



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

A. RANTOS
van 30 april 2025¹

Zaak C-692/23

AVR-Afvalverwerking BV

tegen

**NV BAR-Afvalbeheer,
Gemeente Barendrecht,
Gemeente Albrandswaard,
Gemeente Ridderkerk,
NV Irado,
Afvalsturing Friesland NV**

[verzoek van het gerechtshof Den Haag (Nederland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Harmonisatie van de wetgevingen – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2014/24/EU – Artikel 12, lid 3 – ‚Inhouse’ gegunde overheidsopdracht – Voorwaarden – Drempel voor de door de gecontroleerde rechtspersoon verrichte werkzaamheden in het kader van de uitvoering van de door de aanbestedende diensten aan hem toegewezen taken – Inaanmerkingneming van de omzet van binnen de groep verbonden vennootschappen – Inaanmerkingneming van de behaalde omzet uit werkzaamheden in opdracht van de aanbestedende diensten”

Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), en lid 5, van richtlijn 2014/24/EU².
2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen, enerzijds, AVR-Afvalverwerking BV (hierna: „AVR”) en, anderzijds, de Nederlandse gemeenten Barendrecht, Albrandswaard en Ridderkerk (hierna gezamenlijk: „BAR-gemeenten”), NV BAR-Afvalbeheer (hierna: „BAR”), NV Irado (hierna: „Irado”) en Afvalsturing Friesland NV (hierna: „AF”) (hierna gezamenlijk: „verweersters in het hoofdgeding”), over overheidsopdrachten voor de inzameling en verwerking van huishoudelijk restafval van de BAR-gemeenten, die op grond van de „inhouse”-uitzondering rechtstreeks aan Irado en AF zijn gegund.

¹ Oorspronkelijke taal: Frans.

² Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65, met rectificaties in PB 2015, L 184, blz. 31, en PB 2021, L 410, blz. 200).

3. Ik herinner eraan dat deze – door het Hof in het arrest Teckal³ erkende en vervolgens onder meer in artikel 12 van richtlijn 2014/24⁴ gecodificeerde – uitzondering inhoudt dat aan door een aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen gegunde overheidsopdrachten niet onderworpen zijn aan de voorschriften inzake de plaatsing van overheidsopdrachten wanneer deze aanbestedende dienst op de betrokken rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze rechtspersoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van die aanbestedende dienst. De ratio legis van deze regel is er namelijk in gelegen dat de aanbestedende dienst in een dergelijke situatie in werkelijkheid zijn eigen middelen gebruikt en dat de opdrachtnemende entiteit nagenoeg deel uitmaakt van de interne diensten van de aanbesteder.⁵ Terwijl in lid 1 van dit artikel de voorwaarden worden vastgesteld voor de toepassing van deze uitzondering in het geval van overheidsopdrachten die worden gegund door een aanbestedende dienst die alleen toezicht uitoefent op de rechtspersoon, wordt in lid 3 ervan dezelfde uitzondering uitgebreid tot opdrachten die worden gegund door een aanbestedende dienst die dat toezicht samen met andere aanbestedende diensten uitoefent. In de onderhavige zaak is laatstgenoemde situatie aan de orde, aangezien de betrokken rechtspersoon (namelijk AF) onder toezicht staat van meerdere Nederlandse gemeenten, waaronder de BAR-gemeenten.

4. Dienaangaande bepaalt artikel 12, lid 3, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 dat voor het plaatsen van een zogenaamde „inhouse”-opdracht⁶ aan drie cumulatieve voorwaarden moet zijn voldaan, waaronder de in het hoofdingen aan de orde zijnde voorwaarde van punt b) van lid 3, volgens welke de gecontroleerde rechtspersoon „meer dan 80 % van [zijn] activiteiten” moet wijden aan de uitvoering van de taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten (hierna: „activiteitscriterium”). Artikel 12, lid 5, van deze richtlijn preciseert dat dit „percentage van de activiteiten” onder meer kan worden bepaald aan de hand van de „gemiddelde totale omzet [...] over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de opdracht”.

5. Tegen die achtergrond wenst het gerechtshof Den Haag (Nederland) in wezen te vernemen of, in het geval dat de gecontroleerde rechtspersoon deel uitmaakt van een groep van vennootschappen, zoals AF in het onderhavige geval, het „percentage van de activiteiten” moet worden berekend aan de hand van alleen de omzet van deze rechtspersoon of op basis van de geconsolideerde omzet van deze groep.

6. Hoewel het Hof reeds de gelegenheid heeft gehad om de reikwijdte van de „inhouse”-uitzondering te verduidelijken na de codificatie ervan door richtlijn 2014/24⁷, wordt het Hof in de context van de onderhavige zaak voor het eerst gevraagd naar de concrete toepassing van het activiteitscriterium en naar de relevantie daarvoor van andere gebieden van

³ Zie arrest van 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, punt 50).

⁴ Zie overweging 31 van richtlijn 2014/24. Zie ook arrest van 22 december 2022, Sambre & Biesme en Gemeente Farciennes (C-383/21 en C-384/21, EU:C:2022:1022, punt 43; hierna: „arrest Sambre”). Deze uitzondering is tevens gecodificeerd in artikel 28 van richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (PB 2014, L 94, blz. 243).

⁵ Zie in dit verband overweging 5, eerste volzin, van richtlijn 2014/24 en arrest van 8 december 2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak; hierna: „arrest Undis Servizi”).

⁶ In richtlijn 2014/24 worden de termen „intern” en „inhouse” of „quasi-intern” en „quasi-inhouse” niet uitdrukkelijk gehanteerd, maar deze termen worden thans courant gebruikt in de praktijk en in de rechtsleer. Zie met betrekking tot deze terminologie, de conclusie van advocaat-generaal Hogan in de zaak Irgita (C-285/18, EU:C:2019:369, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁷ Zie onder meer arresten van 3 oktober 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829; hierna: „arrest Irgita”); 28 mei 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395); 4 juni 2020, Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436; hierna: „arrest Remondis”); 12 mei 2022, Comune di Lerici (C-719/20, EU:C:2022:372), en arrest Sambre.

het Unierecht, waaronder met name van het begrip „onderneming” in de zin van het mededingingsrecht van de Europese Unie of van het boekhoudrechtelijke begrip „geconsolideerde financiële overzichten”, zoals dat is omschreven in richtlijn 2013/34/EU⁸.

Toepasselijke bepalingen

7. De overwegingen 5, 31 en 32 van richtlijn 2014/24 luiden als volgt:

„(5) Er zij op gewezen dat geen enkele bepaling in deze richtlijn de lidstaten verplicht de dienstverlening waarvoor zij zelf zorg wensen te dragen of die zij willen organiseren met andere middelen dan overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijn, uit te besteden of te outsourcen. [...]

[...]

(31) Er is een grote rechtsonzekerheid met betrekking tot de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op opdrachten tussen entiteiten in de openbare sector. De desbetreffende rechtspraak van het Europees Hof van Justitie wordt door de lidstaten en zelfs door de aanbestedende diensten op uiteenlopende wijze geïnterpreteerd. Daarom moet worden verduidelijkt in welke gevallen de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op binnen de openbare sector gesloten overeenkomsten.

Hierbij moeten de beginselen die in de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie worden beschreven richtinggevend zijn. Het enkele feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, sluit op zich de toepassing van aanbestedingsregels niet uit. [...]

Er moet voor worden gezorgd dat vrijgestelde samenwerking tussen overheidsdiensten niet leidt tot vervalsing van de mededinging ten opzichte van particuliere ondernemers in die zin dat een particuliere dienstverlener bevoordeeld wordt ten opzichte van zijn concurrenten.

(32) Overheidsopdrachten die worden gegund aan gecontroleerde rechtspersonen, zijn niet aan de bij onderhavige richtlijn vastgestelde procedures onderworpen indien de aanbestedende dienst over die rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten, mits de activiteit van de gecontroleerde rechtspersoon voor ten minste 80 % bestaat uit het uitvoeren van taken die hem zijn opgedragen door de controle uitoefenende aanbestedende dienst of door andere rechtspersonen waarover de aanbestedende dienst controle uitoefent, ongeacht de begunstigde van de uitvoering van de opdracht.

Deze uitzondering geldt niet voor situaties waarin sprake is van directe participatie door een particuliere ondernemer in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon. Bij het gunnen van een overheidsopdracht zonder mededingingsprocedure zou de particuliere ondernemer met een deelname in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon dan namelijk onrechtmatig voordeel verkrijgen ten opzichte van zijn concurrenten. [...] Voorts moet worden verduidelijkt dat alleen de directe participatie van particuliere ondernemingen in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon het beslissende element is. Wanneer

⁸ Richtlijn van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (PB 2013, L 182, blz. 19).

derhalve sprake is van participatie door particuliere ondernemers in het kapitaal van de controlerende aanbestedende dienst(en), betekent dit niet dat geen overheidsopdrachten kunnen worden gegund aan de gecontroleerde rechtspersoon zonder toepassing van de procedures van deze richtlijn, aangezien die participaties de concurrentie tussen particuliere ondernemingen niet negatief beïnvloeden.

[...]

8. Artikel 2 van deze richtlijn, met als opschrift „Definities”, bepaalt in lid 1 het volgende:

„Voor de toepassing van deze richtlijn gelden de volgende definities:

1. ‚aangebestede diensten’: de staats-, regionale en lokale overheidsinstanties, publiekrechtelijke instellingen of samenwerkingsverbanden bestaande uit één of meer van deze overheidsinstanties of één of meer van deze publiekrechtelijke instellingen;

[...]

