

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.540 van 27 november 2012
in de zaak A. 206.827/XII-7123**

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

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN DENDERMONDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Sutter
kantoor houdend te 9000 Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de VZW CENTRALE LINNENDIENST OPENBARE
VERZORGINSTELLINGEN 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 29 oktober 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 18 september 2012 waarvan een afschrift werd overgemaakt aan CleanLeaseFortex nv bij aangetekend schrijven d.d. 12 oktober 2012, met

poststempel 17 oktober 2012 en door [de nv CleanLeaseFortex] ontvangen op 18 oktober 2012 en die bepaalt:

Besluit met eenparigheid:

Artikel 1.: Het contract ‘huur en wassen van werkkledij en plat linnen eigendom van de wasserij’ bij de firma Fortex wordt opgezegd, mits het respecteren van de voorziene opzegtermijn.

Artikel 2.: De opdracht ‘huur en wassen van werkkledij en plat linnen eigendom van de wasserij’ wordt toegewezen aan de firma Clova [...] mits de prijzen opgenomen in hun offerte.

waarbij, zoals blijkt uit de overwegingen van voormelde beslissing, de gunning van de betreffende opdracht niet onderworpen is aan de wetgeving overheidsopdrachten:

Overwegende dat de firma Clova een vzw zonder winstoogmerk is, opgericht door het OCMW Antwerpen en waarvan de deelgenoten enkel rechtspersonen zijn die in handen zijn van de overheid waardoor de overheid de volledige controle heeft op en het toezicht heeft over de vereniging zoals op zijn eigen diensten; dat de vereniging hoofdzakelijk diensten verleent aan zijn deelgenoten; dat de opdracht derhalve kan beschouwd worden als een in-house opdracht aangezien het OCMW Dendermonde lid is van de vereniging; dat derhalve de wetgeving inzake overheidsopdrachten niet van toepassing is”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 9 november 2012 heeft de vzw Centrale Linnendienst Openbare Verzorginstellingen Antwerpen (CLOVA) gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 november 2012, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf en Diego Fornaciari, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Jeroen De Mets, die loco advocaat Tom

De Sutter verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Wouter Moonen, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. Het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Dendermonde schrijft in 2004 een overheidsopdracht uit voor het wassen en huren van werkkledij en linnen.

De opdracht wordt gegund bij wijze van algemene offerteaanvraag.

Op 8 oktober 2004 beslist de raad voor maatschappelijk welzijn om perceel 1 van de opdracht “wassen en strijken van persoonlijke kledij en toebehoren van rusthuisbewoners” toe te wijzen aan de vzw Centrale Linnendienst Openbare Verzorginstellingen Antwerpen (hierna: de vzw Clova). De percelen 2.2. en 2.3 die betrekking hebben op de huur en het wassen van werkkledij eigendom van de wasserij worden daarentegen blijkbaar toegewezen aan de rechtsvoorganger van huidige verzoekende partij.

De opdracht geldt voor onbepaalde duur en is ingegaan op 1 januari 2005.

De opdracht is jaarlijks opzegbaar door beide partijen mits het respecteren van een opzeggingstermijn van zes maanden, ingaand de eerste dag van de maand volgend op het aangetekend versturen van de opzegbrief.

3.2. Op 18 september 2012 beslist de raad voor maatschappelijk welzijn om de voormelde overeenkomst wat werkkledij en linnen van de wasserij betreft op te zeggen en om daaromtrent een overeenkomst te sluiten met de vzw Clova.

Deze beslissing steunt op de volgende overwegingen:

“De Raad voor Maatschappelijk Welzijn,
Gelet op de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;
Gelet op het Decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn, artikel 51, 52, 161 en 162;
Gelet op het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;
Gelet op het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies van openbare werken en de bijlage;
Gelet op het besluit van de Vlaamse Regering van 3 april 2009 houdende de uitvoering en inwerkingtreding van het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn en houdende diverse bepalingen betreffende het personeel, de financiën en de organisatie van de Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn;
Gelet op het besluit d.d. 30 juni 2009 houdende het huishoudelijk reglement van de beleidsorganen en de beleidsinstrumenten van het OCMW;
Gelet op het besluit d.d. 30 juni 2009 houdende het huishoudelijk reglement van het dagelijks bestuur, het dagelijks personeelsbeheer, het budgethouderschap en het visum;
Overwegende dat de opdracht wassen en huur van werkkledij en plat linnen eigendom van de wasserij werd toegewezen aan de firma Fortex, met ingang van 1 januari 2005; dat de opdracht gegund werd voor onbepaalde duur; dat deze opdracht door beide partijen kan worden opgezegd, mits het respecteren van een opzegtermijn van 6 maand;
Overwegende dat er vanuit het OCMW een vraag is gekomen om nieuwe kledij te huren zodat er een onderscheid kan gemaakt worden tussen de verschillende functies, zoals poetsdienst, verpleging, keuken personeel; dat deze verschillende diensten momenteel dezelfde uniformen dragen;
Overwegende dat de firma Clova instaat voor het wassen en strijken van het persoonlijk linnen van de bewoners; dat deze firma eveneens de mogelijkheid aanbiedt voor het huren en het wassen van werkkledij en plat linnen dat eigendom is van de firma;
Overwegende dat er een vergelijking is gebeurd tussen de prijzen van de huidige dienstverlener, zijnde de firma Fortex en de firma Clova; dat een prijsvergelijking tussen de beide firma's volgend resultaat geeft:

