

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.810 van 18 juni 2019
in de zaak A. 220.293/XII-8231**

In zake:

1. de VZW FEDERATIE VAN BELGISCHE
TEXTIELVERZORGING
2. de NV GAVERLAND
3. de NV CLEANLEASE
4. de BVBA GOMOLI
5. de NV MALYSSE
6. de NV WAS- EN NIEUWKUISBEDRIJF DUMOULIN
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:

1. het VLAAMSE GEWEST
2. de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPE-
LIJK WELZIJN VAN OOSTENDE (OCMW OOSTENDE)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Mike Gelders
kantoor houdend te 3001 Leuven
Celestijnenlaan 17/0603
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de VZW CENTRALE LINNENDIENST OPENBARE
VERZORGINGSINSTELLINGEN ANTWERPEN (CLOVA)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Koen Geelen, Wouter Moonen en Nick Parthoens

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 september 2016, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 14 juli 2016 van de Beroepsinstantie inzake de openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie, afdeling openbaarheid van bestuur nr. OVB/2016/104 [...] wat betreft het gedeelte dat als ongegrond wordt verworpen, omvattende:

- (i) het niet openbaar maken van de bijlagen 7, 10, 12A, 12B en 15, opgenomen bij de samenwerkingsovereenkomst d.d. 15 mei 2015; en
- (ii) het ongegrond verklaren van het openbaar maken van de bestuursdocumenten opgesteld door de raad van bestuur van Clova”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Het ocmw van Oostende en de vzw Clova hebben een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomsten zijn toegestaan bij beschikking van 4 januari 2017. De tussenkomende partijen hebben een memorie ingediend.

De verwerende partijen hebben een administratief dossier ingediend.

De verzoekende partijen hebben een toelichtende memorie ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 mei 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Patrick Devers, die verschijnt voor de verwerende partijen, advocaat Mike Gelders, die verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, en advocaat Nick Parthoens, die verschijnt voor de tweede tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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. Met een aangetekend schrijven van 28 oktober 2014 deelt het OCMW Oostende aan de nv CleanLease mee:

“Met dit schrijven willen wij u meedelen dat de OCMW-Raad op 21/10/2014 besliste om lid te worden van de vzw Clova en in de toekomst dus de volledige wasserij-service, via een formule van collectief beheer, zelf in handen te nemen.
Dit betekent dat wij vanaf 16/2/2015 niet langer beroep wensen te doen op uw dienstverlening inzake wasserij [...].”

3.2. Met een verzoekschrift d.d. 12 november 2014 stelt de nv CleanLease een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State tegen “de beslissing van 21 oktober 2014” van het OCMW Oostende.

Met het arrest nr. 229.486 van 9 december 2014 verwerpt de Raad de vordering op grond van de volgende overweging:

“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 tussenkomen de partij lijkt immers nog geen definitief standpunt te hebben ingenomen over het voormelde lidmaatschap en de verzoekende en de tussenkomen de 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.”

3.3 Per aangetekend schrijven van 16 december 2014 richt de nv CleanLease het volgende verzoek zowel aan het OCMW Oostende als aan de vzw Clova:

“Naar CleanLease nv aanneemt, heeft u intussen ook kennis genomen van het arrest d.d. 9 december 2014 van de Raad van State (nr. 229.486) in de procedure die CleanLease nv had ingeleid. In het arrest wordt het schorsingsberoep verworpen omdat de Raad van oordeel is dat de beide door u opgeworpen excepties inzake de ontvankelijkheid als gegrond werd bevonden. [...] Aansluitend op voormeld arrest en in toepassing van, enerzijds, de bepalingen die zijn opgenomen 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, alsmede, meer algemeen, de bepalingen van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur waaraan zowel het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van Oostende als de Centrale Linnendienst Openbare Verzorgingsinstellingen Antwerpen vzw, afgekort ‘Clova’, onderworpen zijn, verzoekt CleanLease nv u om de bestuurs-

documenten over te maken op grond waarvan de ‘samenwerking’ tussen het OCMW Oostende en Clova vzw, contractueel wordt geformaliseerd. CleanLease nv verzoekt u dan ook om, in toepassing van voormelde aangehaalde wettelijke dan wel decretale bepalingen, de gevraagde informatie per kerende over te maken, waarbij CleanLease nv zich uitdrukkelijk het recht voorbehoudt om aansluitend de aangewezen maatregelen te nemen ter vrijwaring van de rechten van onze onderneming.”

De nv CleanLease ontvangt geen reactie vanwege het OCMW Oostende.

Van de vzw Clova ontvangt de nv CleanLease op 12 januari 2015 het volgend schrijven:

“In het hoger vermeld dossier verwijst ik naar uw officieel schrijven van 16 december 2014.

In antwoord op uw schrijven kan ik u medelen dat mijn cliënt niet gehouden is door de wetgeving openbaarheid van bestuur. Om deze reden zien wij dan ook geen reden om de door u gevraagde informatie vrij te geven.”

3.4. Hierop vat de nv CleanLease de Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie, afdeling openbaarheid van bestuur (hierna: de beroepsinstantie), in het kader van het decreet van 26 maart 2004 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’ (hierna: decreet van 26 maart 2004).

Op 12 februari 2015 beslist de beroepsinstantie het verzoek inzake openbaarheid van bestuur, gericht aan het OCMW Oostende en aan de vzw Clova ontvankelijk te verklaren doch als ongegrond te verwerpen. De beroepsinstantie oordeelt dat er op dat ogenblik geen bestuursdocument voorligt in de zin van artikel 3, 4°, van het decreet van 26 maart 2004.

3.5. Aansluitend dient de nv CleanLease op 9 maart 2015 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van

State tegen “de beslissing van 9 februari 2015 waarbij [het OCMW Oostende] is toegetreden als lid van [de vzw Clova] en waarbij de dienstverlening inzake wasserij in opdracht van [het OCMW Oostende] door [de vzw Clova] zal worden uitgevoerd”.

Op 31 maart 2015 verwerpt de Raad met het arrest nr. 230.703 de vordering.

3.6. Met een schrijven van respectievelijk 17, 21, 22 en 24 maart 2016 richten de verzoekende partijen een verzoek aan het OCMW Oostende en aan de vzw Clova om afschrift te verkrijgen van de samenwerkingsovereenkomst tussen het OCMW Oostende en de vzw Clova of elk ander stuk dat de krachtlijnen van de samenwerking tussen het OCMW Oostende en de vzw Clova bepaalt, inclusief de voorwaarden waaronder de dienstverlening aan het OCMW Oostende wordt verstrekt en de notulen van de raad van bestuur van de vzw Clova en de raad van bestuur van het OCMW Oostende, inclusief de bijlagen betreffende de kalenderjaren 2014, 2015 en 2016.

De vzw Clova beantwoordt de vraag tot openbaarheid van bestuur niet.

Met een schrijven van 29 april 2016 maakt het OCMW Oostende de samenwerkingsovereenkomst over, dit echter zonder de bijlagen. Aan het verzoek om de notulen van de raad van bestuur betreffende de kalenderjaren 2014, 2015 en 2016 over te maken, wordt evenmin gevolg gegeven.

3.7. Met een beroepschrift van 27 mei 2016 vatten de verzoekende partijen de beroepsinstantie:

“Namens Cliënten verzoeken wij uw Beroepsinstantie dan ook met eerbied om zowel het OCMW als Clova de verplichting op te leggen om, in toepassing van de bepalingen van het Decreet van 26 maart 2004, alle gevraagde bestuursdocumenten, d.w.z. de integrale samenwerkingsovereenkomst met alle bijlagen evenals de notulen van de raad van

bestuur van 2014, 2015 en 2016 (tot februari) die betreffende deze in house samenwerkingsovereenkomst werden opgesteld en goedgekeurd, over te maken zonder enige beperking en met inbegrip van alle bijlagen en documenten betreffende de financiële voorwaarden.”