5. ‚overheidsopdrachten’: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten;

[...]

10. ‚ondernemer’: elke natuurlijke of rechtspersoon of openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten en of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt;

[...]

9. Artikel 12 van voornoemde richtlijn, met als opschrift „Overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector”, bepaalt:

„1. Een overheidsopdracht die door een aanbestedende dienst aan een andere privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon wordt gegund, valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de aanbestedende dienst oefent op die rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten;
- b) meer dan 80 % van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen, en
- c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controlerende of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale regelgeving, in overeenstemming met de Verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

Een aanbestedende dienst wordt geacht op een rechtspersoon toezicht zoals op zijn eigen diensten uit te oefenen in de zin van de eerste alinea, onder a), indien hij zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent. Dit toezicht kan ook worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon, die zelf op dezelfde wijze door de aanbestedende dienst wordt gecontroleerd.

[...]

3. Een aanbestedende dienst die op een privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon geen controle uitoefent in de zin van lid 1, kan niettemin zonder deze richtlijn toe te passen een overheidsopdracht gunnen aan die rechtspersoon, indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de aanbestedende dienst oefent samen met andere aanbestedende diensten op die rechtspersoon toezicht uit zoals op hun eigen diensten;
- b) meer dan 80 % van de activiteiten van die rechtspersoon behelst de uitvoering van taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen, en
- c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controlerende of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale wet- en regelgeving, in overeenstemming met de Verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

Voor de toepassing van punt a) van de eerste alinea oefenen de aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uit over een rechtspersoon indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- i) de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten; individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigen;
- ii) deze aanbestedende diensten zijn in staat gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en
- iii) de gecontroleerde rechtspersoon streeft geen belangen na die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

[...]

5. Het percentage van de activiteiten als bedoeld in lid 1, eerste alinea, onder b), lid 3, eerste alinea, onder b), en lid 4, onder c), wordt bepaald aan de hand van de gemiddelde totale omzet, of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de opdracht.

[...]”

Hoofdgeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

10. In 1995 hebben de gemeenten van de provincie Friesland (Nederland) AF opgericht als gezamenlijke afvalverwerker zonder winstoogmerk. Na die datum zijn ook andere, niet-Friese gemeenten aandeelhoudster geworden van AF.

11. AF staat aan het hoofd van een groep dochtervennootschappen die volgens de verwijzende rechter voor een deel actief zijn op een ander gebied dan dat van de uitvoering van de taken die aan AF of aan die dochtervennootschappen zijn toegewezen door de gemeenten die aandelen houden in AF.⁹ AF stelt geconsolideerde jaarrekeningen op waarin zij ingevolge artikel 22 van richtlijn 2013/34 haar eigen financiële gegevens consolideert met die van haar dochtervennootschappen waarover zij zeggenschap kan uitoefenen of waarover zij de centrale leiding heeft.

12. Bovendien exploiteert AF zelf een afvalstortplaats (hierna: „betrokken stortplaats”) in opdracht van de gemeenten van de provincie Friesland. Op deze stortplaats wordt niet-huishoudelijk restafval¹⁰ gestort. Het gaat hierbij onder meer om bedrijfsafval en afval afkomstig uit gemeentelijke projecten zoals grondsanering bij woningbouw en asbestsanering.

13. Irado is in 2000 door drie gemeenten van de provincie Zuid-Holland (Nederland) opgericht als organisatie zonder winstoogmerk voor met name de uitvoering van hun afvalbeheer. Irado is in 2017 aandeelhoudster geworden van AF en laat sinds 1 februari 2017 het huishoudelijk restafval dat zij in de drie voornoemde gemeenten inzamelt, door AF verwerken.

14. In 2015 hebben de BAR-gemeenten, die eveneens in de provincie Zuid-Holland zijn gelegen, BAR opgericht als organisatie zonder winstoogmerk voor de uitvoering van hun afvalbeheer.¹¹

15. Tot en met 31 december 2019 had iedere BAR-gemeente een eigen overeenkomst met verschillende afvalverwerkingsbedrijven. Op grond van die overeenkomsten verwerkte AVR, een in deze sector gespecialiseerd commercieel bedrijf, het huishoudelijk restafval van die gemeenten, deels als onderaannemer.

16. In de loop van 2019 hebben de BAR-gemeenten besloten BAR te laten deelnemen in Irado en laatstgenoemde op te dragen hun huishoudelijk restafval in te zamelen en te verwerken.

17. Op 13 december 2019 hebben Irado en AF een overeenkomst gesloten voor de levering, het transport en de verwerking van het huishoudelijk restafval van de BAR-gemeenten met ingang van 1 januari 2020 (hierna: „Irado-AF-gunning”).

⁹ Ik merk niettemin op dat AF ter terechtzitting heeft verklaard dat haar dochtervennootschappen geen andere werkzaamheden verrichten dan die welke worden uitgevoerd voor de aandeelhoudsters van AF.

¹⁰ Niet zijnde afval waarvan de stort is verboden krachtens artikel 5, leden 1 tot en met 4, van richtlijn 1999/31/EG van de Raad van 26 april 1999 betreffende het storten van afvalstoffen (PB 1999, L 182, blz. 1).

¹¹ Met name in het kader van de maatregelen ter verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 11 van richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen (PB 2008, L 312, blz. 3).

18. Op 20 december 2019 hebben BAR en Irado een dienstverleningsovereenkomst gesloten die mede betrekking had op de verwerking van het huishoudelijk restafval van de BAR-gemeenten (hierna: „BAR-Irado-gunning”).

19. Op 31 december 2019 is BAR aandeelhoudster geworden van Irado.

20. AVR heeft voor de rechtbank Den Haag een vordering ingesteld tot, primair, vernietiging of, subsidiair, opzegging of niet-uitvoering van de in de punten 17 en 18 van deze conclusie genoemde gunningen op grond dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor een „inhouse”-gunning. Deze vordering strekte tevens tot gelasting van een aanbesteding voor deze opdrachten, mochten de BAR-gemeenten die nog wensen te vergeven.

21. Nadat deze vordering was afgewezen omdat aan de voorwaarden voor een „inhouse”-gunning was voldaan, heeft AVR tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Den Haag, de verwijzende rechter in deze zaak.

22. Deze rechter geeft aan dat tussen partijen niet in geschil is dat de twee voornoemde gunningen in beginsel worden beheerst door de aanbestedingsplicht van richtlijn 2014/24, tenzij de „inhouse”-uitzondering toepassing kan vinden.

23. Bijgevolg is de genoemde rechter van oordeel dat voor de beslechting van het bij hem aanhangige geding in wezen moet worden nagegaan of AF in de verhouding tot de haar controlerende aanbestedende diensten voldoet aan de voorwaarden van artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), en lid 5, eerste alinea, van deze richtlijn. Volgens de eerste van deze bepalingen moet de rechtspersoon waaraan de opdracht wordt gegund, meer dan 80 % van zijn activiteiten uitoefenen in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten. Overeenkomstig de tweede bepaling wordt dit percentage met name vastgesteld aan de hand van de gemiddelde totale omzet.

24. In dit verband koestert de verwijzende rechter twijfels over twee aspecten in het bijzonder.

25. Ten eerste vraagt hij zich namelijk af of er voor de berekening van de omzet die moet worden gehanteerd om te beoordelen of aan de vereiste drempelwaarde van 80 % van de activiteiten is voldaan, alleen rekening moet worden gehouden met de door AF behaalde omzet, of ook met die van de groep waarvan zij deel uitmaakt. In het onderhavige geval is het namelijk zo dat deze drempel, afhankelijk van de wijze waarop de geconsolideerde omzet van de groep in aanmerking wordt genomen, al dan niet wordt bereikt.

26. Dienaangaande merkt de verwijzende rechter op dat verweersters in het hoofdgeding aanvoeren dat, aangezien artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), van richtlijn 2014/24 uitdrukkelijk verwijst naar de activiteiten van de rechtspersoon waaraan de overheidsoverdracht wordt gegund, de relevante omzet alleen die kan zijn welke door die rechtspersoon zelf wordt behaald, te weten AF. Als zou worden uitgegaan van de geconsolideerde omzet van de groep waartoe zij behoort, zou dit een toepassing contra legem van deze bepaling opleveren. Bovendien is de geconsolideerde omzet geen goed aanknopingspunt, omdat de jaarrekeningrechtelijke consolidatiedoctrine te technisch en te ingewikkeld is. AVR betoogt daarentegen dat de groepsomzet in aanmerking moet worden genomen, omdat alleen op die manier rekening kan worden gehouden met de feitelijke en economische werkelijkheid van een rechtspersoon die deel

uitmaakt van een groep.¹² In het andere geval zou een door aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersoon de in artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), van deze richtlijn neergelegde voorwaarde kunnen omzeilen door in groepsverband actief te zijn en in dat verband zelf voor meer dan 80 % werkzaam te zijn ten behoeve van die controlerende aanbestedende diensten en een of meer groepsvennootschappen op de vrije markt actief te laten zijn.