[...]

Overwegende dat de firma Clova over het algemeen goedkoper is, zowel voor het wassen als huren van kledij en linnen;

Overwegende dat de firma Clova een vzw zonder winstoogmerk is, opgericht door het OCMW Antwerpen en waarvan de deelgenoten enkel rechtspersonen zijn die in handen zijn van de overheid waardoor de overheid de volledige controle heeft op en het toezicht heeft over de vereniging zoals op zijn eigen diensten; dat de vereniging hoofdzakelijk diensten verleent aan zijn deelgenoten; dat de opdracht derhalve kan beschouwd worden als een in-house opdracht aangezien het OCMW Dendermonde lid is van de vereniging; dat derhalve de wetgeving inzake overheidsopdrachten niet van toepassing is;

Overwegende dat de ontvanger, p.v.v. gunstig advies verleende;

BESLUIT met eenparigheid:

Artikel 1. Het contract 'huur en wassen van werkkledij en plat linnen eigendom van de wasserij' bij de firma Fortex wordt opgezegd, mits het respecteren van de voorziene opzegtermijn.

Artikel 2. De opdracht 'huur en wassen van werkkledij en plat linnen eigendom van de wasserij' wordt toegewezen aan de firma Clova [...] mits de prijzen opgenomen in hun offerte”.

3.3. Bij aangetekend schrijven van 19 september 2012, verzonden op 20 september 2012, deelt het OCMW Dendermonde aan de nv CleanLeaseFortex mee dat de raad voor maatschappelijk welzijn op 18 september 2012 beslist heeft om het contract op te zeggen, rekening houdend met de opzegtermijn van 6 maanden dus met ingang van 1 april 2013.

Bij aangetekend schrijven van diezelfde dag, eveneens verzonden op 20 september 2012 wordt aan de vzw Clova meegedeeld dat de raad voor maatschappelijk welzijn op 18 september 2012 beslist heeft om de huur en het wassen van werkkledij en plat linnen eigen aan de wasserij voor onbepaalde duur aan haar toe te vertrouwen met ingang van 1 april 2013.

3.4. Bij aangetekend schrijven van 25 september 2012 doet de nv CleanLeaseFortex een aantal bezwaren gelden aan het OCMW Dendermonde over de beslissing van 18 september 2012. Ook merkt zij op dat gezien de waarde van het contract het OCMW Dendermonde ongetwijfeld onderworpen is aan de regelgeving inzake overheidsopdrachten. Zij vraagt een persoonlijk onderhoud om het dossier verder te bespreken.

3.5. Bij brief van 1 oktober 2012 bevestigt het OCMW Dendermonde nogmaals de opzegging van het contract, evenals de beslissing om de opdracht toe te vertrouwen aan de vzw Clova.

3.6. Bij aangetekend schrijven van 3 oktober 2012 vraagt de raadsman van de nv CleanLeaseFortex vervolgens om een afschrift van de beslissing van 18 september 2012 en een toelichting omtrent de wijze waarop de overeenkomst met de vzw Clova werd gesloten.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 12 oktober 2012, verzonden op 17 oktober 2012, antwoordt het OCMW Dendermonde dat het gebruik heeft gemaakt van de uitzondering op het verplicht gebruik van de regelgeving overheidsopdrachten in geval van *in-house*-opdrachten. Als bijlage wordt een afschrift gevoegd van de bestreden beslissing, waarbij de eenheidsprijzen onleesbaar werden gemaakt.