3.8. Met een beslissing van 14 juli 2016 beoordeelt de beroepsinstantie het beroep ontvankelijk en deels gegrond:

“Wat de ontvankelijkheid betreft:

Overwegende dat de oorspronkelijke verzoekschriften dateerden tussen 17 en 24 maart 2016; dat de beslissing van het OCMW Oostende dateert van 29 april 2016 en dat deze beslissing de mogelijkheid van beroep en de modaliteiten ervan, zoals voorgeschreven in artikel 35 van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur, vermeldt; dat het beroepschrift de datum draagt van 27 mei 2016;

Overwegende dat daaruit volgt dat het beroep binnen de in artikel 22, lid 2 van het decreet van 26 maart 2004 gestelde termijn van 30 dagen is ingediend; dat het beroepschrift bijgevolg ontvankelijk is;

Overwegende dat het beroepschrift d.d. 27 mei 2016 dan ook als ontvankelijk wordt beschouwd voor wat betreft de beslissing van het OCMW Oostende;

Overwegende dat met betrekking tot de vzw Clova, de raadsman van de vzw Clova aan de beroepsinstantie opwerpt dat hij van oordeel is dat de vzw Clova geen instantie is als bedoeld in artikel 4 van het openbaarheidsdecreet en geen bestuursinstantie is in de zin van artikel 3, lid 1, 1° van het decreet van 26 maart 2004, zoals dit werd geoordeeld in de eerdere beslissing van de beroepsinstantie met nummer 2015-20; dat in het beroepschrift o.a. wordt vermeld:

Op grond van de statuten van de vzw Clova is het bijvoorbeeld mogelijk dat een kandidaat lid een private rechtspersoon is die een algemeen belang nastreeft en die in hoofdzaak wordt gefinancierd door een overheid of –instelling.

In die hypothese zou het kandidaat lid voldoen aan de hierboven geschetste voorwaarden uit artikel 3 van de statuten en lid kunnen worden van de vzw Clova.

Daarmee is echter nog niet gezegd dat er sprake is van een bestuursinstantie in de zin van het decreet openbaarheid van bestuur

Artikel 3, lid 1, 1°, b) van het decreet van 24 maart 2004 bepaalt:

‘een natuurlijk persoon, een groepering van natuurlijke personen, een rechtspersoon of groepering van rechtspersonen die in hun werking bepaald en gecontroleerd worden door a) (eigen markering)

Welnu het is niet omdat een private rechtspersoon door een overheid wordt gefinancierd dat zij ipso facto in haar concrete werking wordt bepaald en gecontroleerd door een rechtspersoon in de zin van artikel 3, lid 1, 1° a) van het decreet.

Overwegende dat de beroepsinstantie nog opmerkt dat in het beroepsschrift verder als voorbeeld bij de bemerking dat sommige leden van de vzw Clova geen leden zijn in de zin van artikel 3, lid 1, 1°, a, de vzw Ziekenhuisnetwerk Antwerpen wordt gegeven; dat deze vzw geen rechtspersoon is die werd opgericht door of krachtens de Grondwet, wet, decreet of ordonnantie, aldus de raadsman;

Overwegende dat de beroepsinstantie van oordeel is dit item eerst verder uit te klaren vooraleer de eventuele gegrondheid van het openbaarheidsverzoek verder na te gaan;

Overwegende dat een beroep slechts op ontvankelijke wijze bij de beroepsinstantie kan aanhangig gemaakt worden, voor zover het gericht is tegen een beslissing van een instantie als bedoeld in artikel 4, § 1 van het Openbaarheidsdecreet van 26 maart 2004 over een aanvraag tot openbaarmaking van bestuursdocumenten in de zin van artikel 3, 4° van dat decreet door het verlenen van inzage, het verschaffen van uitleg of het overhandigen van een afschrift;

Overwegende dat uit de statuten van de vzw Clova (voluit vzw Centrale Linnendienst Openbare Verzorgingsinstellingen Antwerpen) blijkt dat deze vzw een linnenservice biedt voor de verzorgingssector; dat er uit blijkt dat de vereniging als doel heeft het wassen, aankopen, verhuren en behandelen van linnen of andere textielvervangende producten ten behoeve van openbare verzorgingsinstellingen, verenigingen van publiek recht en eraan gelieerde instellingen, leden van de vzw, met het doel dit zo bedrijfseconomisch te doen voor de aangesloten leden;

Overwegende dat tot de meer concrete activiteiten waarmee de doelstellingen van de vzw worden verwezenlijkt, onder meer behoren:

- de exploitatie van een wasbedrijf;
- aankoop en verhuur van textiel;

dat de vzw daarnaast alle activiteiten kan ontplooiën die rechtstreeks of onrechtstreeks bijdragen tot de verwezenlijking van voormelde niet-winstgevende activiteiten binnen de grenzen van wat wettelijk is toegelaten en waarvan de opbrengsten te allen tijde worden bestemd voor de verwezenlijking van de niet-winstgevende doelstellingen; dat de vzw Clova geen ander belang nastreeft dan dat van de bij haar aangesloten leden;

Overwegende dat krachtens artikel 4, § 1, 10° van het Openbaarheidsdecreet het decreet van toepassing is op alle andere instanties binnen het Vlaamse Gewest en de Vlaamse Gemeenschap, naast degene die uitdrukkelijk worden opgesomd in artikel 4, § 1, 1° tot en met 9°;

Overwegende dat krachtens artikel 3, 3° van het Openbaarheidsdecreet onder het begrip ‘instantie’ wordt begrepen: een bestuursinstantie of een milieu-instantie;

Overwegende dat het begrip ‘bestuursinstantie’ op zijn beurt als volgt wordt gedefinieerd in artikel 3, 1° van het Openbaarheidsdecreet:

- a) een rechtspersoon die is opgericht bij of krachtens de Grondwet, een wet, een decreet of ordonnantie;

b) een natuurlijke persoon, een groepering van natuurlijke personen, een rechtspersoon of groepering van rechtspersonen die in hun werking bepaald en gecontroleerd worden door een bestuursinstantie zoals bedoeld in a);

c) een natuurlijke persoon, een groepering van natuurlijke personen, een rechtspersoon of groepering van rechtspersonen, voor zover zij door een bestuursinstantie in de zin van a) zijn belast met de uitoefening van een taak van algemeen belang of voorzover zij een taak van algemeen belang behartigen en beslissingen nemen die derden binden;

Overwegende dat de vzw Clova geen bestuursinstantie is in de zin van artikel 3, 1°, lid 1, a) van het Openbaarheidsdecreet; dat de betrokken vzw immers niet werd opgericht krachtens de Grondwet, een wet, een decreet of een ordonnantie;

Overwegende dat zowel natuurlijke personen als rechtspersonen van wie de werking wordt bepaald en gecontroleerd door een bestuursinstantie in de zin van artikel 3, 1°, lid 1, a) van het Openbaarheidsdecreet onder het begrip bestuursinstantie vallen; dat dit decreet twee cumulatief te vervullen voorwaarden formuleert, nl. in zijn werking worden bepaald én gecontroleerd; dat de beroepsinstantie van oordeel is dat *in casu* de vzw Clova via haar leden, actief in de verzorgingssector in haar werking, minstens onrechtstreeks, wordt bepaald en gecontroleerd door andere instanties; dat immers de kandidaat-leden volgens artikel 3 van de statuten immers ofwel een publiekrechtelijk rechtspersoon moeten zijn, ofwel een overheidsinstelling, ofwel een rechtspersoon die op hun datum van de 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 een of meer van de hierboven beschreven overheden en /of rechtspersonen;

Overwegende dat het voormelde (nl. minstens onrechtstreeks, wordt bepaald en gecontroleerd door andere instanties) zeker ook geldt voor het deelnemend lid in de vzw Clova, nl. de vzw Ziekenhuisnetwerk Antwerpen, dat volgens de oprichtingsakte gepubliceerd in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad van 6 januari 2004, een vereniging is opgericht volgens de modaliteiten van het ten tijde van de oprichting geldende hoofdstuk XII bis van de organieke wet van 12 juli 1976 op de OCMW's 'Verenigingen van privaat recht met het oog op de gehele of gedeeltelijke exploitatie van een ziekenhuis of van ziekenhuisgebonden activiteiten'; dat volgens art. 22 § 3 van de statuten van die vzw, ook duidelijk blijkt dat de leden van de raad van bestuur voor meer dan de

helft (nl. minstens drievijfden) door de OCMW Antwerpen en de stad Antwerpen worden aangeduid;