27. Ten tweede is de verwijzende rechter van oordeel dat, mocht het Hof oordelen dat alleen de niet-geconsolideerde omzet van AF in aanmerking moet worden genomen, vervolgens moet worden uitgemaakt of hij de door AF behaalde omzet uit de stortplaats in aanmerking moet nemen als omzet die is behaald in het kader van de uitvoering van de door de aanbestedende dienst toegewezen taken. Dienaangaande benadrukt deze rechter dat AVR aanvoert dat stortplaatsen voor bedrijfsafval in Nederland deels door particuliere ondernemers worden geëxploiteerd. Met het exploiteren van de stortplaats concurreert AF bijgevolg met die particuliere ondernemers, zodat de uit de stortplaats behaalde omzet niet in aanmerking mag worden genomen. Verweersters in het hoofdgeding brengen daartegen in dat de door AF behaalde omzet uit de stortplaats zijn oorsprong vindt in de uitvoering van door de aanbestedende diensten toegewezen taken en dat die omzet dus in aanmerking moet worden genomen, ongeacht de omstandigheid dat genoemde omzet wordt behaald bij derde ondernemingen die er hun afval storten.

28. In deze omstandigheden heeft het gerechtshof Den Haag besloten om de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Moet het activiteiten criterium van artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), van richtlijn [2014/24], gelezen in samenhang met artikel 12, lid 5, van die richtlijn, aldus worden uitgelegd dat:

wanneer het daar bedoelde percentage van de activiteiten wordt bepaald op basis van omzet en de gecontroleerde rechtspersoon deel uitmaakt van een groep,

alleen de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon zelf in aanmerking moet worden genomen of ook de omzet van al dan niet binnen de groep verbonden vennootschappen, zoals bijvoorbeeld:

- i) de geconsolideerde omzet waarin de omzet van de betrokken rechtspersoon op grond van de nationale omzetting van de artikelen 22 en 24 van richtlijn [2013/34] bij die van andere groepsentiteiten moet worden opgeteld; of
- ii) de omzet van de entiteiten waarmee de gecontroleerde rechtspersoon een economische eenheid vormt in de zin van het ondernemingsbegrip uit het mededingingsrecht van de Unie?

2) Moet, ingeval het antwoord op vraag 1 luidt dat alleen de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon zelf in aanmerking moet worden genomen, het in die vraag bedoelde activiteiten criterium

in die zin worden uitgelegd dat:

¹² Ter ondersteuning van deze benadering verwijst AVR naar het arrest van 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, punten 60-62; hierna: „arrest Carbotermo”), en arrest Undis Servizi (punt 33).

omzet afkomstig van derden-gebruikers die afvalstoffen storten op een stortplaats die de gecontroleerde rechtspersoon exploiteert in opdracht van controlerende aanbestedende diensten, moet worden aangemerkt als omzet behaald bij de uitvoering van taken die aan die rechtspersoon zijn toegewezen door die controlerende aanbestedende diensten, in aanmerking nemende dat de gecontroleerde rechtspersoon, bij die exploitatie onder andere concurreert met private partijen?”

29. AVR, AF, Irado, BAR en de BAR-gemeenten, de Italiaanse en de Oostenrijkse regering alsook de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Deze partijen, met uitzondering van de Oostenrijkse regering, hebben ook mondelinge opmerkingen gemaakt ter pleitzitting van 5 februari 2025.

Analyse

Inleidende opmerkingen

30. De onderhavige zaak draait om de voorwaarden met betrekking tot „inhouse”-gunningen, dat wil zeggen rechtstreekse gunningen van overheidsopdrachten zonder oproep tot mededinging wanneer de aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uitoefenen op de betrokken rechtspersoon, krachtens artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24.

31. Ik herinner eraan dat deze bepaling inhoudt dat een overheidsopdracht die door een aanbestedende dienst aan een privaats- of publiekrechtelijke rechtspersoon wordt gegund, niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt wanneer, ten eerste, de aanbestedende dienst samen met andere aanbestedende diensten op die rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op hun eigen diensten (*eerste voorwaarde*), ten tweede, meer dan 80 % van de activiteiten van die rechtspersoon de uitvoering behelst van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen (*tweede voorwaarde*) en, ten derde, er in beginsel geen directe participatie is van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon (*derde voorwaarde*).

32. In het onderhavige geval hebben de door de verwijzende rechter gestelde vragen uitsluitend betrekking op de tweede voorwaarde en vinden zij hun oorsprong in een geding over de verwerking van huishoudelijk afval van de BAR-gemeenten via een betrekkelijk ingewikkelde juridische structuur.

33. Gelet op deze ingewikkelde structuur lijkt het mij in de eerste plaats nuttig om enkele preciseringen aan te brengen teneinde deze vragen beter af te bakenen. Zo heeft het hoofdgeding in wezen betrekking op de wettigheid van een rechtstreekse gunning door de BAR-gemeenten van een opdracht voor de levering, het transport en de verwerking van het huishoudelijk restafval van deze gemeenten aan AF via een ingewikkelde constructie met als doel om de BAR-gemeenten gezamenlijk controle te laten verwerven over AF door middel van twee tussenentiteiten, namelijk BAR en Irado. Meer bepaald hebben de BAR-gemeenten in een eerste fase BAR opgericht als organisatie zonder winstoogmerk voor de uitvoering van hun afvalbeheer. Vervolgens heeft BAR, in het kader van een „inhouse”-gunning, een opdracht voor het inzamelen en verwerken van het huishoudelijk afval van de drie betrokken gemeenten toegewezen aan Irado (BAR-Irado-gunning). Irado, op haar beurt, is een organisatie zonder winstoogmerk die door drie andere gemeenten uit dezelfde provincie als de BAR-gemeenten is opgericht voor, onder meer, de uitvoering van hun afvalbeheer. In een tweede fase heeft ook Irado een opdracht voor de levering,

het transport en de verwerking van het huishoudelijk restafval van de BAR-gemeenten rechtstreeks gegund aan AF (Irado-AF-gunning). AF is dan weer een gezamenlijke afvalverwerker zonder winst oogmerk die is opgericht door de gemeenten van de provincie Friesland. Op een later tijdstip zijn ook andere, niet-Friese gemeenten aandeelhoudster van AF geworden. AF staat aan het hoofd van een groep dochtervennootschappen die vooral actief zijn op het gebied van elektriciteits- en stoomopwekking uit de verbranding van huishoudelijk afval en van biogaswinning uit de organische gisting van dergelijk afval. Daarnaast exploiteert AF zelf een afvalstortplaats in opdracht van de gemeenten van de provincie Friesland. Op deze stortplaats wordt niet-huishoudelijk restafval gestort, waaronder bedrijfsafval en afval afkomstig uit gemeentelijke projecten zoals grondsanering bij woningbouw of asbestsanering.

34. Het hoofdgeding is in hoger beroep bij de verwijzende rechter aanhangig gemaakt door AVR, een in afvalverwerking gespecialiseerd commercieel bedrijf, teneinde de wettigheid van de op grond van de „inhouse”-uitzondering verleende BAR-Irado- en Irado-AF-gunningen te betwisten.

35. Om uit te maken of de „inhouse”-uitzondering kan worden ingeroepen, is het volgens de verwijzende rechter van belang te beoordelen of AF in haar verhoudingen met BAR en Irado voldoet aan de in artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), van richtlijn 2014/24 gestelde tweede voorwaarde, volgens welke AF meer dan 80 % van haar activiteiten moet wijden aan de uitvoering van opdrachten die haar zijn toegewezen door de aandeelhoudsters van AF, te weten Irado en de overige Friese gemeenten. Een dergelijke beoordeling is afhankelijk van twee factoren, namelijk, ten eerste, de in aanmerking genomen omzet bij de beoordeling van het activiteitscriterium, aangezien de drempel van „meer dan 80 %” van de activiteiten alleen wordt bereikt wanneer rekening wordt gehouden met de omzet van AF afzonderlijk beschouwd, en niet met die van de groep waarvan zij deel uitmaakt (*eerste prejudiciële vraag*) en, ten tweede, de inaanmerkingneming van de uit de stortplaats van AF behaalde omzet als omzet behaald uit de uitvoering van taken die aan AF zijn toegewezen door de haar controlerende aandeelhoudsters (*tweede prejudiciële vraag*).

36. Nu dit is verduidelijkt, acht ik het nuttig om, alvorens de vragen ten gronde te behandelen, in de tweede plaats de aandacht te vestigen op bepaalde aspecten in verband met de toepassing van de „inhouse”-uitzondering, die naar mijn aanvoelen ook relevant zijn ten behoeve van deze analyse, zonder dat zij evenwel het voorwerp uitmaken van de onderhavige prejudiciële verwijzing.

