

Publicatie

Auteurs: B.T. Tonino & M.S. Houweling
Verschenen in: Vastgoedrecht, *VGR* 2026/9
Datum: April 2026
Titel: Het activiteitscriterium bij quasi-inbesteden

I. Inleiding

Op 15 januari 2026 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: **Hof van Justitie**) een belangrijk aanbestedingsrechtelijk arrest gewezen over de vereisten van een quasi-inbesteding.¹ Met dit arrest is een van deze vereisten verduidelijkt, namelijk het activiteitscriterium. Het arrest betreft een Nederlandse zaak en omvat antwoorden op prejudiciële vragen die voortkomen uit de gerechtelijke procedure die door AVR-Afvalverwerking B.V. (hierna: **AVR**) is geïnitieerd. In de kern protesteert deze onderneming tegen de opdrachtverlening tot afvalverwerking door diverse gemeenten, via een gemeenschappelijke vennootschap én N.V. Irado (hierna: **Irado**), aan Afvalsturing Friesland B.V. (hierna: **AF**) (een zgn. (drie)dubbele quasi-inbesteding). Dat deze gerechtelijke procedure in deze sector is ontstaan, is niet verrassend te noemen. Juist op de markt van afvalverwerkingsbedrijven bevindt zich een mix van private en publieke ondernemingen. In deze bijdrage gaan wij in op: i) de vereisten van een quasi-inbesteding; ii) de nationale uitspraken

die aan het arrest van 15 januari 2026 van het Hof van Justitie zijn voorafgegaan; iii) dit arrest zelf; en iv) ons commentaar hierop.

II. (Quasi-)inbesteding en het activiteitscriterium

Een (quasi-)inbesteding (ook wel: verticale samenwerking) is op grond van artikel 2.24a Aanbestedingswet 2012 (hierna: **Aw 2012**)² uitgezonderd van de aanbestedingsplicht, indien aan drie cumulatieve vereisten is voldaan, te weten:

- (i) de aanbestedende dienst oefent toezicht uit op de rechtspersoon zoals op haar eigen diensten;
- (ii) meer dan 80% van de activiteiten van die rechtspersoon wordt verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst; en
- (iii) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon.

¹ HvJ EU 15 januari 2026, C-692/23, ECLI:EU:C:2026:4 (*AVR-Afvalverwerking*).

² Art. 12 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU.

Dezelfde vereisten zijn van toepassing bij meerdere controlerende aanbestedende diensten (art. 2.24b Aw 2012).

De mogelijkheid van (quasi-)inbesteding heeft de achtergrond dat een aanbestedende dienst te allen tijde het recht op zelfvoorziening heeft.³ Dat recht omhelst het met eigen middelen en/of diensten voorzien in de (eigen) behoefte. Gelet op vornoemde criteria, geldt verder in algemene zin dat het niet vereist is dat de gecontroleerde rechtspersoon een bepaald type entiteit betreft. Zowel een besloten/naamloze vennootschap als publiekrechtelijke rechtspersoon kan een 'gecontroleerde rechtspersoon' betreffen.⁴

Het tweede criterium van een quasi-inbesteding wordt ook wel het activiteiten- of het merendeelcriterium genoemd. Er is aan dit criterium voldaan, indien meer dan 80% van de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon bestaat uit de uitvoering van opdrachten die de controlerende aanbestedende dienst aan hem heeft verleend.⁵ Hierbij is niet relevant of de aanbestedende dienst zelf dan wel de gebruiker van die activiteiten profiteert. Uit artikel 2.24a lid 4 Aw 2012 volgt dat het percentage wordt bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op de

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 overheidsopdracht. Als een dergelijke analyse niet mogelijk is, dan kan het percentage ook worden bepaald op basis van bedrijfsprognoses (art. 2.24a lid 5 Aw 2012).

III. Nationale procedure AVR Afvalverwerking/BARGemeenten/ Irado/AF

De uitzondering van de quasi-inbesteding staat centraal in het geschil tussen AVR aan de ene kant en de gemeenten Barendrecht, Albrandswaard en Ridderkerk, N.V. Afvalbeheer BAR, Irado en AF aan de andere kant. AVR betwist – zoals gezegd – dat de drie gemeenten de opdracht tot afvalverwerking buiten mededinging zouden kunnen houden op basis van de uitzondering van quasi-inbesteden, waarbij de drie gemeenten de opdracht eerst verlenen aan i) N.V. Afvalbeheer BAR, en die opdracht vervolgens worden doorgelegd aan ii) Irado, en, tot slot aan iii) AF.