Overwegende verder dat de raad van bestuur van de vzw Clova bestaat uit vertegenwoordigers van de aangesloten openbare centra voor maatschappelijk welzijn en andere aangesloten aanbestedende diensten, die worden benoemd door de algemene vergadering, die zelf bestaat uit de leden rechtspersonen die worden vertegenwoordigd door een natuurlijke persoon die door de rechtspersoon wordt aangesteld als vaste vertegenwoordiger overeenkomstig de statuten;

Overwegende dat de werking van de vzw Clova bepaald wordt door haar leden; dat er daarnaast een bijzonder toezichtsmechanisme bestaat door middel waarvan er een controle wordt uitgeoefend op de werking van de vzw; dat er namelijk toezicht wordt uitgeoefend door een commissaris (lid van het instituut der bedrijfsrevisoren) benoemd door de algemene vergadering van de vzw Clova;

Overwegende dat de beroepsinstantie bijgevolg bij haar standpunt blijft dat de vzw Clova aldus kan beschouwd worden als een bestuursinstantie in de zin van artikel 3, 1°, lid 1, b) van het Openbaarheidsdecreet;

Overwegende dat de oorspronkelijke verzoekschriften voor openbaarmaking gericht aan de vzw Clova ook hier dateerden tussen de periode tussen 17 tot en met 24 maart 2016 en dat binnen de wettelijk gestelde beslissingstermijn van 15 dagen een beslissing van de vzw Clova is uitgebleven; dat de termijn van beroep in overeenstemming met artikel 22, derde lid, van het openbaarheidsdecreet van 26 maart 2004 daarvoor geen aanvang heeft genomen;

Overwegende dat ook hier het beroepsschrift d.d. 27 mei 2016 tegen de ontstentenis van beslissing van de vzw Clova dan ook als ontvankelijk wordt beschouwd;

Wat de gegrondheid betreft:

Overwegende dat overeenkomstig artikel 7, tweede lid van het decreet van 26 maart 2004 het recht op passieve openbaarheid betrekking heeft op bestuursdocumenten; dat op grond van deze bepaling elke instantie in principe verplicht is aan eenieder die erom verzoekt inzage te geven in, uitleg te verschaffen over of een afschrift te bezorgen van de gewenste bestuursdocumenten;

Overwegende dat de openbaarmaking slechts kan geweigerd worden, mits toepassing wordt gemaakt van één of meerdere uitzonderingen, zoals gestipuleerd in de artikelen 11 tot en met 14 van voormeld decreet;

Overwegende dat het oorspronkelijk verzoek ertoe strekt de openbaarmaking te verkrijgen via afschrift van de samenwerkingsovereenkomst tussen het OCMW Oostende en de vzw Clova op basis waarvan de inhouse gunning werd afgesproken dan wel van elk ander stuk of document, ongeacht de benaming, op basis waarvan de modaliteiten van deze samenwerking zijn vastgelegd, met inbegrip van de voorwaarden waaronder de dienstverlening door de vzw Clova aan het OCMW Oostende wordt verstrekt alsook van de desbetreffende notulen van de raad van bestuur van de vzw Clova alsook van de OCMW-raad van

Oostende betreffende de kalenderjaren 2014, 2015 en 2016 (tot februari 2016);

Overwegende dat dit verzoek dient gekaderd te worden in de beslissing van het OCMW Oostende om lid te worden van de vzw Clova en de volledige wasserij-service, via de formule van collectief beheer, zelf in handen te nemen; dat het OCMW Oostende hierdoor niet langer een beroep wenste te doen op de dienstverlening inzake wasserij van de verzoekers; dat de verzoekers daarom vroegen naar de bestuursdocumenten op grond waarvan de samenwerking tussen het OCMW Oostende en de vzw Clova wordt geformaliseerd;

Overwegende dat met de beslissing van het OCMW Oostende d.d. 29 april 2016 inmiddels al aan verzoekers een afschrift werd verleend van de samenwerkingsovereenkomst d.d. 15 mei 2015 tussen het OCMW Oostende en de vzw Clova, maar niet van de bijlagen van deze samenwerkingsovereenkomst; dat het OCMW Oostende ook geen openbaarmaking heeft verleend van de desbetreffende notulen van de notulen van de raad van bestuur van de vzw Clova alsook van de OCMW-raad van Oostende, met inbegrip van de bijlagen, betreffende de kalenderjaren 2014, 2015 en 2016 (tot februari 2016);

Overwegende dat het beroepschrift opwerpt dat niet alle documenten werden overgemaakt zoals gevraagd in het oorspronkelijk verzoek, nl. de bijlagen en de documenten met financiële gegevens werden niet overgemaakt alsook is er geen gevolg gegeven aan het verzoek tot openbaarmaking van de notulen van de raad van bestuur van vzw Clova;

Overwegende dat de beroepsinstantie, om met kennis van zaken te kunnen oordelen over het beroep, het OCMW Oostende en de vzw Clova, bij mailberichten van 6 juni 2016 om toelichting heeft aangeschreven en heeft verzocht om de gevraagde stukken over te maken; dat de vzw Clova met mailbericht d.d. 13 juni 2016 de toelichting heeft verschaft en de stukken heeft bezorgd; dat het OCMW Oostende met mailbericht d.d. 27 juni 2016 de toelichting heeft verschaft en de stukken heeft bezorgd;

Overwegende dat het aan de beroepsinstantie toekomt te oordelen over het beroep;

1) het verzoek tot de openbaarmaking van de bijlagen van de samenwerkingsovereenkomst:

Overwegende dat de beroepsinstantie vooreerst vaststelt dat de samenwerkingsovereenkomst nl. 'de service level agreement' d.d. 15 mei 2015 tussen het OCMW Oostende en de Clova 15 bijlagen telt;

Overwegende dat volgende bijlagen deel uitmaken van voormelde samenwerkingsovereenkomst:

Bijlage 1: procedure overmacht

Bijlage 2: het standaardformulier van de specifieke dienstverlening

Bijlage:3a: de handleiding van de 'web applicatie plat linnen'

Bijlage3b: de handleiding van de 'web applicatie bewonerslinnen'