3.8. Op 29 oktober 2012 dient de nv CleanLeaseFortex vervolgens een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij tot tussenkomst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Exceptie betreffende de rechtsmacht van de Raad van State

5. Verzoekende partij merkt op dat het voorwerp van de vordering in hoofdzaak artikel 2 van de bestreden beslissing betreft, zijnde de toewijzingsbeslissing, doch dat, aangezien de beslissing om de lopende dienstverleningsovereenkomst met verzoekende partij te beëindigen berust op het motief van en uitdrukkelijk wordt gekoppeld aan de gunningsbeslissing ten gunste van tussenkomende partij, de bestreden beslissing van 18 september 2012 in haar geheel wordt aangevochten.

Verwerende partij en tussenkomende partij betwisten de rechtsmacht van de Raad van State betreffende de beslissing tot stopzetting van de overeenkomst. Zij werpen op dat de Raad van State niet over de rechtsmacht beschikt om de opzegging van een overeenkomst te schorsen en/of te vernietigen aangezien de opzegging van een overeenkomst de contractuele verhouding tussen de partijen betreft.

6. Er is vooralsnog geen noodzaak om over de exceptie uitspraak te doen, aangezien hierna zal blijken dat niet is voldaan aan de schorsingsvoorwaarden.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

Exceptie

7. Verwerende partij werpt op dat zelfs indien verzoekende partij zich zou kunnen beroepen op de bepalingen van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, besloten dient te worden dat de vordering tegen de toewijzingsbeslissing werd ingesteld buiten de in artikel 65/23, §§ 1 en 3, van de wet van 24 december 1993 voorziene termijn van vijftien dagen. Enige bekendmaking of kennisgeving is in de voorliggende zaak immers niet noodzakelijk omdat verwerende partij geen gunningsprocedure heeft georganiseerd. Uit het schrijven van 25 september 2012 van verzoekende partij blijkt volgens verwerende partij dat verzoekende partij minstens reeds op die datum kennis heeft genomen van de toedracht van de bestreden beslissing. Aangezien het verzoekschrift pas werd ingediend op 29 oktober 2012 is het volgens haar hoe dan ook te laat.

Beoordeling

8. Indien de visie van verzoekende partij wordt gevolgd dat de wet van 24 december 1993 te dezen van toepassing is, dient, wat de ontvankelijkheid van het beroep tegen de toewijzingsbeslissing betreft, rekening te worden gehouden met de verjaringstermijn van 15 dagen die door deze wet wordt

opgelegd. Artikel 65/23, §§ 1 en 3, van de wet van 24 december 1993, bepalen uitdrukkelijk dat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid “op straffe van niet ontvankelijkheid” dient te worden ingesteld binnen een termijn van vijftien dagen “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang”.

De argumentatie van verwerende partij dat te dezen geen kennisgeving vereist was omdat verwerende partij geen gunningsprocedure heeft georganiseerd, valt samen met de beoordeling van het middel.

Zelfs indien de feitelijke kennisname zou gelden als uitgangspunt van de termijn, dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat verwerende partij bij aangetekend schrijven van 19 september 2012, verzonden op 20 september 2012, aan verzoekende partij slechts de opzegging heeft meegedeeld, doch niet de nieuwe toewijzingsbeslissing.

Voorts lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden aangenomen dat verzoekende partij reeds op 25 september 2012 kennis had van het bestaan, de aard en de draagwijdte van de bestreden beslissing, aangezien de motieven en meer bepaald het feit dat verwerende partij zich beroept op de zogenaamde “inbesteding” haar pas lijken te zijn meegedeeld bij aangetekend schrijven van 12 oktober 2012, verzonden op 17 oktober 2012.

Evenmin lijkt zij op het eerste gezicht te hebben gedraald bij het opvragen van de motieven aangezien zij formeel een afschrift van de bestreden beslissing heeft gevraagd op 3 oktober 2012, en voorheen, meer bepaald bij schrijven van 25 september 2012 reeds om een onderhoud had gevraagd.

Verwerende partij lijkt verzoekende partij op het eerste gezicht overigens bezwaarlijk een gebrek aan diligentie te kunnen verwijten wanneer zij zelf in haar kennisgeving van 19 september 2012 aan verzoekende partij uitsluitend de opzegging vermeldt en zij een schrijven van de raadsman van verzoekende partij van 3 oktober 2012, met verzoek om afschrift van de bestreden toewijzingsbeslissing te bekomen, slechts beantwoordt met een aangetekend schrijven verzonden op 17 oktober 2012.