Tegen deze (driedubbele) quasi-inbesteding is AVR een kortgedingprocedure gestart bij de

³ Richtlijn 2014/24/EU, overweging 32. Vgl. *Kamerstukken I* 2015/16, 34329, E.

⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 38.

⁵ *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 39. Vgl. HvJ EG 18 november 1999, C-107/98 (*Teckal*); HvJ EG 19 april 2007, C-295/05 (*Tragsa*).

kortgedingrechter van de Rechtbank Rotterdam, in welke procedure zij in het ongelijk is gesteld. De Rechtbank Rotterdam heeft bij vonnis van 31 januari 2020 geoordeeld dat op alle niveaus (aldus alle individuele opdrachtverleningen) is voldaan aan de hiervoor vermelde vereisten van een quasi-inbesteding.⁶ Tegen dit vonnis is – voor zover bekend – geen hoger beroep ingesteld.

Wél is AVR een bodemprocedure gestart en bij vonnis van 23 december 2020 heeft de Rechtbank Rotterdam eveneens geoordeeld dat in de verschillende individuele verhoudingen is voldaan aan de drie cumulatieve vereisten.⁷ Hierbij hanteert de Rechtbank Rotterdam het vereiste dat in de individuele verhouding aan het merendeelcriterium moet zijn voldaan. Op basis van deze beoordeling worden de vorderingen afgewezen, hetgeen voor AVR reden vormt om in hoger beroep te gaan.

Ook in hoger beroep richt AVR haar pijlen op het activiteiten criterium, waarbij AVR betoogt dat bij de berekening van het percentage moet worden uitgegaan van de groepsomzet van AF. Reden daarvoor is volgens AVR dat van een

rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep alleen op die manier voldoende rekening kan worden gehouden met de feitelijke en economische werkelijkheid.⁸

Het Gerechtshof Den Haag acht de uitleg van het Unierecht op dit punt onvoldoende duidelijk en heeft om die reden prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld.⁹ In de kern betreffen de vragen of er voor de quasi-inbesteding moet worden uitgegaan van alleen de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon zelf óf ook de omzet van al dan niet binnen de groep verbonden vennootschappen, en of ook omzet afkomstig van derden-gebruikers op stortplaatsen moet worden betrokken bij de beoordeling (voor zover die stortplaats wordt geëxploiteerd op basis van een opdracht door de controlerende rechtspersoon).

IV. Oordeel Hof van Justitie

Het Hof van Justitie oordeelt – kort gezegd – dat ook met de omzet van de andere tot de groep van AF behorende entiteiten rekening moet worden gehouden en in voorkomend geval geoordeeld moet worden op basis van de geconsolideerde omzet (die de rechtspersoon moet vaststellen op basis

⁶ Rb. Rotterdam 31 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:791, r.o. 4.11, *JAAN* 2020/55, m.nt. C.A.M. Lombert.

⁷ Rb. Rotterdam 23 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:12395, r.o. 5.22-5.31,

JAAN 2021/43, m.nt. G. Verberne & M.J. de Meij.

⁸ Hof Den Haag 14 november 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2681, r.o. 5.8.

⁹ Hof Den Haag 14 november 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2681, r.o. 5.14.

van Unierechtelijke financiële verslagleggingsregels). Daartoe komt het Hof van Justitie allereerst door te overwegen dat uit artikel 12 lid 3 eerste alinea onder b) Richtlijn 2014/24/EU (art. 2.24b lid 1 sub b Aw 2012) niet volgt dat het merendeelcriterium noodzakelijkerwijs uitsluitend moet worden beoordeeld op basis van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon zelf.¹⁰ Dit criterium heeft volgens het Hof van Justitie immers geen betrekking op deze rechtspersoon als zodanig, maar op de door hem uitgeoefende activiteiten, die mogelijk ook activiteiten kunnen betreffen die worden uitgeoefend door andere entiteiten die deel uitmaken van de groep waarvan diezelfde rechtspersoon de moedermaatschappij is.¹¹

Ook heeft volgens het Hof van Justitie de Nieuwetgever bij een rechtstreekse gunning (hetgeen een quasi-inbesteding betreft) beoogd dat daarbij rekening wordt gehouden met de economische context van alle entiteiten die bij een dergelijke gunning betrokken zijn.¹² Een andere uitleg zou volgens het Hof van Justitie – althans daarop lijkt het Hof van Justitie min of meer te doelen – een

omzeilingsconstructie in de hand werken.¹³ Al met al, komt het Hof van Justitie tot de conclusie dat aan het merendeelcriterium een ruime interpretatie moet worden gegeven en dat als de gecontroleerde rechtspersoon de moedermaatschappij van een groep is, bij dit criterium vereist is dat ook met de omzet van de andere tot deze groep behorende entiteiten rekening wordt gehouden.

