, ofwel de Interhospitalenkoepel van de Regio voor Infrastructurele Samenwerking, zijnde een koepelvereniging vijf publiekrechtelijke verenigingen die op hun beurt vijf algemene openbare ziekenhuizen van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest exploiteren, heeft vastgesteld dat de weg die de Commissie in de bestreden beschikking heeft bewandeld, duidelijk vertrekt van de vaststelling dat de onderzochte steunmaatregelen worden gerechtvaardigd door het bestaan van extra verplichtingen van openbare dienst die in het kader van "specifieke" opdrachten van openbare dienst aan de IRIS-ziekenhuizen zijn opgelegd, terwijl de Commissie deze zogenoemde specifieke opdrachten onvoldoende had vergeleken met de voor alle onder de Ziekenhuiswet vallende ziekenhuizen geldende eisen.

Voor zover de stelling dat de vzw ZNA slechts naar evenredigheid met de dienst van algemeen belang waarmee zij is belast, aanspraak kan maken op overheidsfinanciering, te dezen dus relevant is, kunnen in bijkomende orde de volgende bemerkingen worden gemaakt bij het betoog van de verzoekende partij.

De omstandigheid dat privaatrechtelijke instellingen, zoals ZNA, naast de taken en doelstellingen van algemeen belang waarmee alle ziekenhuizen zijn belast, ook private belangen zou nastreven, lijkt in deze stand van het

geding niet perse onverenigbaar met de inhoud van het arrest van 19 juni 2014 van het Hof van Justitie waaraan de verzoekende partij refereert.

Het lijkt immers niet op het eerste gezicht vanzelfsprekend dat bedoeld arrest, waar zij het voldaan zijn aan de toezichtsvoorwaarde ontkent indien de gekozen entiteit particuliere leden telt die particuliere doelen nastreven die van een andere aard zijn dan de doelstellingen van algemeen belang die worden nagestreefd door de eveneens bij de gekozen entiteit (SUCH) aangesloten aanbestedende diensten, daarmee ook privaatrechtelijke instellingen viseert die zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang en daarnaast, bij veronderstelling, ook particuliere belangen zouden nastreven.

Ten slotte en hoewel de verzoekende partij zich voor het overige niet toespitst op de kwestie van de samenstelling van de beleidsorganen van de vzw ZNA, lijkt het niet zonder relevantie zich af te vragen of en hoe de beweerde nagestreefde particuliere belangen zich weerspiegelen in de samenstelling van de beleidsorganen van de vzw ZNA. Artikel 22, § 3, van de statuten van de vzw ZNA bepaalt dat het aantal vertegenwoordigers van het OCMW van Antwerpen en van de Stad Antwerpen samen steeds minstens drie vijfden van het totaal aantal leden van de Raad van Bestuur moet bedragen. De verzoekende partij geeft geen inzicht in haar standpunt terzake.

Uit al wat voorafgaat, volgt op het eerste gezicht dat noch het feit dat de vzw ZNA een privaatrechtelijke rechtsvorm heeft aangenomen, noch de rechtspraak van de Raad van State dat de vzw ZNA geen administratieve overheid is in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, wegnemen dat de vzw ZNA lijkt te beantwoorden aan de definitie van "aanbestedende dienst". Evenmin maakt de verzoekende partij met de vereiste *prima facie* ernst aannemelijk dat het eventueel nastreven van particuliere belangen naast de algemene belangen de toepassing van de *in-house*-uitzondering verhinderen, in het licht van de zaak nr. C-574/12 inzake het Centro Hospitalar de Setubal EPE en SUCH die heeft geleid tot het arrest van het Hof van Justitie van 19 juni 2014.

De verzoekende partij maakt in de gegeven omstandigheden niet concreet aannemelijk dat de verwerende partij ten onrechte geen toepassing zou hebben gemaakt van de regelgeving overheidsopdrachten.

In zoverre de verzoekende partij zich tot slot in een derde onderdeel beroept op een schending van het gelijkheidsbeginsel en van het mededingingsbeginsel doordat niet aan alle marktdeelnemers gelijke kansen werden geboden, maar, integendeel, aan één marktdeelnemer een alleenrecht wordt verleend om actief ziekenhuizen en verzorgingsinstellingen te benaderen teneinde deze via lidmaatschap te verplichten om diensten af te nemen, kan worden opgemerkt dat, aangezien het Hof van Justitie onder de door hem gestelde voorwaarden, de

toepassing van de "*in-house*-gunning" toelaat, op het eerste gezicht ook kan worden aangenomen dat het Hof deze handelwijze ook verenigbaar heeft geacht met het gelijkheids- en het mededingingsbeginsel.

Evenmin valt onmiddellijk in te zien op welke wijze de verzoekende partij zich met goed gevolg meent te kunnen beroepen op de formelemotiveringswet die enkel toepasselijk is op eenzijdige rechtshandelingen met individuele strekking.

In de mate dat de verzoekende partij een en ander toch ruimer zou zien en zou doelen op een vermeende verplichting in hoofde van de andere partijen om de omvang van de dienstverlening en de aannemingsvoorwaarden openbaar te maken, lijkt zij niet voor het eerst voor de Raad van State, en dit zonder de Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie (opnieuw) te adiëren, een vermeende weigering van tegenpartijen om bedoelde documenten openbaar te maken, te kunnen bekritiseren.

VIII. Besluit

14. Gesteld tegenover de argumentatie in dit auditoraatsadvies, lijken de middelonderdelen en de daarin vervatte stellingen van de verzoekende partij niet dermate evident dat deze tot de conclusie moeten voeren dat het middel ernstig is. Aan de schorsingsvoorwaarden is bijgevolg niet voldaan.

IX. Rechtsplegingsvergoeding

15.1. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 'tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', de verwerende partij een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

15.2. Wat de begroting van de omvang van de rechtsplegings-vergoeding betreft, voert de verwerende partij aan dat zij een tweede maal wordt betrokken in deze procedure, waarbij het betoog van de verzoekende partij in grote lijnen hetzelfde is.

Evenwel, precies omdat de verwerende partij zelf verklaart al de nodige weerlegging met opmerkingen te hebben gemaakt in het kader van de vorige procedure voor de Raad, die heeft geleid tot arrest nr. 229.486 van 9 december 2014, is er geen reden om een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen die meer bedraagt dan het basisbedrag van 700 euro.

In zoverre ook de tussenkomende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegings-vergoeding, moet erop worden gewezen dat artikel 30/1, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, uitdrukkelijk bepaalt dat tussenkomende partijen niet kunnen worden gehouden tot de betaling van de rechtsplegingsvergoeding of deze kunnen genieten.

Er is aldus geen grond om de door de tussenkomende partij gevorderde rechtsplegingsvergoeding toe te kennen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de vzw Centrale Linnendienst Openbare Verzorgingsinstellingen Antwerpen (Clova) tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 31 maart 2015, 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**