37. Ten eerste merk ik op dat de verwijzende rechter op geen enkele wijze refereert aan de in artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder a), van richtlijn 2014/24 gestelde eerste voorwaarde die inhoudt dat de aanbestedende diensten samen op de rechtspersoon toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten. Zoals het Hof in het arrest Sambre heeft benadrukt, bepaalt dit lid 3, anders dan de leden 1 en 2 van dat artikel, niet dat op indirecte wijze kan worden voldaan aan de voorwaarden inzake het toezicht door de aanbestedende dienst op de rechtspersoon waaraan de opdracht wordt gegund, namelijk wanneer het toezicht wordt uitgeoefend door een andere rechtspersoon die op zijn beurt op dezelfde wijze onder toezicht staat van de aanbestedende dienst.¹³ Bovendien vertoont het begrip „gezamenlijk toezicht” op een rechtspersoon in het kader van de toepassing van genoemd lid 3 een aantal bijzonderheden die nader worden toegelicht in de tweede alinea van die bepaling, waarin drie cumulatieve voorwaarden worden gesteld met betrekking tot de volgende elementen: i) de samenstelling van de besluitvormingsorganen van de

¹³ Zie arrest Sambre (punt 61).

gecontroleerde rechtspersoon; ii) het vermogen om een beslissende invloed uit te oefenen op de doelstellingen en belangrijke beslissingen van deze rechtspersoon, en iii) het nastreven van belangen die overeenstemmen met die van de aanbestedende diensten.¹⁴

38. In dit verband merk ik op dat in het onderhavige geval uit het dossier voor het Hof niet kan worden opgemaakt dat de BAR-gemeenten rechtstreeks zijn vertegenwoordigd in de besluitvormingsorganen van AF, waardoor zij een beslissende invloed hadden kunnen uitoefenen op de belangrijke beslissingen van deze rechtspersoon. Het lijkt er veeleer op dat de BAR-gemeenten er indirect zijn vertegenwoordigd via Irado, dat onder zeggenschap staat van BAR dat op haar beurt onder gezamenlijk toezicht staat van de BAR-gemeenten.¹⁵ Toch kan ik in het geval van een dergelijke indirecte zeggenschap via twee tussenentiteiten moeilijk inzien hoe deze vorm van traspgewijze controle kan worden onderscheiden van de indirecte zeggenschap die het Hof uitdrukkelijk heeft uitgesloten in de context van gezamenlijk toezicht. Bovendien leidt een dergelijke vorm van traspgewijze controle de facto tot een verwatering van het aanvankelijk uitgeoefende toezicht, waardoor wordt afgeweken van de ratio legis van de „inhouse”-uitzondering, die berust op de idee dat de aanbestedende diensten hun openbaredienst opdrachten met eigen middelen uitvoeren.¹⁶ Het staat bijgevolg aan de verwijzende rechter om na te gaan of het door de BAR-gemeenten op AF uitgeoefende toezicht in de situatie van het hoofdgeding een daadwerkelijk toezicht vormt zoals hetwelk deze gemeenten op hun eigen diensten uitoefenen.

39. Ten tweede stel ik vast dat de volgorde waarin de verschillende in het hoofdgeding aan de orde zijnde relaties zijn aangeknoopt, eveneens enkele vragen doet rijzen over het tijdstip waarop aan de voorwaarden voor beide in casu aan de orde zijnde gunningen is voldaan. Aan de voorwaarden voor de juiste toepassing van een op de wetgeving inzake overheidsopdrachten afwijkende bepaling moet immers in beginsel zijn voldaan op het tijdstip van sluiting van de gunningsovereenkomst.¹⁷ Zoals volgt uit de punten 17 tot en met 19 van deze conclusie waren de BAR-gemeenten noch BAR aandeelhoudsters van Irado op het tijdstip van gunning van beide litigieuze opdrachten. Het is immers zo dat de Irado-AF-gunning op 13 december 2019 en de BAR-Irado-gunning op 20 december 2019 is verleend, terwijl BAR – en dus indirect de BAR-gemeenten – pas op 31 december 2019 aandeelhoudsters van Irado zijn geworden. Om te bepalen of artikel 12 van richtlijn 2014/24 in het hoofdgeding van toepassing is, moet bijgevolg worden nagegaan of deze overeenkomsten, in het licht van de chronologische volgorde van sluiting ervan, als één geheel moeten worden beschouwd, zodat de datum van gunning van beide litigieuze opdrachten moet worden geacht samen te vallen met de datum waarop BAR aandeelhoudster van Irado is geworden, namelijk 31 december 2019.¹⁸ In dit verband zij eraan herinnerd dat voor het antwoord op de vraag of een verrichting die uit verschillende handelingen bestaat, als „overheidsopdracht” kan worden aangemerkt, deze verrichting in haar geheel moet worden beschouwd en daarbij rekening moet worden gehouden met het doel ervan.¹⁹ Mocht dus 31 december 2019 het relevante tijdstip zijn voor de beoordeling of aan de voorwaarden voor de

¹⁴ Zie arrest Sambre (punten 62-64). Ik merk op dat in het voorstel van de Commissie voor deze richtlijn bij de cumulatieve vervulling van deze drie voorwaarden de aanbestedende diensten werden „geacht [...] toezicht” uit te oefenen”, en dat er geen sprake was van bewezen „toezicht” [zie artikel 11, lid 3, tweede alinea, van dit voorstel COM(2011) 896 definitief – 2011/0438 (COD)].

¹⁵ Bovendien heeft de Irado-AF-gunning geen betrekking op de uitvoering van aan Irado toegewezen taken, maar op taken die BAR haar heeft toegewezen. In dit verband merk ik op dat AVR in de nationale procedure heeft betwist dat BAR daadwerkelijk toezicht uitoefende over Irado, aangezien BAR zeer beperkte stemrechten in Irado had.

¹⁶ Zie in die zin arresten Sambre (punt 72) en Carbotermo (punten 39 en 40), alsook punt 3 van deze conclusie.

¹⁷ Zie arrest van 12 mei 2022, Comune di Lerici (C-719/20, EU:C:2022:372, punt 40).

¹⁸ Zie naar analogie arrest van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk (C-29/04, EU:C:2005:670, punt 38).

¹⁹ Zie in die zin arrest van 28 mei 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, punten 38 en 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

„inhouse”-uitzondering is voldaan, dan moet met het oog op voornoemde toepassing op zijn minst worden aangetoond dat de BAR-Irado-gunning na die datum in werking is getreden, namelijk op 1 januari 2020.²⁰

40. Ten derde valt het voor mij in datzelfde verband, hoewel de verwijzende rechter aangeeft dat de prejudiciële vragen betrekking hebben op de twee rechtstreekse gunningen, namelijk de BAR-Irado en de Irado-AF-gunningen, moeilijk te begrijpen waarom de activiteiten van AF in casu relevant zijn voor de beoordeling van de wettigheid van de BAR-Irado-gunning, terwijl AF geen partij is bij de overeenkomst met betrekking tot die opdracht. Deze beide gunningen moeten afzonderlijk worden onderzocht, waarbij de BAR-Irado-gunning moet worden onderzocht aan de hand van de omzet van Irado.²¹

41. In de derde en laatste plaats breng ik met betrekking tot de door de verwijzende rechter gestelde vragen in herinnering dat, zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, het hoofddoel van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten, te weten het vrije verkeer van producten en diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten, de verplichting impliceert om de regels inzake aanbestedingsprocedures toe te passen wanneer een aanbestedende dienst voornemens is om met een rechtens onderscheiden entiteit een overeenkomst onder bezwarende titel te sluiten, ongeacht de vraag of deze entiteit zelf een aanbestedende dienst is of niet. Elke uitzondering op de toepassing van deze verplichting moet strikt worden uitgelegd.²²

42. Deze vragen moeten derhalve worden onderzocht in het licht van die rechtspraak van het Hof, met name aangezien, zoals blijkt uit overweging 31 van richtlijn 2014/24, de beginselen die in deze rechtspraak zijn geformuleerd, richtinggevend moeten zijn bij het verduidelijken van binnen de openbare sector gesloten overeenkomsten.²³

Eerste prejudiciële vraag

43. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 12, lid 5, eerste alinea, van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat de voorwaarde volgens welke meer dan 80 % van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon de uitvoering van taken behelst die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten, wanneer het in die bepalingen bedoelde percentage van de activiteiten wordt bepaald op basis van de omzet en deze rechtspersoon op zijn beurt controle uitoefent op andere ondernemingen waarmee hij samen een groep vormt, moet worden beoordeeld aan de hand van alleen de omzet van die rechtspersoon dan wel die van deze groep. In dat laatste geval vraagt deze rechter zich af of daarbij op grond van de artikelen 22 en 24 van richtlijn 2013/34 moet worden gekeken naar de geconsolideerde

²⁰ Zie in dit verband punt 17 van deze conclusie. Het zou tevens nuttig zijn geweest te weten of in de BAR-Irado-gunning is aangegeven dat BAR op 31 december 2019 aandeelhoudster van Irado is geworden.

²¹ De omzet van AF kan alleen relevant zijn indien wordt vastgesteld dat de BAR-Irado-gunning, los van het feit dat Irado op AF toezicht uitoefende zoals op haar eigen diensten, als enig doel had om de afvalverwerkingsovereenkomst aan AF toe te wijzen, zodat beide gunningen als één geheel te beschouwen zouden zijn. Dit lijkt echter niet het geval, aangezien uit de mondelinge opmerkingen van BAR blijkt dat de samenwerkingsovereenkomst tussen BAR en Irado veel ruimer en omvattender was en, naast de verwerking van het huishoudelijk restafval van de BAR-gemeenten, ook betrekking had op een aantal andere diensten (zoals onder meer raadgeving op het gebied van financiën en het beheer van personeelszaken).

²² Zie in die zin arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, punt 63), en arrest Undis Servizi (punten 28 en 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak), alsook de conclusie van advocaat-generaal Cosmas in de zaak Teckal (C-107/98, EU:C:1999:344, punt 65).

²³ Zie in die zin arrest Sambre (punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

omzet van die groep, dan wel naar die van de entiteiten waarmee de gecontroleerde rechtspersoon een „economische eenheid” vormt in de zin van het begrip „onderneming”, zoals dat voortvloeit uit het mededingingsrecht van de Unie.