V. Commentaar en gevolgen voor de praktijk

Het voornoemde arrest kan als voorbeeld worden gezien van een arrest waarin de 'stapeling' van uitzonderingen op de aanbestedingsplicht niet is aanvaard. In algemene zin dient het risico in acht te worden genomen dat een dergelijke stapeling kan kwalificeren als een omzeilingsconstructie. Eerder heeft het Hof van Justitie overwogen dat er door dergelijke constructies heen moet worden 'geprikt'. Uit het arrest *Mödling* volgt dat alle relevante omstandigheden moeten worden beoordeeld voor de vraag of een constructie het nuttig effect van de aanbestedingsrichtlijnen zou ontnemen, en dat dus ook moet worden beoordeeld of al dan niet om louter administratieve redenen een opdracht

¹⁰ HvJ EU 15 januari 2026, C-692/23, ECLI:EU:C:2026:4, r.o. 39 (*AVR Afvalverwerking*).

¹¹ HvJ EU 15 januari 2026, C-692/23, ECLI:EU:C:2026:4, r.o. 40 (*AVR Afvalverwerking*).

¹² HvJ EU 15 januari 2026, C-692/23, ECLI:EU:C:2026:4, r.o. 44-45 (*AVR Afvalverwerking*).

¹³ HvJ EU 15 januari 2026, C-692/23, ECLI:EU:C:2026:4, r.o. 56 (*AVR Afvalverwerking*).

wordt doorgegeven.¹⁴ Als dat het geval is, is dat een indicatie voor een omzeilingsconstructie, aldus het Hof van Justitie.¹⁵

Geenszins valt te zeggen of met het oog op omzeiling de constructie van de drie gemeenten, NV Afvalbeheer BAR, Irado en AF is gekozen. Voor het vervolg van de hoger beroepsprocedure bij het Gerechtshof Den Haag zal de geconsolideerde jaarrekening van AF moeten worden beoordeeld, om zo te verzekeren dat er geen sprake is van omzeiling.¹⁶ Bij een dergelijke beoordeling lijkt – gelet op wat de Rechtbank Rotterdam in eerste aanleg heeft overwogen¹⁷ – de kans aanwezig dat de quasi-inbesteding ten onrechte heeft plaatsgehad (en de relevante overeenkomsten worden vernietigd, althans de aanbestedende diensten schadeplichtig zijn). Inzet van AVR is voorts dat de opdrachten in de toekomst wel op de markt worden gebracht, maar een gebodsvordering daartoe zal niet snel toewijsbaar zijn aangezien de gemeenten tegen die tijd de vrijheid dienen te hebben al dan niet tot opdrachtverlening over te gaan en te bepalen of aanbesteed dient te worden (wellicht komen de gemeenten opnieuw

tot quasi-inbesteding, zij het in een andere constructie).

De gevolgen voor de praktijk van deze interpretatie van de quasi-inbestedingsregels zijn aanzienlijk. Zo zullen voortaan (neven)activiteiten van (dochter)vennootschappen worden betrokken bij de beoordeling of een (quasi-)inbesteding rechtmatig is. Tegen de achtergrond dat omzeilingsconstructies dienen te worden vermeden en het nuttig effect van de aanbestedingsrichtlijn niet mag worden ontnomen, is een dergelijke (ruime) uitleg van het merendeelcriterium te prijzen. Zoals reeds is aangegeven, dient de economische context bij de toepassing van uitzonderingen op de aanbestedingsplicht niet uit het oog te worden verloren. Verwachting is dan ook dat een dubbele (of zelfs driedubbele) quasi-inbesteding in de toekomst slechts beperkt mogelijk zal zijn.

¹⁴ HvJ EU 10 november 2005, C-29/04 (*Mödling*).

¹⁵ HvJ EU 10 november 2005, C-29/04 (*Mödling*).

¹⁶ Vgl. Rb. Rotterdam 23 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:12395, r.o. 5.33-5.38.

¹⁷ Rb. Rotterdam 23 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:12395, r.o. 5.33-5.38.