9. De exceptie dient dan ook te worden verworpen.

VII. De schorsingsvoorwaarden

Algemeen

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

11. Evenwel rijst de vraag of te dezen de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ van toepassing is. Luidens het in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de bestreden beslissing in dat geval het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij in dat geval tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Het antwoord op de vraag of voor de litigieuze gunningsprocedure verwerende partij zich buiten het toepassingsgebied van de wet van 24 december 1993 mocht plaatsen, door zich te beroepen op de uitzondering inzake *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. Aldus lijkt het gepast om hierna eerst het enige middel te onderzoeken op zijn ernstig karakter.

Uiteenzetting van het enige middel

12. Het enige middel wordt door verzoekende partij verwoord als volgt, onder wat een “samenvatting” wordt genoemd:

“Schending van artikel 1, §1, van artikel 4, §2, 3° en van artikel 5 van de Wet van 24 december 1993; schending van artikel 18 van de Richtlijn 2004/18/EG

Doordat Verwerende Partij op grond van artikel 2 van de Bestreden Beslissing, een overheidsopdracht voor aanneming van diensten, met als voorwerp huur en wassen van werkkledij en plat linnen, eigendom van de wasserij, gunt aan [tussenkomen de partij] zonder 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 twee voorwaarden, m.n.:

- (i) Verwerende Partij oefent op [tussenkomen de partij] een toezicht uit zoals op haar eigen diensten; en
- (ii) [tussenkomen de partij] verricht het merendeel van haar werkzaamheden ten behoeve van de leden die haar beheersen;

Terwijl, in de eerste plaats, minstens één lid van [tussenkomen de partij] een privaatrechtelijk statuut heeft (m.n. ZNA vzw), zoals bevestigd door de rechtspraak van uw Raad, zodat bijgevolg, alleen al om deze reden, een toezicht door Verwerende Partij zoals op haar eigen diensten, volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie is uitgesloten;

Terwijl bovendien, wat betreft de eerste voorwaarde, vereist is dat de deelneming van Verwerende Partij haar in staat stelt om, samen met de andere leden, een toezicht uit te oefenen dat effectief is en dit zowel wat betreft de strategische doelstellingen als wat betreft de belangrijke beslissingen die door [tussenkomen de partij] moeten worden genomen;

Terwijl, zoals blijkt uit de feiten, [tussenkomen de partij] als dienstverlenende rechtspersoon, een volledig autonoom en zelfstandig marktbeleid ontwikkelt, zich ter zake ook op de markt profileert en aldus prima facie over een zelfstandigheid beschikt die uitsluit dat er sprake is van een toezicht vanwege de leden, zoals dit wordt uitgeoefend op hun eigen diensten;

Terwijl, bovendien, [tussenkomen de partij] kennelijk getuigt van een marktgerichtheid en hierbij een volledige autonome en zelfstandige besluitvorming bezit, met inbegrip van het indienen van offertes

betreffende overheidsopdrachten die in mededinging worden gesteld door niet-deelnemende overheidsinstanties;

Terwijl, als gevolg van deze zelfstandige marktgerichtheid, [tussenkomen partij] ten slotte artikel 18 van de Richtlijn 2004/18/EG schendt, m.n. het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel;

Zodat de Bestreden Beslissing bijgevolg de artikelen 1, §1, 4, §2, 3° en 5 van de Wet van 24 december 1993 schendt”.

Deze uiteenzetting wordt voorafgegaan door een “algemene inleiding” waarin de “theorie van de inhouse-opdrachten inzake overheidsopdrachten” wordt beschreven, met referentie naar rechtspraak van het Hof van Justitie, en vervolgens de “structuur van belanghebbende partij” wordt besproken.

Na de “samenvatting” volgen citaten van de geschonden geachte rechtsbepalingen en ten slotte een “toelichting” van vijftien bladzijden waarin onder meer uit een conclusie van een advocaat-generaal in een voor het Hof van Justitie hangende zaak wordt geciteerd, waaruit verzoekende partij “basisprincipes” afleidt inzake het “toezicht zoals op eigen diensten” als voorwaarde voor de inhouse-opdracht en argumenteert rond het “beginsel van irrelevantie” of de vraag naar de omvang van de deelname van de deelnemende overheidsinstantie in de instrumentele vennootschap.

Beoordeling

13. In de eerste plaats dient een middel dat in een schorsingsvordering wordt aangebracht, om als ernstig te kunnen worden aangemerkt, dermate duidelijk te zijn dat het bij eerste lezing meteen aannemelijk is dat daarop een nietigverklaring kan worden gesteund, zonder dat een doorgedreven onderzoek van het middel noodzakelijk is. In een schorsingsprocedure die zoals de huidige, dan nog is ingeleid bij uiterst dringende noodzakelijkheid, is zulks des te meer het geval, omdat het onderzoek van de Raad van State in die procedure uiterst snel moet kunnen verlopen.