44. Ik herinner eraan dat artikel 12, lid 5, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 bepaalt dat het „percentage van de activiteiten” als bedoeld in artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), van deze richtlijn, onder meer wordt bepaald „aan de hand van de gemiddelde totale omzet [...] over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de opdracht”. In het onderhavige geval geeft de verwijzende rechter aan dat dit „percentage van de activiteiten” op basis van de geconsolideerde omzet van de groep waarvan AF deel uitmaakt, minder zou bedragen dan 80 % en dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde gunningen bijgevolg niet zouden voldoen aan de in deze bepaling gestelde tweede voorwaarde. Zou er daarentegen alleen rekening worden gehouden met de (niet-geconsolideerde) omzet van AF, dan zou het „percentage van de activiteiten” meer dan 80 % bedragen en zouden de BAR-gemeenten zich terecht kunnen beroepen op de „inhouse”-uitzondering, aangezien dit hogere percentage zou aantonen dat AF haar activiteiten overwegend uitvoert in opdracht van de BAR-gemeenten en de andere haar controlerende aanbestedende diensten.

45. In dit verband merk ik om te beginnen op dat er in het kader van richtlijn 2014/24 geen definitie of nadere uitleg wordt gegeven van de in dit artikel 12, lid 5, opgenomen begrippen „percentage van de activiteiten” en „omzet”.²⁴

46. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moeten de bewoordingen van een bepaling van Unierecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Europese Unie autonoom en uniform worden uitgelegd, niet alleen rekening houdend met de bewoordingen van de bepaling, maar ook met de context ervan en het doel van de betrokken regeling. Ook de ontstaansgeschiedenis van een Unierechtelijke bepaling kan relevante informatie voor de uitlegging ervan verschaffen.²⁵

47. Wat in de eerste plaats *de bewoordingen* van artikel 12, lid 5, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 betreft, volgt uit deze bepaling dat het percentage van de activiteiten wordt „bepaald aan de hand van de gemiddelde totale omzet, of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf zoals de kosten die door de betrokken *rechtspersoon* of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de opdracht”²⁶. Bovendien preciseert de tweede alinea van deze bepaling dat „[w]anneer in verband met de datum van oprichting van of aanvang van de bedrijfsactiviteiten van die *rechtspersoon* of aanbestedende dienst, of in verband met een reorganisatie van zijn activiteiten, de omzet [...] over de laatste drie jaren niet beschikbaar of niet langer relevant is, [het] volstaat [...] om met name middels bedrijfsprognoses aan te tonen dat de meting van de activiteit aannemelijk is”²⁷.

48. Uit de bewoordingen van deze bepalingen blijkt dat de omzet betrekking heeft op de bij de gunning betrokken rechtspersoon of aanbestedende dienst. Dit volgt uit de aard zelf van artikel 12, lid 5, van richtlijn 2014/24, dat beoogt te preciseren op welke wijze het percentage van

²⁴ Ik merk niettemin op dat het percentage van 80 % een minimumdrempel vormt en dat sommige lidstaten een hogere drempel hanteren [zie Hartung, X., en Kuźma, K., „Article 12, Public contracts between entities within the public sector”, in Caranta, R., en Sanchez-Graells, A. (red.), *European Public Procurement*, Edward Elgar Publishing, 2021, blz. 135].

²⁵ Zie in die zin arresten Remondis (punten 23 en 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en Sambre (punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

²⁶ Cursivering van mij.

²⁷ Cursivering van mij.

de activiteiten moet worden bepaald, als bedoeld in artikel 12, leden 1, 3 en 4, waarin ook, bij de verwijzing naar het activiteiten criterium, de termen „rechtspersoon”²⁸ of „aangebestede dienst”²⁹ worden gebruikt. Ten behoeve van deze analyse is echter alleen de verwijzing naar de „rechtspersoon” relevant.

49. Volgens de letterlijke uitlegging van de relevante bepalingen, waarop verweersters in het hoofdgeding zich beroepen, moet het begrip „omzet” in de zin van deze bepalingen dus alleen worden beoordeeld aan de hand van de omzet van de „betrokken rechtspersoon” – in casu AF – en niet van de groep waartoe deze vennootschap behoort.

50. Niettemin ben ik van mening dat deze op een letterlijke uitlegging gebaseerde vaststelling op zich niet kan volstaan ter rechtvaardiging van de niet-inaanmerkingneming van de omzet van een groep van vennootschappen, met name in het licht van de context en de doelstellingen van artikel 12 van richtlijn 2014/24. Volgens mij mag er bij de uitlegging van deze begrippen namelijk geen buitensporig formalisme aan de dag worden gelegd. Een dergelijke aanpak zou mijns inziens indruisen tegen de rechtspraak van het Hof, waarin de nationale rechter wordt verzocht om bij de beoordeling of een opdrachtnemende entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten gunste van de aanbestedende diensten die haar aandelen houden, „alle – zowel kwalitatieve als kwantitatieve – omstandigheden van de zaak” in de beschouwing te betrekken.³⁰

51. Wat dus in de tweede plaats *de context en de ontstaansgeschiedenis* van artikel 12, lid 5, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 betreft, zij eraan herinnerd dat „overheidsopdrachten” in artikel 2, lid 1, punt 5, van deze richtlijn worden omschreven als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen *één of meer ondernemers* en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten”³¹. Overeenkomstig punt 10 van dezelfde bepaling ziet het begrip „ondernemer” op zijn beurt op „*elke natuurlijke of rechtspersoon of openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen [...]* die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten en of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt”³². Bijgevolg kan bij het onderzoek van artikel 12 van genoemde richtlijn, niet buiten beschouwing worden gelaten dat deze bepaling, aangezien zij ziet op „overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector”, de terminologie hanteert die voor het omschrijven van „overheidsopdrachten” wordt gebruikt, ongeacht het feit dat daarin wordt voorzien in een uitzondering op de toepassing van de voorschriften voor het plaatsen van dergelijke opdrachten. Het is dan ook duidelijk dat dit artikel 12 in de leden 1 en 3 ervan verwijst naar een „privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon” teneinde een terminologische samenhang te waarborgen met het begrip „ondernemer”, dat zich met name eveneens uitstrekt tot „rechtspersonen”. Bovendien moeten, aangezien „overheidsopdrachten” worden gedefinieerd als „overeenkomsten onder bezwarende titel”, deze opdrachten zelfs bij toepassing van de uitzondering van artikel 12, lid 3, van dezelfde richtlijn worden gegund aan een persoon die partij is bij de overeenkomst. Deze contextuele analyse zou dan ook verklaren waarom de Uniewetgever ervoor heeft gekozen om het begrip „rechtspersoon” te gebruiken en niet een ruimer begrip zoals „onderneming” of „groep van ondernemingen”, waaruit alleen al op grond van de bewoordingen van deze bepaling zou kunnen worden geconcludeerd dat de relevante omzet ruimer kan worden opgevat dan die van de betrokken rechtspersoon. Het is weliswaar juist dat de Uniewetgever het begrip „onderneming” had kunnen hanteren, maar noch deze contextuele analyse, noch zelfs de ontstaansgeschiedenis van richtlijn

²⁸ Zie artikel 12, lid 1, eerste alinea, onder b), lid 2 en lid 3, eerste alinea, onder b), van richtlijn 2014/24.

²⁹ Zie artikel 12, lid 2 en lid 4, onder c), van richtlijn 2014/24.

³⁰ Zie arrest Undis Servizi (punten 31 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³¹ Cursivering van mij.

³² Cursivering van mij.

2014/24 geeft enige blijk van een bewuste keuze voor het begrip „rechtspersoon” om een duidelijk onderscheid te maken met het begrip „onderneming” of wijst erop dat deze beide begrippen niet naast elkaar kunnen bestaan.³³

52. Wat in de derde plaats de *doelstellingen* van artikel 12 van richtlijn 2014/24 betreft, heeft, zoals het Hof reeds heeft verklaard, de voorwaarde dat de rechtspersoon het merendeel van zijn werkzaamheden verricht voor de aanbestedende dienst/diensten die zijn aandelen houdt/houden, tot doel te waarborgen dat deze richtlijn van toepassing blijft ingeval deze rechtspersoon op de markt werkzaam is en dus met andere ondernemingen kan concurreren. Een dergelijke rechtspersoon verliest immers niet noodzakelijk zijn handelingsvrijheid vanwege het enkele feit dat op de beslissingen die hem aangaan toezicht wordt uitgeoefend door de aanbestedende dienst/diensten die zijn aandelen houdt/houden, indien hij althans een belangrijk deel van zijn economische activiteiten voor andere marktdeelnemers kan uitoefenen. Het Hof heeft hieraan toegevoegd dat indien diezelfde rechtspersoon daarentegen het merendeel van zijn werkzaamheden uitsluitend verricht voor deze aanbestedende dienst(en), het gerechtvaardigd is dat de dwingende bepalingen van genoemde richtlijn, die bedoeld zijn ter bescherming van de mededinging, op deze rechtspersoon niet van toepassing zijn omdat er in dat geval toch geen mededinging meer is.³⁴ Overeenkomstig overweging 31 van dezelfde richtlijn mag de uitzondering op de aanbestedingsverplichting immers niet leiden tot vervalsing van de mededinging ten opzichte van particuliere ondernemers door een particuliere dienstverlener ten opzichte van zijn concurrenten te bevoordelen.