Bijlage 4: de handleiding van Top Desk

Bijlage 5: RABC attest

Bijlage 6: ophaal en leverschema bewonerswas per WZC
 Bijlage 7: prijslijst bewonerswas
 Bijlage 8: ophaal- en leveringsuren platlinnen per WZC
 Bijlage 9a: maximumvoorraad platlinnen per WZC
 Bijlage 9b: noodvoorraad platlinnen per WZC
 Bijlage 10: prijslijst plat linnen
 Bijlage 11: ophaal en leveringsuren arbeidskledij per WZC
 Bijlage 12a: prijslijst huur arbeidskledij
 Bijlage 12b: prijslijst behandeling arbeidskleding
 Bijlage 13: ophaal- en leveringsuren dekbedden en poetsdoeken per WZC
 Bijlage 14a: maximumvoorraad poetsmateriaal per WZC
 Bijlage 14b: maximumvoorraad dekbedden per WZC
 Bijlage 15: prijslijst dekbedden en poetsdoeken
 Overwegende dat de beroepsinstantie moet vaststellen dat het hier om bestaande documenten in de zin van artikel 3, 4° van het openbaarheidsdecreet betreft; dat er dus dient uitgegaan te worden van de principiële openbaarheid van voormelde bestuursdocumenten en dat de openbaarmaking slechts kan geweigerd worden mits toepassing wordt gemaakt van één of meer uitzonderingsgronden zoals gestipuleerd in de artikelen 11 tot en met 15 van voormeld decreet;
 Overwegende dat voor al deze bijlagen zowel de vzw Clova en het OCMW Oostende zich beroepen op de uitzonderingsbepaling uit artikel 14, 1° decreet openbaarheid om de openbaarmaking van deze bijlagen te weigeren; dat het OCMW Oostende ook de bepalingen inroept van artikel 14, 3° en 5° decreet openbaarheid;
 Overwegende dat de beroepsinstantie vaststelt dat evenwel niet voor al de voormelde 15 bijlagen die deel uitmaken van de samenwerkings-overeenkomst een wettelijke of decretale uitzonderingsgrond kan worden ingeroepen om de openbaarmaking ervan te weigeren; dat de beroepsinstantie vaststelt dat voor de opgesomde bijlagen 1, 2, 3a en 3b, 4, 5, 6, 8, 9a en 9b, 11, 13, 14 a en 14b geen wettelijke of decretale uitzonderingsgrond kan worden ingeroepen om deze niet of slechts gedeeltelijk openbaar te maken; dat het beroep gegrond is voor deze bestuursdocumenten;
 Overwegende dat de bijlagen 7, 10, 12a en 12b en 15 verschillende prijslijsten (eenheidsprijzen) betreffen van de vzw Clova;
 Overwegende dat de ingeroepen uitzonderingsgrond van artikel 14, 1° van het openbaarheidsdecreet bepaalt dat een aanvraag om openbaarmaking dient afgewezen te worden indien het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van het economisch, financieel of commercieel belang van een instantie, zoals bedoeld in artikel 4, §1 van het openbaarheidsdecreet; dat deze bepaling immers precies tot doel heeft de economische, financiële en commerciële belangen van instanties te beschermen tegen het risico van speculatieve daden die voorkennis van informatie kan meebrengen; dat er daarom moet worden nagegaan of de eventuele openbaarmaking van de bijlagen 7, 10, 12a en 12b en 15 van de samenwerkingsovereenkomst mogelijk voorkennis van informatie zou inhouden met risico op speculatieve daden;

Overwegende dat de verzoekers allen actief zijn in de sector van de was- en linnenverhuur; dat de kennis van de verschillende eenheidsprijzen voor het wassen en het verhuur van linnen van de vzw Clova kan aangewend worden door die bedrijven, mocht het OCMW Oostende in de toekomst opnieuw beroep wensen te doen op een openbare aanbesteding; dat de verschillende prijslijsten zeker voor de vzw Clova ontegensprekelijk moeten beschouwd worden als zeer commerciële gegevens en dat door een afschrift te verlenen in die gegevens het vertrouwelijke karakter van de commerciële gegevens duidelijk zou geschonden worden;

Overwegende dat dan ook moet geconcludeerd worden dat op grond van artikel 14, 1° van het openbaarheidsdecreet de openbaarmaking van de bijlagen 7, 10, 12a en 12b en 15 van de samenwerkingsovereenkomst niet kan toegestaan worden daar de bescherming van het financieel en economisch belang van de vzw Clova hoger moet worden ingeschat dan het belang van de openbaarmaking van de opgevraagde bestuursdocumenten; dat het beroep ongegrond is voor deze bestuursdocumenten;

2) het verzoek tot de openbaarmaking van de notulen van de raad van bestuur van de vzw Clova en de OCMW-raad van Oostende betreffende het samenwerkingsakkoord met de vzw Clova, met inbegrip van de bijlagen, betreffende de kalenderjaren 2014, 2015 en 2016 (tot februari 2016);

Overwegende dat het OCMW Oostende aan de beroepsinstantie volgende documenten heeft overgemaakt:

- een uittreksel uit het notulenboek van het vast bureau van 20 januari 2015: houdende stand van zaken betreffende de procedure voor de Raad van State (NV CleanLease)

- een uittreksel uit het notulenboek van het vast bureau van 26 maart 2015 houdende kennisneming van beroep van de nv Cleanlease tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij dringendheid van de beslissing van het OCMW om toe te treden tot de vzw Clova

- een uittreksel uit het notulenboek van het vast bureau van 19 mei 2015: houdende kennisneming arrest Raad van State d.d. 31 maart 2015 waarbij vordering vanwege nv Cleanlease in kortgeding onontvankelijk wordt verklaard

- een uittreksel uit het notulenboek van het bijzonder Comité aankoop-beleid van 29 juni 2015 (met bijlage) houdende voorstel tot goedkeuring samenwerkingsakkoord met vzw Clova (uitstel)

Overwegende dat de vzw Clova een uittreksel uit het notulenboek van de OCMW raad d.d. 21 oktober 2014 houdende principiële goedkeuring tot toetreding tot vzw Clova aan de beroepsinstantie heeft overgemaakt;

Overwegende dat de beroepsinstantie vaststelt dat voor wat betreft beslissingen vanwege de OCMW raad van Oostende er geen wettelijke of decretale uitzonderingsgrond kan worden ingeroepen om deze bestuursdocumenten niet of slechts gedeeltelijk openbaar te maken; dat het beroep gegrond is voor deze bestuursdocumenten;

Overwegende dat de beroepsinstantie vaststelt dat er geen betreffende beslissingen van de raad van bestuur van de VZW CLOVA aan de beroepsinstantie werden overgemaakt;

Overwegende dat uit het onderzoek is gebleken dat er geen dergelijke documenten bestaan;

Overwegende dat een bestuursdocument in artikel 3, 4° van het openbaarheidsdecreet gedefinieerd wordt als de drager, in welke vorm ook, van informatie waarover een instantie beschikt; dat het recht op openbaarheid maar kan worden uitgeoefend voor zover het gaat om informatie die gematerialiseerd werd op een drager;

Overwegende dat het beroepschrift ongegrond is voor deze documenten;

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepschrift d.d. 27 mei 2016 [...] tegen de gedeeltelijke weigeringsbeslissing d.d. 29 april 2016 van het OCMW Oostende en tegen de ontstentenis van beslissing van de vzw Clova wordt als ontvankelijk en deels gegrond, deels ongegrond beschouwd.

Er moet afschrift verleend worden van volgende documenten:

- de bijlagen 1, 2, 3a en 3b, 4, 5, 6, 8, 9a en 9b, 11, 13, 14a en 14b van de samenwerkingsovereenkomst tussen het OCMW Oostende en de VZW CLOVA;
- een uittreksel uit het notulenboek van het vast bureau van 20 januari 2015
- een uittreksel uit het notulenboek van het vast bureau van 26 maart 2015
- een uittreksel uit het notulenboek van het vast bureau van 19 mei 2015
- een uittreksel uit het notulenboek van het bijzonder Comité aankoop-beleid van 29 juni 2015 (met bijlage)
- een uittreksel uit het notulenboek van de OCMW raad d.d. 21 oktober 2014.”

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4.1. De beide tussenkomende partijen betwisten het belang van de verzoekende partijen bij de gevraagde vernietiging. Deze laatsten zouden onder een hoofding “belang” enkel een uiteenzetting geven over hun hoedanigheid maar niet over hun belang. De verzoekende partijen zouden hun belang wel hebben

uiteengezet bij hun middelen en alzo hun belang beperkt. Zij zouden duidelijk hebben laten verstaan dat het voordeel dat zij zoeken met deze procedure erin bestaat de informatie te krijgen die hun toelaat te verifiëren of de in-house-samenwerking tussen de vzw Clova en het OCMW Oostende wettig is.

Aan de hand van de gegevens waarover de verzoekende partijen beschikken, zou dit doel volgens de beide tussenkomende partijen reeds zijn bereikt. De bijlagen die de verwerende partijen als vertrouwelijk hebben aangemerkt, zouden niet relevant zijn voor de wettigheid van de in-house-constructie. De verzoekende partijen zouden niet aantonen dat de inzage in de financiële voorwaarden van de samenwerking betrokken kan of moet worden bij een wettigheidstoets. De tussenkomende partijen besluiten dat de verzoekende partijen geen voordeel meer kunnen halen bij het annulatieberoep en derhalve tot de niet-ontvankelijkheid ervan.