Verzoekende partij heeft echter, zoals gezien, zijn middel op diffuse wijze aangebracht en zijn uiteenzetting verspreid over inleiding, samenvatting en toelichting; reeds die werkwijze op zichzelf maakt het voor de Raad van State moeilijk om meteen nog te kunnen gewagen van een middel met een ernstig karakter. Dat ernstig karakter moet immers in principe bij eerste lezing van het middel zelf kunnen blijken uit duidelijk aangewezen rechtmatigheidsgebreken, zonder dat bij het onderzoek noodzakelijkerwijze moet worden teruggegrepen naar aan de “samenvatting” voorafgaande of daaropvolgende teksten, hetgeen te dezen toch wel het geval lijkt. De Raad van State meent, daartoe genoodzaakt door hem opgelegde spoedeisendheid, aldus de vrijheid te hebben in bepaalde zaken zoals te dezen, enkel de grieven te onderzoeken, die in de samenvatting zijn verwoord, en deze vormen dan enkel nog het vereiste rechtsmiddel als daarin ook duidelijk de geschonden geachte bepalingen worden aangewezen en wordt aangegeven waarin de betrokken schending bestaat. De voormelde additioneel aangedragen uiteenzettingen worden slechts in bijkomende orde in de beoordeling betrokken, ook al lenen de opgeworpen problemen zich te dezen ongetwijfeld tot uitvoerige discussies wegens hun Europeesrechtelijke context. Die context leidt er te dezen toe, zoals hieronder nog zal blijken, dat in huidige zaak het discours in rechte gekenmerkt is door complexiteit en onzekerheid, hetgeen het voor de Raad van State nogmaals moeilijker maakt om snel het ernstig karakter van het middel te beoordelen.

Om al deze redenen en mede doordat het middel, zoals hiervoor is vastgesteld, niet volledig is aangebracht met de nodige procedureel vereiste gestrengheid, kan het onderzoek ervan niet anders dan beperkt zijn.

14. In het middel wordt schending aangevoerd van artikel 18 van 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’.

Verzoekende partij zet hier niet uiteen op welke wijze een dergelijke rechtstreekse schending van een richtlijnbeeping, waarvan niet wordt beweerd dat ze niet of niet volledig zou zijn omgezet door internrechtelijke regelgeving, het middel vermag te ondersteunen. Verzoekende partij bedoelt wellicht dat de door haar ingeroepen en geschonden geachte internrechtelijke bepalingen in elk geval richtlijnconform moeten worden geïnterpreteerd.

Hier moet echter al meteen worden opgemerkt dat verzoekende partij op geen enkele wijze lijkt aan te tonen welk verband dit artikel vertoont met de in het middel ontwikkelde grieven en geschonden geachte internrechtelijke bepalingen. Het betrokken artikel heeft immers betrekking op de uitzonderingsgrond inzake opdrachten gegund op grond van een alleenrecht en lijkt niets vandoen te hebben met de in het middel aan de orde zijnde problematiek van de *inhouse* –opdracht. Zulks werd reeds opgemerkt door de Raad van State in zijn arrest nr. 212.509, van 7 april 2011, *Cipal*.

Wat de andere in het middel geschonden geachte bepalingen betreft, dienen overeenkomstig artikel 1, § 1, van de voormelde wet van 24 december 1993 de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in naam van de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 4 van de wet te worden gegund na mededinging en op een forfaitaire grondslag, volgens de wijzen bepaald in titel II van boek I van de wet, onder voorbehoud van wat in de tweede paragraaf van dit artikel 1 en in artikel 2 is bepaald.

In de zin van het eveneens geschonden geachte artikel 4, § 2, 3°, van de wet van 24 december 1993 is verwerende partij als openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn een aanbestedende dienst.

Volgens artikel 5 van de wet, is er en slotte sprake van een overheidsopdracht voor aanneming van diensten wanneer het gaat om een overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een dienstenverlener enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft op in bijlage 2 bij deze wet vermelde diensten.

15. Bij beslissing van 18 september 2012 heeft verwerende partij de opdracht “huur en wassen van werkkledij en plat linnen eigendom van de wasserij” gegund aan tussenkomende partij. Deze beslissing is niet door enige overheidsopdrachtenprocedure voorafgegaan.

Vast staat te dezen dat tussenkomende partij tegen betaling diensten levert aan verwerende partij, en dat verwerende partij lid is van tussenkomende partij.