53. Deze doelstelling moet naar mijn mening als leidraad dienen voor de analyse met het oog op de afbakening van de relevante omzet. Bijgevolg moet de keuze tussen de geconsolideerde of niet-geconsolideerde omzet ten behoeve van de toepassing van de tweede voorwaarde van artikel 12, lid 3, van richtlijn 2014/24 worden gemaakt aan de hand van welke omzet kan aantonen of de gecontroleerde rechtspersoon een belangrijk deel van zijn economische activiteiten verricht voor de aanbestedende diensten die hem controleren of, omgekeerd, slechts een verwaarloosbaar deel van zijn economische activiteiten uitoefent voor andere particuliere ondernemers.³⁵

54. In dit verband ben ik van mening dat wanneer, zoals in het onderhavige geval, de gecontroleerde rechtspersoon aan het hoofd van een groep staat, en dus als moedermaatschappij optreedt, de geconsolideerde omzet van deze groep beter weerspiegelt of de door die rechtspersoon verleende diensten al dan niet in hoofdzaak voor de aanbestedende dienst bestemd zijn.

55. Ten eerste verschaft de geconsolideerde omzet in een dergelijke situatie in beginsel namelijk een waarheidsgetrouwer beeld van de reële en daadwerkelijke omvang van deze gecontroleerde rechtspersoon, op basis waarvan dus kan worden beoordeeld of hij met andere ondernemingen kan concurreren, zelfs indirect, namelijk met ondernemingen die concurrenten zijn van de dochtervennootschappen waarover hij zeggenschap heeft. Als gevolg van de op deze dochtervennootschappen uitgeoefende controle kan de door deze vennootschappen behaalde omzet uit mededingingsoogpunt immers worden „toegerekend” aan de moedermaatschappij, zodat het logisch lijkt dat het percentage van de activiteiten dat wordt uitgeoefend in de vorm van taken die haar zijn toegewezen door deze aanbestedende diensten, aan de hand van deze

³³ Zie artikel 11 van het voorstel voor een richtlijn van de Commissie [COM(2011) 896 definitief – 2011/0438 (COD)].

³⁴ Zie arrest *Undis Servizi* (punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak), alsook de conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak *ARGE* (C-94/99, EU:C:2000:330, punt 77).

³⁵ Zie arrest *Carbotermo* (punt 63).

geconsolideerde omzet wordt beoordeeld. In dit verband kan niet worden uitgesloten dat de activiteiten van de dochtervennootschappen waarover de groep zeggenschap heeft, onlosmakelijk verbonden zijn met, en zelfs onontbeerlijk zijn voor de uitvoering van de aan de moedermaatschappij toegewezen taken, zodat de door deze dochtervennootschappen behaalde omzet in aanmerking moet worden genomen als uit de uitvoering van deze taken behaalde omzet.³⁶

56. Ten tweede is het, wanneer een moedermaatschappij zich verzekerd weet van een „inhouse”-gunning, volstrekt denkbaar dat een dochtervennootschap, zelfs als deze actief is op een andere markt, hier materieel voordeel uit haalt, waardoor zij ten opzichte van haar concurrenten wordt bevoordeeld. Zo kan deze dochteronderneming in de praktijk terugvallen op de kredietwaardigheid en de personele en materiële middelen van de moedermaatschappij. Volgens diezelfde logica zou een gecontroleerde rechtspersoon zich de vrijheid kunnen nemen om publieke aandeelhouders hogere tarieven dan de markttarieven aan te rekenen en via haar dochtervennootschappen lagere tarieven aan niet-aandeelhouders aan te rekenen, wat leidt tot oneerlijke concurrentie ten opzichte van particuliere ondernemers die concurrerende diensten aan niet-aandeelhouders aanbieden.³⁷

57. Ten derde, en vooral, kan de keuze voor de geconsolideerde omzet van de groep het risico beperken dat overheidsinstanties het aanbestedingsbeginsel in de zin van richtlijn 2014/24 gemakkelijk kunnen omzeilen door de structuur van gecontroleerde ondernemingen kunstmatig op te splitsen teneinde op fictieve wijze te voldoen aan de drempel van 80 % van de activiteiten. Overheidsinstanties kunnen zich namelijk eenvoudig onttrekken aan het concurrentiespel door een onderneming louter formeel op te splitsen in meerdere dochtervennootschappen en hun het deel van de op de particuliere markt behaalde omzet toe te wijzen teneinde deze drempel te omzeilen. Dit zou de facto leiden tot een buitensporig hoog aantal uitzonderingen op de toepassing van deze richtlijn en, bijgevolg, tot een beperking van de mededinging. De door richtlijn 2014/24 nagestreefde doelstellingen, en dan in het bijzonder de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten, zouden aldus in het gedrang komen indien de aanbestedende diensten hun toevlucht zouden kunnen nemen tot kunstgrepen die de gunning van overheidsopdrachten voor dienstverlening aan gemengde ondernemingen dienen te maskeren.³⁸ De inaanmerkingneming van de geconsolideerde omzet zou het dus mogelijk maken om dergelijke omzeilingspraktijken tegen te gaan.

58. In het licht van het voorgaande moet, wanneer de gecontroleerde rechtspersoon de moedermaatschappij van een groep is, de „gemiddelde totale omzet” van deze gecontroleerde rechtspersoon, als bedoeld in artikel 12, lid 5, eerste alinea, van richtlijn 2014/24, worden gelijkgesteld aan de geconsolideerde omzet van deze groep. De omzet van een groep van vennootschappen is daarentegen niet relevant wanneer de gecontroleerde rechtspersoon slechts één van de dochtervennootschappen van deze groep is en geen zeggenschap uitoefent over de andere vennootschappen van dezelfde groep.

³⁶ In casu merk ik op dat uit het aan het Hof overgelegde dossier blijkt dat de afvalverwerking niet uitsluitend door AF lijkt te worden uitgevoerd, maar ook door dochtervennootschappen die mede betrokken zijn bij het sorteren en het verbranden ervan. Deze door dochtervennootschappen van AF verrichte werkzaamheden zijn dus nauw verbonden met en van essentieel belang voor de uitvoering van de „inhouse”-opdracht.

³⁷ Wat het risico van een dergelijke kruissubsidiëring betreft, merk ik op dat AF dit risico heeft uitgesloten, aangezien zij tijdens de terechtzitting heeft verduidelijkt dat de aan derden aangerekende tarieven niet lager mogen zijn dan de door de aandeelhouders zelf betaalde tarieven.

³⁸ Zie naar analogie arrest van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk (C-29/04, EU:C:2005:670, punt 48).

59. Met betrekking tot, in de vierde en laatste plaats, de door de verwijzende rechter gestelde vragen over, in wezen, *de relevantie van de bepalingen van richtlijn 2013/34 of van het begrip „onderneming” uit het mededingingsrecht van de Unie* voor het bepalen van de geconsolideerde omzet van de groep, ben ik, om de redenen die ik in de volgende punten zal uiteenzetten, van mening dat een functionele benadering de voorkeur verdient.

60. *Wat ten eerste richtlijn 2013/34 betreft*, blijkt uit overweging 31 ervan dat „[g]econsolideerde financiële overzichten [...] de activiteiten van een moederonderneming en haar dochterondernemingen *als activiteiten van één economische eenheid (een groep)* [moeten] presenteren. Ondernemingen die onder zeggenschap van de moederonderneming staan, moeten als dochterondernemingen worden beschouwd. Zeggenschap dient op *het bezit van een meerderheid van de stemrechten te berusten*, maar er kan ook zeggenschap bestaan die op *overeenkomsten* met medeaandeelhouders of met vennoten van de onderneming berust. In sommige gevallen kan er daadwerkelijke uitoefening van zeggenschap zijn hoewel de moederonderneming *geen of een minderheid van de aandelen in de dochteronderneming in bezit heeft*”.³⁹

61. Hieruit volgt dat deze richtlijn niet alleen betrekking heeft op zeggenschap over het kapitaal, maar ook op contractuele en bestuurlijke zeggenschap, wat dus voor een functionele benadering pleit. Artikel 22 van genoemde richtlijn bepaalt namelijk dat de lidstaten voorschrijven dat moederondernemingen „geconsolideerde financiële overzichten” en een „geconsolideerd bestuursverslag” opstellen wanneer deze zeggenschap over een dochteronderneming hebben. Deze zeggenschap wordt vastgesteld aan de hand van het antwoord op verschillende vragen: bezit de moederonderneming de meerderheid van de stemrechten van de aandeelhouders of vennoten in een dochteronderneming; heeft zij het recht om de meerderheid van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudende orgaan ervan te benoemen of te ontslaan, heeft zij krachtens een overeenkomst het recht er een overheersende invloed op uit te oefenen?

62. In dit verband merk ik om te beginnen op dat, hoewel de doelstelling van de verplichting tot het opstellen van „geconsolideerde financiële overzichten” inderdaad voornamelijk gelegen is in transparantie van boekhouding en informatie, dat wil zeggen de noodzaak ervoor te zorgen dat de aandeelhouders van de moeder- en dochteronderneming, alsook belanghebbende derden zoals investeerders en medecontractanten, een waarheidsgetrouw beeld hebben van de economische en financiële prestaties van de betrokken ondernemingen⁴⁰, het mij, gelet op de elementen die bij de vaststelling van de voornoemde zeggenschapsverhouding in aanmerking worden genomen, voorkomt dat de omstandigheid dat de moedermaatschappij geconsolideerde financiële overzichten moet opstellen, op het bestaan van „één enkele economische activiteit” duidt, wat van belang lijkt voor de beoordeling van het „percentage van de activiteiten”. Per slot van rekening berusten de consolidatieregels namelijk op dezelfde logica als die welke ten grondslag ligt aan het begrip „onderneming” in mededingingsrechtelijke zin.