Beoordeling

4.2. Conform artikel 17, § 2, eerste lid, van het decreet van 26 maart 2004 dient een aanvrager inzake passieve openbaarheid van bestuur in beginsel geen belang aan te tonen. De omstandigheid dat de verzoekende partijen een toelichting geven over wat zij met de documenten wensen aan te vangen, doet hier niets af van die conclusie; aan de hand van de documenten zullen de verzoekende partijen kunnen uitmaken of deze helpen bij hun opzet. Deze opvatting mag ook gelden bij het door de tweede tussenkomende partij betwiste belang van de verzoekende partijen bij de middelen.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Voorafgaande opmerking van de vzw Clova

5. De tweede tussenkomende partij meent dat het decreet van 26 maart 2004 niet op haar van toepassing is waaruit zij afleidt dat geen van de beide middelen ten aanzien van haar gegrond is. Zij leidt de niet-toepassing af uit het feit dat zij niet is opgericht door de Vlaamse overheid noch dat zij een instantie is die handelt in een materie die tot de bevoegdheid van de Vlaamse decreetgever behoort. Te dezen merkt zij op dat zij een vzw naar privaatsrecht is en dat het om een beslissing gaat inzake overheidsopdrachten, wat een federale materie is.

Zij verzoekt de Raad van State tot het stellen van de volgende prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof indien hij van oordeel zou zijn dat het decreet wel op haar van toepassing is:

“Schendt artikel 4, § 1, 10° van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, waar het in uitvoering van artikel 32 van de Grondwet een kader uitwerkt tot regeling van de openbaarheid van bestuur dat een ruimer toepassingsgebied viseert dan de parallelle federale regeling die vervat zit in de wet van 11 april 1994 en waarvan het toepassingsgebied cf. artikel 1 beperkt blijft tot ‘administratieve overheden’ in de zin van artikel 14 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State?”

Beoordeling

6. In het auditoraatsverslag wordt de argumentatie van de tweede tussenkomende partij als volgt verworpen:

“Nog daargelaten de vraag of de tweede tussenkomende partij middels deze ‘voorafgaande bemerking’ het debat vermag te verruimen tot het door haar niet rechtstreeks aangevochten ontvankelijk bevinden door de beroepsinstantie van het beroep van de verzoekende partijen in zoverre het is gericht tegen het uitblijven van een beslissing van de vzw Clova,

kan de redenering van de tweede tussenkomende partij niet worden bijgevalen.

De Memorie van Toelichting bij het decreet van 26 maart 2004 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’ licht toe:

‘Naar de materie bestaat er een gedeelde (concurrerende) bevoegdheid tussen de federale en de regionale overheden om de uitzonderingsgronden vast te stellen.

Deze beperkingen die de wet, het decreet of de ordonnantie kunnen aanbrengen, gelden ‘*erga omnes*’ voor de bestuursdocumenten inzake bevoegdheden van respectievelijk de federale of de regionale overheid. Zo kan de regionale overheid bv. de federale overheid beperkingen opleggen m.b.t. de vrijgave van bestuursdocumenten betreffende aangelegenheden waarvoor die regionale overheid bevoegd is. Anderzijds zal de Vlaamse overheid bij de toepassing van het decreet niet enkel rekening moeten houden met de uitdrukkelijk vastgestelde decretale uitzonderingen, maar zal zij ook de federaal vastgestelde uitzonderingsgronden moeten toepassen voor wat betreft de bestuursdocumenten die betrekking hebben op materies waarvoor de federale overheid bevoegd is. In het bijzonder moet ze rekening houden met artikel 6, §§ 1 en 2, van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur.

Concluderend kan gesteld worden dat de Vlaamse overheid verplicht rekening moet houden met de federale wet betreffende de openbaarheid van bestuur, wat de uitzonderingsgronden voor federale materies betreft. De administratieve overheid waar de bestuursdocumenten zich bevinden, dient in principe uitspraak te doen over de toepassing van de uitzonderingsgronden, ongeacht welke rechtsnorm die uitzonderingen oplegt.’

Anders dan de tweede tussenkomende partij dat ziet, is de materie waarin de betrokken instantie opereert, geen onderscheidend criterium om uit te maken of de federale dan wel de regionale openbaarheidsregeling toepasselijk is. Naar de materie bestaat er een gedeelde (concurrerende) bevoegdheid tussen de federale en de regionale overheden om de uitzonderingsgronden vast te stellen. Dit wil zeggen dat de regionale overheden niet enkel rekening moeten houden met de uitdrukkelijk vastgestelde decretale uitzonderingen, maar dat zij ook de federaal vastgestelde uitzonderingsgronden zullen moeten toepassen voor wat betreft de bestuursdocumenten die betrekking hebben op materies waarvoor de federale overheid bevoegd is. Instanties die weliswaar vallen onder het toepassingsgebied van het decreet van 26 maart 2004 maar die niet kwalificeren als een administratieve overheid in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zullen niet ook onderworpen zijn aan de federale beperkingen indien zij opereren in materies die tot de federale bevoegdheid behoren.

Dit laatste neemt niet weg dat ingevolge een verder niet betwiste kwalificatie van de tweede tussenkomende partij door de beroepsinstantie

als bestuursinstantie in de zin van artikel 3, 1°, eerste lid, b) van het decreet van 26 maart 2004, de vzw Clova onderworpen is aan het decreet van 26 maart 2004 ‘inzake de openbaarheid van bestuur’.

Omdat de door de tweede tussenkomende partij gesuggereerde prejudiciële vraag uitgaat van dezelfde verkeerde premisse dat de materie een onderscheidend criterium uitmaakt, is er geen aanleiding om deze vraag voor te leggen aan het Grondwettelijk Hof.”

De tweede tussenkomende partij voert hiertegen geen argumentatie aan in haar laatste memorie zodat mag worden aangenomen dat zij het standpunt in het auditoraatsverslag niet betwist.

De Raad zelf ziet in die omstandigheden geen aanleiding om tot een andere eindconclusie, namelijk dat de vzw Clova hier een bestuursinstantie is zoals bedoeld in het decreet van 26 maart 2004, te komen.

B. Eerste middel

Standpunt van de partijen

7.1. De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 14, 1°, van het decreet van 26 maart 2004 samengenomen met de schending van het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het mededingingsbeginsel, zoals ontleend aan de artikelen 49 en 56 van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ (hierna: VWEU), alsmede het beginsel inzake de materiële motiveringsplicht, ‘het zorgvuldigheids- en het zuinigheidsbeginsel of beginsel van doelmatig en economisch bestuur’.

Het middel is gericht tegen de bestreden beslissing in zoverre deze de prijslijsten bij de samenwerkingsovereenkomst niet vrijgeeft.

De verzoekende partijen stellen te getuigen van het rechtens vereiste belang bij het middel en lichten dit toe.

7.2. Het eerste onderdeel is afgeleid uit de schending van artikel 14, 1°, van het decreet van 26 maart 2004.

Door het toepassen van de *in house*-gunning en zonder enige vorm van mededinging, is er volgens de verzoekende partijen, in het bijzonder wat de prijzen betreft, geen sprake van een “beschermd belang” in hoofde van de tussenkomende partijen, *a fortiori* de tweede tussenkomende partij.

De verzoekende partijen verwijzen naar rechtspraak van het Hof van Justitie die volgens hen het vereiste stelt dat *in house*-opdrachten geen commerciële oogmerken mogen nastreven.

Aangezien de vzw Clova met de aanbestedende overheden die tot haar structuur toetreden, overeenkomsten kan sluiten zonder enige vorm van mededinging en de vergoeding bij *in house*-gunning beperkt moet blijven tot het vergoeden van de reële kosten, kan er *a fortiori* geen sprake zijn van een risico van speculatieve daden die het openbaar maken van de betreffende financiële gegevens tot gevolg zou hebben.

7.3. Het tweede onderdeel is afgeleid uit de schending van het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het mededingingsbeginsel, “zoals ontleend aan het VWEU in de mate dat, in het kader van een *in house* gunning, elke openbaarmaking van prijsgegevens wordt uitgesloten, terwijl deze openbaarmaking in het kader van overheidsopdrachten wordt toegestaan”.

De verzoekende partijen verwijzen naar rechtspraak van de Raad van State waarbij in vernietigingsprocedures inzake gunningsbeslissingen het vertrouwelijk karakter van prijsgegevens is opgeheven.