16. Verzoekende partij lijkt voorts als dusdanig niet te betwisten dat voldaan is aan het vereiste dat tussenkomende partij de vzw Clova het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die haar beheersen.

17. Verzoekende partij haalt wel in haar middel twee redenen aan waarom verwerende partij zich te dezen, om aan de toepassing van de regelgeving inzake overheidsopdrachten onderuit te komen, niet zou kunnen beroepen op de leer van de “*inhouse*-opdrachten” zoals deze volgens haar ontwikkeld is in rechtspraak van het Hof van Justitie. Zij kadert deze redenen in de voorwaarde, gesteld door die rechtspraak, dat de aanbestedende dienst een toezicht moet uitoefenen op de gekozen opdrachtnemer zoals op haar eigen diensten.

18. In de eerste plaats wijst zij erop dat minstens één lid van de vzw Clova een privaatrechtelijk statuut zou hebben, namelijk vzw Ziekenhuisnetwerk Antwerpen (vzw ZNA), zoals bevestigd zou zijn door de rechtspraak van de Raad van State. “Alleen al om deze reden” zou een toezicht door verwerende partij zoals op haar eigen diensten, volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie uitgesloten zijn.

19. In het advies dat door het auditoraat ter terechtzitting is uitgebracht, werd daaromtrent onder meer vastgesteld :

- dat niettegenstaande het Hof van Justitie in zijn rechtspraak het toezichtscriterium steeds verder heeft trachten te verduidelijken, de scheidingslijn tussen wat wel en wat niet als “toezicht zoals op de eigen diensten” in aanmerking wordt genomen niet geheel duidelijk lijkt;

- dat zulks ook door het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 7 september 2010, 2009/AR/1871, werd opgemerkt;
- dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt te kunnen worden afgeleid dat het toezichtscriterium dient te worden beoordeeld aan de hand van het houderschap van het kapitaal, de doorslaggevende invloed op zowel de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze vennootschap en de vraag of de betrokken vennootschap marktgericht is;
- dat overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie te dezen dus in eerste instantie lijkt te moeten worden onderzocht of de overheidsinstantie samen met andere overheidsdiensten al dan niet het volledige kapitaal van een betrokken vennootschap in handen heeft;
- dat in zoverre het criterium van de kapitaalsinbreng te dezen relevant zou moeten zijn voor de beoordeling van het middel het te dezen echter moeilijk toepasbaar lijkt omdat tussenkomende partij een vzw is waarin geen kapitaalsinbreng mogelijk is en het Hof van Beroep te Brussel reeds in dezelfde zin oordeelde in voormeld arrest van 7 september 2010 en daarin stelde dat het lidmaatschap van een vzw niet gelijkgesteld kan worden met de deelname in het kapitaal van een vennootschap dat in principe een proportionele zeggenschap inhoudt in verhouding tot deze deelname.

Het auditoraatsadvies vervolgde dan met de volgende vaststellingen:

- Uit het jaarverslag 2011 zoals neergelegd in het administratief dossier blijkt dat tussenkomende partij vzw Clova onder haar leden uitsluitend openbare centra voor maatschappelijk welzijn telt, evenals het Zorgbedrijf OCMW Antwerpen, vereniging naar publiekrecht, Kina PV, een vereniging van openbare centra voor maatschappelijk welzijn, en ten slotte de kwestieuze vzw Ziekenhuisnetwerk Antwerpen.

- In het arrest van de Raad van State van 15 december 2009, nr. 198.916, nv Algemene Aannemingen Van Laere e.a., waar verzoekende partij steun meent te vinden voor haar stelling, wees de Raad van State er slechts op dat het Ziekenhuis Netwerk Antwerpen (ZNA) opgericht werd 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”. Aangezien echter niet aangetoond werd dat vzw ZNA in die zaak beschikte over eenzijdig bindende bevoegdheid, leek vzw ZNA 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.

-Verzoekende partij lijkt daarbij uit het oog te verliezen dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de voormelde kwalificatie als administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, aan de orde in voormelde zaak, en de kwalificatie als aanbestedende dienst in de zin van de wet van 24 december 1993 en 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’.

Op grond van hetgeen voorafgaat, kan in de huidige stand van de procedure het standpunt van verzoekende partij dat de vzw ZNA een privaatrechtelijk statuut zou hebben en “alleen al om deze reden” een toezicht door verwerende partij zoals op haar eigen diensten, volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie uitgesloten zou zijn, niet worden bijgevalen. De eerste reden op grond waarvan volgens verzoekende partij te dezen de *inhouse*-rechtsfiguur niet zou mogen worden toegepast, lijkt bijgevolg niet deugdelijk.