63. Vervolgens merk ik op dat een uitlegging waarbij ervoor wordt gekozen aan te knopen bij de jaarrekeningen, zoals die zijn gedefinieerd in richtlijn 2013/34, voor het uitvoeren van verificaties met betrekking tot het percentage van de activiteiten, ook voorkomt in de wetgeving betreffende het plaatsen van opdrachten door entiteiten die werkzaam zijn in specifieke sectoren (richtlijn 2014/25) en het plaatsen van concessieovereenkomsten (richtlijn 2014/23/EU⁴¹).

³⁹ Cursivering van mij.

⁴⁰ Zie in dit verband overweging 29 van richtlijn 2013/34.

⁴¹ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1).

Teneinde na te gaan of een onderneming „verbonden” is met een bepaalde aanbestedende instantie en dus direct of indirect onder de overheersende invloed van deze instantie staat, bepalen deze beide richtlijnen namelijk uitdrukkelijk dat de geconsolideerde jaarrekeningen een „zo gemakkelijk mogelijk” middel vormen voor het verrichten van die verificatie.⁴² Zo wordt volgens beide genoemde richtlijnen onder „verbonden onderneming” verstaan, elke onderneming „waarvan de jaarrekening is geconsolideerd met die van de aanbestedende instantie overeenkomstig de eisen van richtlijn [2013/34]”, en wanneer dezelfde diensten worden verricht „door meer dan één onderneming die is verbonden met de aanbestedende instantie waarmee zij een economische groep vormen”, wordt bij de berekening van de vereiste percentages rekening gehouden met de *totale omzet die voortvloeit uit het verrichten van respectievelijk diensten, leveringen of werken door deze verbonden ondernemingen*”⁴³. Er is geen reden denkbaar waarom deze regels niet op dezelfde wijze zouden worden toegepast en uitgelegd tegen de achtergrond van richtlijn 2014/24.⁴⁴

64. Bijgevolg ben ik de mening toegedaan dat de geconsolideerde financiële overzichten als bedoeld in richtlijn 2013/34 aanvullende gegevens kunnen verschaffen voor de uitlegging van het activiteiten criterium waarin met name artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), van richtlijn 2014/24 voorziet.

65. Aan deze conclusie kan mijns inziens niet worden afgedaan door het door verweersters in het hoofdgeding aangevoerde argument dat de geconsolideerde omzet geen goed aanknopingspunt is, omdat de jaarrekeningrechtelijke consolidatiedoctrine te technisch en te ingewikkeld is en ook veel uitzonderingen kent. Integendeel, het is juist omdat moederondernemingen verplicht zijn om de rekeningen van ondernemingen waarvan zij de meerderheid van de stemrechten van de aandeelhouders bezitten, de meerderheid van de leden van het bestuursorgaan kunnen benoemen of waarop zij rechtens een overheersende invloed uitoefenen, met hun eigen rekeningen te consolideren, dat de consolidatiekring een waarheidsgetrouw beeld geeft van de reële en daadwerkelijke omvang van de onderneming.⁴⁵ Bovendien heeft richtlijn 2013/34 in wezen tot doel de rechtszekerheid te waarborgen door een getrouw beeld te geven van de activa en de passiva, de financiële positie en de winst of het verlies van de onderneming, wat mede zorgt voor het verzekeren van de nuttige werking van richtlijn 2014/24 door de mogelijkheden tot omzeiling ervan te beperken.⁴⁶

66. Wat ten tweede het gebruik van de mededingingsrechtelijke begrippen „onderneming” en „economische eenheid” betreft, merk ik op dat de Unievoorschriften inzake geconsolideerde rekeningen in een bepaald aantal gevallen niet van toepassing zijn, bijvoorbeeld op grond van de grootte van de betrokken ondernemingen of omdat niet is voldaan aan bepaalde voorwaarden met betrekking tot hun rechtsvorm.⁴⁷ Bovendien kan niet worden uitgesloten dat een „gecontroleerde rechtspersoon” voor de uitvoering van aan hem toegewezen taken een beroep

⁴² Zie overweging 39 van richtlijn 2014/23 en overweging 41 van richtlijn 2014/25.

⁴³ Cursivering van mij. Zie in dit verband artikel 13, leden 1 en 6, van richtlijn 2014/23 en artikel 29, leden 1 en 6, van richtlijn 2014/25.

⁴⁴ Zie in die zin overweging 38 van richtlijn 2014/25. De omstandigheid dat deze beide richtlijnen, anders dan richtlijn 2014/24, uitdrukkelijk verwijzen naar de bepalingen van richtlijn 2013/34, is waarschijnlijk te verklaren door het feit dat aanbestedende instanties in de context van deze richtlijnen vaak zijn georganiseerd in de vorm van een economische groep die uit een aantal afzonderlijke ondernemingen kan bestaan, en dat bijgevolg bepaalde opdrachten van de aanbestedingsprocedure moeten worden uitgesloten wanneer deze zijn gegund aan een verbonden onderneming waarvan de hoofdactiviteit erin bestaat diensten te verlenen aan de groep waartoe zij behoort, en niet om deze op de markt aan te bieden (zie overweging 39 van richtlijn 2014/25 en overweging 38 van richtlijn 2014/23).

⁴⁵ Zie ook overweging 20 van richtlijn 2013/34, waarin te lezen staat dat, „[o]m de gebruikers van financiële overzichten in staat te stellen de financiële positie van ondernemingen in de Unie beter te vergelijken, [...] het noodzakelijk [is] de balansindelingen in aantal te beperken”.

⁴⁶ Zie in dit verband overweging 9 van richtlijn 2013/34.

⁴⁷ Zie artikel 23 van richtlijn 2013/34, waarin uitzonderingen zijn opgenomen voor „kleine groepen” en „middelgrote groepen”.

doet op een andere rechtspersoon waarin de „gecontroleerde rechtspersoon” een minderheidsdeelneming bezit, waardoor deze andere rechtspersoon aan de consolidatieplicht zou ontsnappen. In een dergelijk geval kan dus een alternatief criterium worden overwogen ter waarborging van de consistente toepassing van het activiteiten criterium en zou het inderdaad nuttig kunnen zijn om de begrippen „onderneming” en „economische eenheid” in de zin van het mededingingsrecht van de Unie als uitgangspunt te hanteren. Het in de artikelen 101 en 102 VWEU opgenomen begrip „onderneming” is namelijk een autonoom begrip ter aanduiding van de pleger van een inbreuk op het mededingingsrecht en ziet op „elke entiteit bestaande in personele, materiële en immateriële elementen die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd”.⁴⁸ Vanuit een functionele benadering heeft het Hof geoordeeld dat het begrip „onderneming” een economische eenheid aanduidt, ook al bestaat deze juridisch gezien uit verschillende natuurlijke of rechtspersonen. In het mededingingsrecht van de Unie is met betrekking tot de activiteiten van ondernemingen als beslissend criterium namelijk het bestaan van marktgedrag als dat van een eenheid neergelegd, waarbij het feit dat er, gelet op een eigen rechtspersoonlijkheid, in formele zin sprake is van verschillende vennootschappen, een dergelijke eenheid niet uitsluit voor de toepassing van de mededingingsregels.⁴⁹ Aan de ontwikkeling en toepassing van dit begrip „economische eenheid” ligt een tweeledig doel ten grondslag, namelijk, ten eerste, het uitsluiten van de werkingssfeer van artikel 101 VWEU van overeenkomsten tussen entiteiten die tot dezelfde onderneming behoren en, ten tweede, het toerekenen van mededingingsverstorend gedrag van een dochteronderneming binnen een groep van ondernemingen aan de moederonderneming daarvan.

67. De eerste van deze twee doelstellingen komt naar analogie overeen met de voorwaarden van het begrip „rechtspersoon” in de zin van artikel 12 van richtlijn 2014/24, aangezien ook daarin wordt verwezen naar „overeenkomsten” – overheidsopdrachten zijnde overeenkomsten onder bezwarende titel die met één of meer ondernemers zijn gesloten –, zodat, indien een dergelijke rechtspersoon als moederonderneming samen met de dochterondernemingen waarover zij zeggenschap heeft, een en dezelfde economische eenheid vormt, de omzet van die onderneming indicatief is voor de activiteiten van die rechtspersoon en in aanmerking moet worden genomen bij het toezicht op de naleving van het activiteiten criterium (ook bij ontbreken van consolidatie). Bijgevolg kan het gebruik van alternatieve criteria ter waarborging van de volle werking van het activiteiten criterium de toepassing van het begrip „onderneming” in de zin van het mededingingsrecht niet uitsluiten (bijvoorbeeld wanneer er geen sprake is van een kapitaalband tussen de rechtspersonen, maar uitsluitend van contractuele banden). Het mededingingsrechtelijke begrip „economische eenheid” helpt namelijk te voorkomen dat een moederonderneming de gevolgen van dit recht ontloopt vanwege het loutere feit dat alleen haar dochteronderneming een inbreuk heeft begaan. Dit argument kan tevens worden aangevoerd met betrekking tot het activiteiten criterium. Indien de moederonderneming en haar dochteronderneming een en dezelfde economische eenheid vormen, moet de omzet van deze economische eenheid in aanmerking worden genomen teneinde na te gaan of aan het activiteiten criterium is voldaan, ook bij ontbreken van consolidatie.