Zij betogen:

“De Bestreden Beslissing heeft evenwel tot gevolg dat, in het kader van een *in house* gunning, die is tot stand gekomen zonder elke vorm van

mededinging, elke openbaarmaking van de prijsgegevens zonder enige tijdsbeperking geweigerd wordt, hoewel, zoals hiervoor toegelicht in het eerste middenonderdeel, deze vergoeding beperkt moet zijn tot een betaling van de aan de dienstverlening verbonden reële kosten. M.a.w., in het kader van een gunningsprocedure die zonder enige mededinging wordt georganiseerd en waarbij het uitdrukkelijk is voorzien dat de betrokken partijen niet als economische actor op de markt optreden, zou, op basis van vermeende economische, financiële en commerciële belangen, elke openbaarmaking van de gegevens worden geweigerd, daar waar dit in het kader van de wetgeving overheidsopdrachten wel verplicht is in vernietigingsprocedures inzake de gunning van overheidsopdrachten.”

7.4. Het derde onderdeel is afgeleid uit de materiële motiveringsplicht, “in samenhang met het zorgvuldigheidsbeginsel en het zuinigheidsbeginsel”.

De rechtmatigheid van een relatieve uitzonderingsgrond moet volgens de verzoekende partijen blijken uit een grondige motivering *in concreto*. De beroepsinstantie is bij het nemen van de bestreden beslissing volledig voorbijgegaan aan de context waarin de samenwerkingsovereenkomst is afgesloten – een *in house*-gunning – en de hieraan verbonden rechtsgevolgen, namelijk afwezigheid van enig commercieel oogmerk en beperking van de vergoeding tot de terugbetaling van de reële kosten.

Bovendien zou door het weigeren van een openbaarmaking, worden verhinderd dat vanuit het zorgvuldigheidsbeginsel, *juncto* het zuinigheidsbeginsel kan worden nagegaan of de keuze van de *in house*-gunning spoort met het beginsel van doelmatig en economisch bestuur.

8. In haar memorie stelt de eerste tussenkomende partij dat de verzoekende partijen er ten onrechte van uitgaan dat het niet aanbestedingsplichtig zijn van het samenwerkingsverband noopt tot de volledige openbaarmaking van alle gegevens over de *in house*-constructie. Het decreet van 26 maart 2004 geldt volgens haar onverminderd de al dan niet toepasselijkheid van de regelgeving overheidsopdrachten.

Wat het eerste onderdeel betreft, verwijt de eerste tussenkomende partij de verzoekende partijen in de eerste plaats ten onrechte een link te maken tussen de *in house*-leer en de openbaarheid van bestuursdocumenten. De gevolgtrekking dat vanuit de optiek van de openbaarheid van bestuursdocumenten bij de toepassing van de *in house*-leer er *ipso facto* geen te beschermen belangen meer zouden zijn in hoofde van de partners van de *in house*-samenwerking, is volgens haar foutief en zonder rechtsgrondslag.

Voorts zijn er volgens de eerste tussenkomende partij wel degelijk te beschermen belangen in hoofde van het OCMW Oostende en de vzw Clova. Het vrijgeven van vertrouwelijke financiële gegevens kan de eventuele latere mededinging beperken en zou de deur openzetten voor “misbruik” van die informatie. De verzoekende partijen hebben nu al zicht op meer dan voldoende gegevens. Een eerlijke mededinging zou dus niet meer kunnen worden georganiseerd en de verzoekende partijen zouden over een concurrentieel voordeel beschikken ten opzichte van andere inschrijvers die geen kennis hebben van de details van de samenwerking tussen het OCMW en de vzw Clova. Deze te beschermen belangen wegen zwaarder door dan de openbaarmaking van de litigieuze documenten.

De eerste tussenkomende partij vervolgt dat de verzoekende partijen beschikken over alle informatie en documentatie om te beoordelen of de *in house*-samenwerking voldoet aan de vereiste voorwaarden. Financiële gegevens behoren niet tot de voorwaarden van een rechtsgeldige *in house*-constructie.

Wat het tweede onderdeel betreft, wijst de eerste tussenkomende partij erop dat de wetgever ook op het vlak van de overheidsopdrachten heeft gekozen voor de principiële vertrouwelijkheid van financiële gegevens zodat de beweerde spagaat tussen het decreet van 26 maart 2004 en de regelgeving overheidsopdrachten onjuist is.

Ten slotte merkt zij op dat de bewering van de verzoekende partijen onder het derde middelonderdeel dat er ten gevolge van de bestreden beslissing geen enkele controle of toezicht op een eventueel marktverstorend effect kan worden uitgeoefend, feitelijke grondslag mist. De verzoekende partijen beschikken over alle nodige informatie. De financiële gegevens zijn niet relevant voor zulke controle.

9. In haar memorie betwist de tweede tussenkomende partij in de eerste plaats het belang van de verzoekende partijen bij het middel. Zij wijst erop dat de verzoekende partijen reeds beschikken over alle relevante stukken.

De tweede tussenkomende partij wijst er voorts op dat zij een kostendelende vereniging is overeenkomstig artikel 44, § 2*bis*, van het BTW-wetboek. Voor een kostendelende vereniging aan wie een *in house*-opdracht wordt toebedeeld, zou het niet geheel verboden zijn om diensten te verstrekken aan derden, zij het dat dit geen overwegend deel van haar activiteiten mag vertegenwoordigen. Zij leidt hieruit af dat een verwijzing naar de *in house*-opdracht niet betekent dat geen financiële of handelsbelangen zouden kunnen spelen. “Zelfs in de mate dat er louter eenheidsprijzen zouden mogen worden aangerekend, zou de kennis van deze ‘reële kosten’ in hoofde van de verzoekende partijen voorkennis uitmaken die zij desgevallend kunnen hanteren om hun prijszetting te manipuleren”.

Wat het eerste middelonderdeel betreft, herhaalt de tweede tussenkomende partij dat een opdrachtnemer in een *in house*-relatie in zekere mate de markt mag bedienen. “Anders dan de verzoekende partijen het voorstellen, bestaat wel degelijk de mogelijkheid dat activiteiten worden ondernomen die het economisch en commercieel belang van de tussenkomende partij in concurrentie met derden doen spelen”. De beroepsinstantie heeft deze belangen terecht verdedigd in afweging tegen het principiële recht op openbaarheid.

Wat het tweede middelonderdeel betreft, argumenteert de tweede tussenkomende partij dat de rechtspraak met betrekking tot annulatieberoepen tegen gunningsbeslissingen in het kader van overheidsopdrachten geen andere invulling kan geven aan het decreet van 26 maart 2004, dat expliciet in de mogelijkheid voorziet om de vertrouwelijkheid van bepaalde informatie te bewaren wanneer wordt geraakt aan de financiële belangen en handelsbelangen van de betrokken instantie. Een koppeling tussen het overheidsopdrachtenrecht en de regelgeving openbaarheid van bestuur is zonder grond.

Wat het derde middelonderdeel betreft, negeren de verzoekende partijen volgens de tweede tussenkomende partij de mogelijkheid die de tussenkomende partij nog steeds heeft om de markt te bedienen op een commerciële wijze. De bestreden beslissing is op het punt van de financiële en handelsbelangen van de tussenkomende partij derhalve afdoende en correct gemotiveerd.

10. In de toelichtende memorie repliceren de verzoekende partijen met betrekking tot het tweede middelonderdeel dat de BTW-vrijstelling van artikel 44, § 2bis, van het BTW-wetboek als “zelfstandige groepering van personen”, veronderstelt dat het samenwerkingsverband binnen Clova voldoet aan twee belangrijke vrijstellingsvoorwaarden, nl. “(i) De aan ieder lid aangerekende vergoeding of retributie vertegenwoordigt enkel de terugbetaling van zijn aandeel in de door de groepering gedane gezamenlijke uitgaven waarbij de groepering gehouden is tot een absolute transparantie [en] (ii) het verbod van een ‘concurrentieverstoring’”. De verzoekende partijen merken in dat laatste verband op dat een marktdeelnemer die zich benadeeld voelt door de toepassing van de btw-vrijstelling in hoofde van een zelfstandige groepering en derhalve concurrentieverstoring ondervindt, een gemotiveerde klacht kan indienen. “Hoe kan een ‘marktdeelnemer’, wanneer hij zich benadeeld voelt door de toepassing van een BTW-vrijstelling door een andere marktdeelnemer (zoals *in casu* Clova), een ‘gemotiveerde’ klacht indienen wanneer deze marktdeelnemer zich kan

onttrekken aan elke informatieverlening van financiële aard, meer bepaald wat betreft de vergoedingen die door Clova aan haar leden worden aangerekend?”.