20. Een tweede reden die verzoekende partij in haar middel aanbrengt op grond waarvan zij de *inhouse*-rechtsfiguur afwijst betreft eveneens de toezichtsvoorwaarde, gesteld in arrest C-107/98 van 18 november 1999 van het Hof van Justitie inzake *Teckal*, inhoudende dat de deelneming van verwerende partij haar in staat stelt om, samen met de andere leden, een toezicht uit te oefenen dat effectief is en dit zowel wat betreft de strategische doelstellingen als wat betreft de belangrijke beslissingen die door de tussenkomende partij vzw Clova moeten worden genomen. Uit de feiten blijkt volgens verzoekende partij nu juist dat de vzw Clova als dienstverlenende rechtspersoon, een volledig autonoom en

zelfstandig marktbeleid ontwikkelt, zich ter zake ook op de markt profileert en aldus prima facie over een zelfstandigheid beschikt die uitsluit dat er sprake is van een toezicht vanwege de leden, zoals dit wordt uitgeoefend op hun eigen diensten.

21. In het auditorsadvies werden daaromtrent de volgende vaststellingen gedaan:

-Uit het administratief dossier blijkt 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 artikel 4.1 van de statuten. Bovendien blijkt uit de statuten dat elk lid rechtspersoon minstens één stem heeft in de algemene vergadering en dat op basis van de behaalde omzet tijdens het vorig boekjaar bovendien een meervoudig stemrecht wordt toegekend: per schijf van 5% van de behaalde omzet, heeft het lid rechtspersoon 1 stem.

-In arrest C-324/07 van 13 november 2008, *Coditel Brabant* oordeelde het Hof van Justitie dat het feit dat de beslissingsorganen van de intercommunale coöperatieve vennootschap *Brutélé* bestaan uit afgevaardigden van de overheidsinstanties die bij haar zijn aangesloten, erop wijst dat deze instanties controle uitoefenen op de beslissingsorganen van *Brutélé* en dus een doorslaggevende invloed kunnen uitoefenen zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze vennootschap. Op het eerste gezicht is er dan ook geen reden om hierover te zweigen, en in het kader van de voorliggende procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, anders te oordelen.

-Voorts blijkt uit het administratief dossier dat de raad van bestuur van de vzw Clova de meest uitgebreide bevoegdheden heeft. Hij lijkt onder meer zelf de tarieven te kunnen vaststellen en te kunnen bepalen welke activiteiten ontwikkeld worden binnen het statutair doel van de vzw.

-De vraag rijst of de vzw Clova daardoor een marktgerichte onderneming is geworden en over een mate van zelfstandigheid beschikt die het toezicht van de bij haar aangesloten overheidsinstanties onzeker maakt.

-In dit verband lijkt te moeten worden opgemerkt dat de vzw Clova niet is opgericht in de vorm van een aandelenvennootschap of een naamloze vennootschap die onafhankelijk van haar aandeelhouders doelstellingen kan nastreven, maar in de vorm van een vereniging zonder winstoogmerk die wordt beheerst door de wet van 27 juni 1921 ‘betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen’. Bovendien hebben verenigingen zonder winstoogmerk, net zoals de intercommunales vermeld in het voormelde arrest *Coditel Brabant*, krachtens artikel 1 van deze wet geen handelskarakter.

-In artikel 2 van de statuten worden de doeleinden en activiteiten van de vzw Clova bovendien als volgt omschreven:

“Art. 2. Eerste lid. Doeleinden

De vereniging heeft als doel, het wassen, aankopen, verhuren en behandelen van linnen of andere textielvervangende producten ten behoeve van openbare verzorgingsinstellingen, verenigingen van publiek recht, verenigingen en eraan gelieerde instellingen, leden van de vzw, met het doel dit zo bedrijfseconomisch mogelijk te doen voor de aangesloten leden.

Art. 2. Tweede lid. Activiteiten

Tot de meer concrete activiteiten waarmee de doelstellingen van de VZW worden verwezenlijkt, behoren onder meer

- De exploitatie van een wasbedrijf

- Aankoop & verhuur textiel

Daarnaast kan de VZW alle activiteiten ontplooiën 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”.