⁴⁸ Zie arrest van 27 april 2017, Akzo Nobel e.a./Commissie (C-516/15 P, EU:C:2017:314, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie met betrekking tot de begrippen „onderneming” en „economische eenheid” mijn conclusie in de zaak Unilever Italia Mkt. Operations (C-680/20, EU:C:2022:586, punten 24-55 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook mijn conclusie in de zaak Finanzamt T II (C-184/23, EU:C:2024:416, punten 1 en 38), over het begrip „btw-groep”, namelijk een groep die wordt gevormd door personen die juridisch gezien wel zelfstandig zijn, doch financieel, economisch en organisatorisch nauw met elkaar verbonden zijn.

⁴⁹ Zie arrest van 6 oktober 2021, Sumal (C-882/19, EU:C:2021:800, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

68. In het licht van de bovenstaande overwegingen stel ik voor op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), en lid 5, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat de voorwaarde volgens welke meer dan 80 % van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon de uitvoering van taken behelst die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten, wanneer het in die bepalingen bedoelde percentage van de activiteiten wordt bepaald op basis van de omzet en deze gecontroleerde rechtspersoon aan het hoofd staat van een groep waarvoor geconsolideerde jaarrekeningen worden opgesteld, in beginsel moet worden beoordeeld aan de hand van de geconsolideerde omzet van deze groep als bedoeld in de artikelen 22 en 24 van richtlijn 2013/34 of, met name wanneer deze richtlijn niet van toepassing is, aan de hand van de criteria die zijn geformuleerd met betrekking tot het begrip „onderneming” in de zin van het mededingingsrecht van de Unie.

Tweede prejudiciële vraag

69. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 12, lid 5, eerste alinea, van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat er voor de bepaling van de omzet die door de gecontroleerde rechtspersoon is behaald uit de uitvoering van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten, rekening moet worden gehouden met de omzet die is behaald bij derden-gebruikers op markten waar deze rechtspersoon ook met particuliere ondernemers concurreert.

70. Ik herinner eraan dat de verwijzende rechter zich in het onderhavige geval afvraagt of de omzet die is behaald bij derden-gebruikers die afval storten op de door AF geëxploiteerde stortplaats, in aanmerking moet worden genomen als omzet die is behaald uit de uitvoering van taken die haar zijn toegewezen door de BAR-gemeenten. Hoewel deze vraag door deze rechter is gesteld in de veronderstelling dat op de eerste vraag wordt geantwoord dat alleen de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon in aanmerking moet worden genomen, wat mijns inziens niet het geval is, kan niet worden uitgesloten dat dezelfde rechter feitelijke beoordelingen zal moeten verrichten en dat daaruit volgt dat een antwoord op de tweede vraag hem van nut kan zijn. Ik acht het daarom noodzakelijk om deze vraag te beantwoorden.

71. Eerst en vooral wens ik te verduidelijken dat deze tweede vraag, anders dan de eerste prejudiciële vraag, er niet op gericht is te vernemen of de uit de stortplaats van AF behaalde omzet in aanmerking moet worden genomen als door AF behaalde omzet, aangezien vaststaat dat dit het geval is, maar veeleer of deze omzet moet worden geacht te zijn behaald uit „door de [...] aanbestedende diensten” toegewezen taken in de zin van artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), van richtlijn 2014/24, en dus deel uit te maken van de drempel van 80 % van de omzet die is behaald uit de uitvoering van door de aanbestedende diensten toegewezen taken.

72. In dit verband wijs ik erop dat noch deze bepaling, noch artikel 2, lid 1, punt 1, van deze richtlijn, waarin het begrip „aangebestede diensten” wordt gedefinieerd, precies aangeeft wat moet worden verstaan onder „door aanbestedende diensten toegewezen taken”. Wat deze formulering precies inhoudt, moet louter aan de hand van de feiten worden beoordeeld. Hoewel het uitsluitend aan de verwijzende rechter staat om na te gaan of de exploitatie van een stortplaats deel uitmaakt van „door de controlerende aanbestedende diensten toegewezen taken”, ben ik van mening dat de in de onderstaande punten uiteengezette analysegegevens hem van nut kunnen zijn.

73. In de eerste plaats zijn, zoals het Hof heeft geoordeeld in het arrest Carbotermo, „de in aanmerking te nemen werkzaamheden van een onderneming waaraan een opdracht is gegund alle werkzaamheden die zij verricht in het kader van een gunning door de aanbestedende dienst, ongeacht of de aanbestedende dienst zelf *dan wel de gebruiker van die activiteiten* profiteert”⁵⁰. Hieruit volgt dat de omstandigheid dat derden-gebruikers betalen voor het storten van afval op de stortplaats, in beginsel niet ter zake doet bij de inaanmerkingneming van de omzet ter beoordeling van het „percentage van de activiteiten”. Dit betekent dat de vraag wie van de dienst profiteert, of wie deze dienst financiert, van geen belang is. Relevant is daarentegen wel of die dienst daadwerkelijk voortvloeit uit de uitvoering van taken die aan de rechtspersoon zijn toegewezen door de hem controlerende aanbestedende diensten. Zo ja, dan is de uit betalingen door derden-gebruikers behaalde omzet inderdaad een uit de uitvoering van toegewezen taken behaalde omzet.

74. In casu komt aan de omstandigheid dat er op de betrokken stortplaats uitsluitend door derden afval wordt gestort, dus geen relevantie toe. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om na te gaan of AF met de exploitatie van de betrokken stortplaats namens de haar controlerende gemeenten werd belast met het oog op de uitvoering van een taak van algemeen belang. Uit de verwijzingsbeslissing lijkt evenwel naar voor te komen dat er op genoemde stortplaats niet-huishoudelijk afval wordt gestort, waaronder bedrijfsafval en afval afkomstig uit grondsanering. De BAR-Irado- en Irado-AF-gunningen hadden echter uitsluitend betrekking op de verwerking van huishoudelijk afval van de BAR-gemeenten.⁵¹ Op het eerste gezicht, en bij ontbreken van andere feitelijke gegevens, houden deze omstandigheden in dat de door AF in het kader van de door haar geëxploiteerde stortplaats uitgevoerde taken geen deel uitmaken van de door de aanbestedende diensten toegewezen taken in de zin van artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), van richtlijn 2014/24.

75. In de tweede plaats is aan de uitzondering voor „inhouse”-gunningen geen enkele voorwaarde verbonden die de werkingssfeer ervan beperkt tot niet voor mededinging opengestelde sectoren. Er hoeft namelijk alleen te worden onderzocht of de exploitatie van de stortplaats van AF (daaronder begrepen de verwerking van niet-huishoudelijk afval waarmee ook particuliere ondernemers zich bezighouden) wel degelijk deel uitmaakt van een aan AF toegewezen taak door de haar controlerende aanbestedende diensten. Bijgevolg is de omstandigheid dat AF direct concurreert met particuliere ondernemers op zich niet relevant, aangezien het storten van huishoudelijk restafval in Nederland bij wet is verboden en er alleen nog bedrijfsafval mag worden gestort, en dat de exploitatie van stortplaatsen voor bedrijfsafval in Nederland een activiteit is die deels door particuliere ondernemers wordt uitgevoerd.

76. In het licht van de bovenstaande overwegingen stel ik voor op de tweede prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), en lid 5, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat er voor de bepaling van de omzet die door de gecontroleerde rechtspersoon is behaald uit de uitvoering van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten, rekening moet worden gehouden met de omzet die is behaald bij derden-gebruikers op markten waar deze rechtspersoon ook met particuliere ondernemers concurreert, voor zover is bewezen dat deze taken hem daadwerkelijk zijn toegewezen door deze aanbestedende diensten.

⁵⁰ Zie arrest Carbotermo (punten 65 en 66) (cursivering van mij), en overweging 32 van richtlijn 2014/24.

⁵¹ Meer in het bijzonder is volgens de BAR-gemeenten na een door BAR georganiseerde raadpleging met betrekking tot een opdracht voor de duurzame verwerking van huishoudelijk afval gebleken dat AVR niet kon instaan voor de duurzame verwerking van dat afval, met name wat betreft het minimaal gegarandeerde sorteerpercentage voor plastic verpakkingen, metalen verpakkingen en drankkartons, met als doel zo weinig mogelijk afval te verbranden, wat de „inhouse”-gunning aan Irado en AF zou hebben gerechtvaardigd.

Conclusie

77. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de door het gerechtshof Den Haag gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„Artikel 12, lid 3, eerste alinea, onder b), en lid 5, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG,

moet aldus worden uitgelegd dat:

- de voorwaarde volgens welke meer dan 80 % van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon de uitvoering van taken behelst die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten, wanneer het in die bepalingen bedoelde percentage van de activiteiten wordt bepaald op basis van de omzet en deze gecontroleerde rechtspersoon aan het hoofd staat van een groep waarvoor geconsolideerde jaarrekeningen worden opgesteld, in beginsel moet worden beoordeeld aan de hand van de geconsolideerde omzet van deze groep als bedoeld in de artikelen 22 en 24 van richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad, of, met name wanneer deze richtlijn niet van toepassing is, aan de hand van de criteria die zijn geformuleerd met betrekking tot het begrip ‚onderneming’ in de zin van het mededingingsrecht van de Unie, en
- er voor de bepaling van de omzet die door de gecontroleerde rechtspersoon is behaald uit de uitvoering van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten, rekening moet worden gehouden met de omzet die is behaald bij derden-gebruikers op markten waar deze rechtspersoon ook met particuliere ondernemers concurreert, voor zover is bewezen dat deze taken hem daadwerkelijk zijn toegewezen door deze aanbestedende diensten.”