11. In haar laatste memorie blijft de eerste tussenkomende partij erbij dat, zelfs indien in een *in house*-constructie slechts de reële kosten mogen worden aangerekend, de kennis van die kosten voorkennis uitmaakt voor de verzoekende partijen en dat zij er een concurrentieel voordeel uit halen.

“Bovendien [zo vervolgt zij] zou de openbaarmaking van de prijzen kunnen leiden tot een niet realistische, kunstmatige of speculatieve prijszetting, wat economisch nadelig zou zijn voor het OCMW van Oostende (en dus van het algemeen belang)”. Dit belang gaat hier vóór de openbaarheid van de kwestieuze documenten.

12. De tweede tussenkomende partij wijst er in haar laatste memorie op dat de Raad van State niet in de plaats van de beroepsinstantie aan belangenafweging inzake openbaarheid mag doen. De Raad behoort in “het kader van het wettigheidstoezicht [...] enkel na te gaan of de beroepsinstantie binnen de grenzen van het recht en de redelijk[heid] tot haar oordeel is gekomen”.

13. De verzoekende partijen vallen de voor hen gunstige conclusie in het auditorsverslag bij en merken op dat er geen risico is “wat betreft te beschermen economische belangen in hoofde van Tweede Tussenkomende Partij”.

Beoordeling

14. Inzake het belang bij het middel wordt verwezen naar de beoordeling onder randnummer 4.2.

15. In de bestreden beslissing wordt de openbaarheid geweigerd voor de bijlagen 7, 10, 12a en 12b en 15 van de samenwerkingsovereenkomst op grond van de volgende overweging:

“Overwegende dat de verzoekers allen actief zijn in de sector van de was- en linnenverhuur; dat de kennis van de verschillende eenheidsprijzen voor het wassen en het verhuur van linnen van de vzw Clova kan aangewend worden door die bedrijven, mocht het OCMW Oostende in de toekomst opnieuw beroep wensen te doen op een openbare aanbesteding; dat de verschillende prijslijsten zeker voor de vzw Clova ontegensprekelijk moeten beschouwd worden als zeer commerciële gegevens en dat door een afschrift te verlenen in die gegevens het vertrouwelijke karakter van de commerciële gegevens duidelijk zou geschonden worden; Overwegende dat dan ook moet geconcludeerd worden dat op grond van artikel 14, 1° van het openbaarheidsdecreet de openbaarmaking van de bijlagen 7, 10, 12a en 12b en 15 van de samenwerkingsovereenkomst niet kan toegestaan worden daar de bescherming van het financieel en economisch belang van de vzw Clova hoger moet worden ingeschat dan het belang van de openbaarmaking van de opgevraagde bestuursdocumenten; dat het beroep ongegrond is voor deze bestuursdocumenten.”

16. De beroepsinstantie doet hier een beroep op artikel 14, 1°, van het decreet van 26 maart 2004, dat luidt:

“De in artikel 4 genoemde instanties wijzen een aanvraag tot openbaarmaking af, voorzover die geen betrekking heeft op milieu-informatie, indien ze van oordeel zijn dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van één van de volgende belangen:
1° een economisch, financieel of commercieel belang van een in artikel 4, §1, genoemde instantie.”

De beroepsinstantie dient derhalve een afweging te maken tussen het belang van de verzoekende partijen bij openbaarheid en het economisch, financieel of commercieel belang van de tussenkomende partijen. De beroepsinstantie meent in haar bestreden beslissing dat zeker voor de vzw Clova het om zeer commerciële gegevens gaat die vertrouwelijk dienen te blijven tegen de openbaarheid in en dit in het licht van de mogelijkheid dat het OCMW Oostende in de toekomst opnieuw een beroep wenst te doen op een openbare aanbesteding waarbij, zo lijkt de bestreden beslissing te impliceren, de

vzw Clova in concurrentie zou kunnen treden met de verzoekende partijen. De beroepsinstantie meent aldus dat er een risico was voor speculatieve daden in hoofde van de verzoekende partijen door hun voorkennis.

17. De verzoekende partijen werpen hiertegen in essentie op dat de beroepsinstantie te weinig tot geen oog heeft voor de bijzondere samenwerking tussen de tussenkommende partijen, namelijk een *in house*-constructie waarbij zij betogen dat het hierbij gaat om een vergoeding voor de reële kosten en aldus, wat de overeenkomst betreft, er in wezen geen commerciële belangen spelen.

18. Een *in house*-constructie vormt een uitzondering op de toepassing van de reglementering inzake de reguliere overheidsopdrachten. Deze *in house*-uitzondering wordt, zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie reeds meermaals opmerkte – zie zaak C-15/13, arrest inzake Technische Universität Hamburg-Harburg en Hochschul-Infirmary-System GmbH tegen Datenlotsen Informationssysteme GmbH van 8 mei 2014, overweging 25, en zaak C-553/15, inzake Undis Servizi Srl tegen Comune di Sulmona van 8 december 2016, overweging 30 – “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 kan worden uitgebreid tot situaties waarin de medecontractant een entiteit is die juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is, wanneer deze aanbestedende dienst op de opdrachtnemer toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en die entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst of diensten die haar beheersen”; er kan in die gevallen, aldus het Hof, van worden uitgegaan dat “de aanbestedende dienst zijn eigen middelen gebruikt” en “dat de opdrachtnemende entiteit nagenoeg deel uitmaakt van de interne diensten van de aanbestedder”.

19. Zoals de tweede tussenkomende partij zelf opmerkt, mag zij slechts activiteiten aan “derden” verstrekken als marginale activiteit, maar dus tegen commercieel tarief, naast haar hoofdactiviteit ten aanzien van haar leden onder de vorm van *in house*-opdrachten, die in de regel tegen kostprijs worden uitgevoerd en buiten concurrentie.

Te dezen betreft het diensten die de tweede tussenkomende partij aanbiedt aan de eerste tussenkomende partij, wat behoort tot de hoofdactiviteit van de eerstgenoemde partij en dus niet tot haar “marginaal” circuit – wat overigens door die partij slechts als een mogelijkheid wordt bestempeld – die commercieel van aard is.

De apodictisch geformuleerde opvatting in de bestreden beslissing dat het hier dan ook zou gaan om “zeer commerciële gegevens” van de tweede tussenkomende partij, kan dan ook niet zomaar worden bijgevalen zodat de bestreden beslissing op dit in haar redenering cruciaal punt niet naar recht is verantwoord. Evenmin, om dezelfde reden, is dan ook de overweging in de bestreden beslissing, dat mocht de eerste tussenkomende partij in de toekomst een beroep doen op een openbare aanbesteding en dus op het commerciële circuit, zij benadeeld zou zijn door de vrijgave van de huidige prijzen, rechtens verantwoord.

Conclusie is dat de beroepsinstantie ten onrechte het hier toegepaste procedé van een “*inhouse*-opdracht” niet, minstens niet afdoende, bij haar besluitvorming heeft betrokken zodat de toepasselijkheid van het betrokken artikel 14, 1°, van het decreet van 26 maart 2004 niet is aangetoond.

20. Het middel is gegrond.

C. Tweede middel

Standpunt van de partijen

21. De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 3, 4°, *juncto* de artikelen 7 en 9 van het decreet van 26 maart 2004 en van de beginselen van behoorlijk bestuur, “in het bijzonder het beginsel van de materiële motivering *juncto* het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Het middel is gericht tegen de vaststelling door de beroepsinstantie dat er, wat betreft de tweede tussenkomende partij, geen beslissingen van de raad van bestuur van de vzw Clova aan de beroepsinstantie zijn overgemaakt en dat uit het onderzoek zou blijken dat er “geen dergelijke documenten bestaan”.

Dit motief zou volgens de verzoekende partijen leiden tot het ‘onvoorstelbare’ besluit dat de raad van bestuur van de vzw Clova gedurende drie jaar niet of althans niet over de samenwerking met de eerste tussenkomende partij zou hebben vergaderd. “Bovendien, indien er geen ‘documenten’ door Clova aan Verwerende Partij werden overgemaakt, hoe kan Verwerende Partij dan tot het besluit komen dat er ‘geen beslissingen van de raad van bestuur van de vzw Clova’ bestaan, en er bijgevolg geen ‘bestuursdocument’ is in de zin van artikel 3, 4° van het Decreet van 26 maart 2004 voorligt?”.

De verzoekende partijen besluiten dat de bestreden beslissing steunt op een onvolledige en onzorgvuldige feitengaring door de beroepsinstantie.

22. In haar memorie betwist de tweede tussenkomende partij – de eerste tussenkomende partij valt haar bij – het belang van de verzoekende partijen bij het middel. Zij betoogt: “De vzw Clova heeft geen en kan geen notulen voorleggen waarin de samenwerking tussen de vzw Clova en het

OCMW Oostende nader beschreven wordt. Deze informatie blijkt daarentegen wel uit de documenten waarover de verzoekende partijen reeds beschikken”.

Zelfs indien, zo vervolgt de tweede tussenkomende partij, het bestreden besluit zou worden vernietigd op basis van dit middel, “zal [zij] geen notulen opstellen om de samenwerking met het OCMW Oostende te belichten met het enkele oogmerk om gevolg te kunnen geven aan de vraag tot openbaarheid. In een dergelijk geval kan de verwerende partij niet anders dan opnieuw te oordelen dat de bedoelde stukken niet bestaan”.

Ten gronde argumenteert de tweede tussenkomende partij dat niet valt in te zien hoe de beroepsinstantie de artikelen 7 en 9 van het decreet van 26 maart 2004, die zich richten tot de “instantie” in de zin van artikel 4 van dit decreet, zou kunnen schenden.

Voorts acht de tweede tussenkomende partij de argumentatie van de verzoekende partijen niet relevant. Er zijn geen notulen waarin de voorwaarden van de samenwerking met het OCMW rechtstreeks of onrechtstreeks worden beschreven. De beroepsinstantie heeft hiervan akte genomen. De beroepsinstantie kon dan ook niet anders dan vaststellen dat de stukken waar de beroepsindiener naar polste, niet bestaan. Zij heeft het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel aldus gerespecteerd.

23. In hun laatste memorie merken de verwerende partijen op dat er geen documenten bestaan waaruit blijkt dat de raad van bestuur van de vzw Clova inzake een samenwerking met het OCMW Oostende een beslissing heeft genomen. Echter, zo laten de verwerende partijen blijken, diende die raad van bestuur hierover ook geen beslissing te nemen aangezien, eenmaal het OCMW Oostende werkend lid was van de vzw Clova, het aan de algemeen directeur, belast met het dagelijks bestuur van de vzw, was om de overeenkomst tot stand te laten komen. Er was dan ook, zo concluderen de verwerende partijen,

geen reden voor de beroepsinstantie om te twijfelen aan de verklaring van de vzw Clova dat er op het niveau van haar raad van bestuur geen besluiten bestonden.

24. De tweede tussenkomende partij herhaalt in haar laatste memorie dat zij niet beschikt over notulen “waarin de samenwerking tussen de vzw Clova en het OCMW Oostende nader beschreven wordt”. Er is dan ook geen sprake van de stukken waar de verzoekende partijen naar vroegen. “Voor de vraag naar openbaarmaking van onbestaande documenten is het bovendien zonder belang of het onbestaande bestuursdocument volgens bepaalde regelgeving – zoals de vzw-wet – of op grond van algemene beginselen van behoorlijk bestuur wel had moeten bestaan, of in een andere vorm had moeten bestaan.” “Gelet op het feit dat onbestaande bestuursdocumenten werden opgevraagd, heeft de verwerende partij op zorgvuldige wijze gemotiveerd dat er geen inzage in deze documenten kon worden verleend.”

25. De verzoekende partijen stellen in hun laatste memorie “dat het standpunt dat er geen beslissing rond de commerciële voorwaarden, waaronder de samenwerking tussen Eerste en Tweede Tussenkomende Partij wordt georganiseerd, zou zijn tussengekomen op geen enkele wijze kan overtuigen”. In de veronderstelling dat, zoals de verwerende partijen beweren, het “om gestandaardiseerde commerciële voorwaarden [gaat] die voor elk lid van Tweede Tussenkomende Partij van toepassing zijn, dienden geen specifieke bijlagen of documenten te worden opgemaakt waarin de prijs- en andere commerciële voorwaarden waren opgenomen”. “In deze veronderstelling zou er dan ook geen enkele reden voorliggen om deze documenten niet algemeen bekend te maken”.

Beoordeling

26. Inzake het belang bij het middel wordt verwezen naar de beoordeling onder randnummer 4.2.

27. Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt onder meer in dat aan een beslissing een correcte feitenvinding voorafgaat en dat het bestuur zich dan ook adequaat informeert om met kennis van zaken een beslissing te nemen.

28. In maart 2016 vragen de verzoekende partijen aan de twee tussenkomende partijen om afschrift te verlenen van de samenwerkings-overeenkomst tussen het OCMW Oostende en de vzw Clova of elk ander stuk dat de krachtlijnen van de samenwerking tussen het OCMW Oostende en de vzw bepaalt, inclusief de voorwaarden waaronder de dienstverlening aan het OCMW Oostende wordt verstrekt en de notulen van de raad van bestuur van de vzw Clova en de raad van bestuur van het OCMW Oostende, inclusief de bijlagen betreffende de kalenderjaren 2014, 2015 en 2016.

De vzw Clova reageert niet op die vragen waarna de verzoekende partijen zich tot de beroepsinstantie richten.

In het bestreden besluit overweegt de beroepsinstantie aangaande de vraag tot openbaarmaking van de notulen van de raad van bestuur van de vzw Clova het volgende:

“Overwegende dat de beroepsinstantie vaststelt dat er geen betreffende beslissingen van de raad van bestuur van de VZW CLOVA aan de beroepsinstantie werden overgemaakt;

Overwegende dat uit het onderzoek is gebleken dat er geen dergelijke documenten bestaan;

Overwegende dat een bestuursdocument in artikel 3, 4° van het openbaarheidsdecreet gedefinieerd wordt als de drager, in welke vorm ook, van informatie waarover een instantie beschikt; dat het recht op openbaarheid maar kan worden uitgeoefend voor zover het gaat om informatie die gematerialiseerd werd op een drager;

Overwegende dat het beroepschrift ongegrond is voor deze documenten.”

29. “[H]et onderzoek” waarnaar de bestreden beslissing verwijst, is beperkt gebleven tot het bevragen van en het zonder meer voor waar aannemen van de verklaringen van de instantie, namelijk de vzw Clova.

Dit lijkt in de huidige omstandigheden onvoldoende tegemoet te komen aan een zorgvuldige besluitvorming in het kader van de procedure bij de beroepsinstantie.

Hierbij mag worden gewezen op het feit dat de verzoekende partijen in wezen vroegen naar de documenten waaruit blijkt dat het voor de vzw Clova beslissend orgaan heeft geoordeeld over de voorwaarden van de samenwerking met het OCMW Oostende. Uit het verweer van de verwerende partijen en de vzw Clova mag worden afgeleid dat de vzw Clova hoe dan ook over deze documenten, weze het generiek opgesteld en aangenomen, beschikt.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 14 juli 2016 van de Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie, afdeling openbaarheid van bestuur, nr. OVB/2016/14 wat het gedeelte van het beroep betreft, dat als ongegrond werd verworpen.

2. De verwerende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 1.200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verzoekende partijen.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 juni 2019,
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