-Op het eerste gezicht lijkt de vzw Clova aldus geen ander belang na te streven dan dat van de bij haar aangesloten aanbestedende instanties. Uit de statuten lijkt het

dat zij in essentie tot doel heeft haar diensten te verrichten voor de leden van de vzw en dus binnen het geografisch grondgebied waar haar leden optreden. Bovendien bevestigt tussenkomende partij in haar verzoekschrift dat voor alle deelnemende overheden maar één tarief geldt.

-Daarbij dient *prima facie* ook te worden vastgesteld dat de toegewezen opdracht te dezen betrekking heeft op ‘huur en wassen van werkkledij en plat linnen eigendom van de wasserij’ en niet op de behandeling van bewonerslinnen dat door de vzw Clova blijkbaar in onderaanneming wordt gegeven.

-Het feit dat de statuten de vzw als dusdanig toelaten om daarnaast bijkomstige commerciële en winstgevende activiteiten te ontplooien binnen de grenzen van wat wettelijk is toegelaten, lijkt op het eerste gezicht niet van aard om te besluiten dat de vzw Clova marktgericht is, te meer daar de statuten uitdrukkelijk voorschrijven dat de opbrengsten ervan te allen tijde volledig zullen worden bestemd voor de verwezenlijking van de niet-winstgevende doelstellingen. Ook het feit dat de vzw Clova blijkbaar beperkt deelneemt aan overheidsopdrachten uitgaande van overheidsinstanties, die niet deelnemen in de vzw Clova, lijkt niet afdoende om te besluiten dat de vzw Clova marktgericht is voor zover althans aangenomen kan worden dat zij het merendeel van haar activiteiten uitoefent ten voordele van haar leden.

-Het Hof van Justitie heeft in arrest C-573/07 van 10 september 2009, *Sea*, ook uitdrukkelijk bevestigd dat zelfs indien de opdrachtnemer de mogelijkheid heeft om betrekkingen aan te knopen met ondernemingen uit de particuliere sector, dit niet tot herkwalificatie leidt wanneer deze activiteit louter bijkomstig is ten opzichte van haar hoofdactiviteit.

-Voorts blijkt op het eerste gezicht uit de statuten ook dat bijkomend toezicht door een commissaris werd ingesteld, te benoemen door de algemene vergadering van de vzw Clova, aan wie de controle op de financiële toestand, de jaarrekening, en op de regelmatigheid van de verrichtingen hierin weergegeven, wordt opgedragen.

Op grond van hetgeen voorafgaat lijkt op het eerste gezicht door verzoekende partij niet te worden aangetoond dat de vzw Clova over een mate van

zelfstandigheid beschikt die uitsluit dat de bij haar aangesloten aanbestedende diensten op haar toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten.

22. Gelet op al hetgeen hiervoor is vastgesteld en op de concrete grieven die door verzoekende partij werden aangebracht maar niet aanvaard, wordt op het eerste gezicht en in het raam van de huidige uiterst dringende procedure niet aangenomen dat verwerende partij te dezen ten onrechte geen toepassing heeft gemaakt van de regelgeving van de overheidsopdrachten en is het middel dus in zoverre niet ernstig.

23. In de mate dat verzoekende partij ten slotte nog in fine van haar middel lijkt te verwijzen naar een schending van “artikel 18 van de Richtlijn 2004/18/EG, m.n. het gelijkheidsbeginsel het mededingingsbeginsel” kan verwezen worden naar wat hiervoor reeds is opgemerkt, namelijk dat verzoekende partij niet aantoont of poogt aan te tonen op welke wijze te dezen een rechtstreeks schending van de betrokken richtlijnbeeping tot een rechtsmiddel zou kunnen leiden; evenmin wordt verduidelijkt hoe enig gelijkheidsbeginsel met grondslag in voormeld artikel zou kunnen zijn geschonden wanneer zoals te dezen op het eerste gezicht niet blijkt dat verwerende partij zich ten onrechte beroept op de “inbesteding” om de opdracht aan de vzw Clova toe te wijzen. Ten slotte wil de Raad van State er op wijzen dat in de huidige geldende tekst van het Verdrag betreffende de Europese Unie, geen expliciet gewag lijkt te worden gemaakt van enig “mededingingsbeginsel” en dit evenmin expliciet lijkt verwoord in artikel 18 van de voormelde richtlijn. Dit onderdeel van het middel is dienvolgens evenmin ernstig.

24. Het enige middel is niet ernstig. Aldus voldoet de vordering niet aan een van de schorsingsvoorwaarden. Ze wordt bijgevolg verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de vzw Centrale Linnendienst Openbare Verzorginstellingen 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 175 euro.

De tussenkomenende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 november 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	

Frank Bontinck,	griffier.
-----------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest