Conclusie A-G B.J. Drijber, 23 oktober 2026

ECLI:NL:PHR:2026:1011 · Parket bij de Hoge Raad · zaaknummer 25/03748 · aanbestedingsrecht, hertaxaties BPM door Domeinen Roerende Zaken

Officiële tekst uit de open data van de Rechtspraak (data.rechtspraak.nl). Kopie gepubliceerd door Leitex Autotaxatie & Expertise, Leiden.

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer

25/03748

Zitting

23 oktober 2026

CONCLUSIE

B.J. Drijber

In de zaak van

[eiseres] B.V.

,

eiseres tot cassatie,

advocaat: mr. H.J.W. Alt,

tegen

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Financiën)

,

verweerder in cassatie,

advocaat: mr. G.J. Harryvan.

Partijen worden hierna verkort aangeduid als [eiseres]

respectievelijk de Staat

.

1

Inleiding en samenvatting</h2>

1.1

In deze zaak vordert [eiseres] van de Staat vergoeding van schade die zij zou hebben geleden omdat zij niet heeft kunnen meedingen naar het uitvoeren van hertaxaties van voertuigen voor de Belastingdienst. Sinds 2014 worden die diensten verricht door de dienst Domeinen Roerende Zaken, dat net als de Belastingdienst onderdeel is van het Ministerie van Financiën. [eiseres] betoogt dat de Staat deze diensten niet had mogen inbesteden maar had moeten uitbesteden aan een marktpartij en daartoe een aanbestedingsprocedure had moeten volgen. Op grond van de aanname dat de Staat tot het uitschrijven van een

aanbesteding verplicht was én dat in dat geval de opdracht aan haar zou zijn gegund, stelt [eiseres] dat zij schade heeft geleden bestaande uit gederfde winst.

1.2

De rechtbank en het hof hebben de vordering afgewezen. De hertaxaties in kwestie worden in opdracht van de Belastingdienst uitgevoerd door een dienst die juridisch niet van de Belastingdienst is te onderscheiden. Er is geen sprake van een opdracht van een rechtspersoon aan een andere rechtspersoon. Om die reden is de hertaxatie-opdracht niet een 'overheidsopdracht' in aanbestedingsrechtelijke zin. Aan uitzonderingen op de aanbestedingsplicht wordt niet toegekomen omdat die uitzonderingen pas in beeld komen als sprake is van een overheidsopdracht.

1.3

In cassatie komt [eiseres] met rechts- en motiveringsklachten tegen dit oordeel op. Mijns inziens heeft het hof terecht geoordeeld dat bij gebrek aan overheidsopdracht de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn. De aangevoerde klachten slagen niet.

2

Feiten </h2>

2.1

In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.

2.2

[eiseres] is een onderneming die zich toelegt op de taxatie van gebruikte voertuigen voor de aangifte van de Belasting van Personenauto's en Motorrijwielen (hierna: BPM

).

2.3

De Belastingdienst (hierna: BD

) kan een aangever van de BPM vragen om het voertuig te schouwen om de aangifte te controleren. Bij de schouw laat de BD een hertaxatie verrichten. Tot 1 december 2013 deden twee particuliere bedrijven (CED en Dekra) dat in opdracht van de BD.

2.4

Vanaf 1 december 2013 verricht Domeinen Roerende Zaken (hierna: DRZ

) de hertaxaties voor de BD. Op 1 april 2014 zijn de afspraken tussen de BD en DRZ hierover vastgelegd in het 'Convenant Belastingen en Dienst Roerende Zaken'.

2.5

In een e-mail van 14 februari 2022 heeft [eiseres] bij de BD geklaagd dat de hertaxaties exclusief aan DRZ zijn gegund en niet (op de markt) zijn aanbesteed. Bij brief van 2 februari 2022 heeft het ministerie van Financiën (hierna: MvF

), namens de BD, geantwoord dat de opdracht tot hertaxaties door DRZ niet hoefde te worden aanbesteed.

2.6

Intussen was op 17 maart 2014 Richtlijn 2014/24/EU in werking getreden. Op 18 april 2016 moest deze richtlijn zijn omgezet in nationale regelgeving. In Nederland is dit gebeurd door aanpassing van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw

).

3

Procesverloop</h2>

3.1

[eiseres] heeft in eerste aanleg gevorderd dat de Staat wordt veroordeeld haar de schade te vergoeden die zij stelt te hebben geleden omdat zij niet heeft kunnen meedingen naar het uitvoeren van de hertaxaties van voertuigen voor de BD.

3.2

Bij vonnis van 16 augustus 2023 (hierna: het vonnis

) heeft de rechtbank Den Haag (hierna: de rechtbank

) deze vordering afgewezen. Zij heeft daartoe, voor zover in cassatie nog van belang, het volgende overwogen. Om de hertaxaties als 'overheidsopdracht' te kunnen kwalificeren is vereist dat een overeenkomst wordt gesloten tussen een aanbestedende dienst en een ander lichaam dat a) formeel van de aanbestedende dienst is te onderscheiden en b) zelfstandig beslissingen kan nemen. Sinds 1 januari 2015 is DRZ een reguliere ambtelijke dienst van het Ministerie van Financiën (hierna: MvF

). DRZ is daarmee een onzelfstandig onderdeel van de publiekrechtelijke rechtspersoon Staat. Ook de BD valt onder het MvF en is dus eveneens een onderdeel van de Staat.

3.3

Aangezien DRZ onder de verantwoordelijkheid van de Secretaris-Generaal (SG) van het MvF valt, heeft deze dienst niet de bevoegdheid om onafhankelijk beslissingen te nemen. Gelet hierop kunnen de gemaakt afspraken tussen de BD en DRZ niet leiden tot een overeenkomst. Van een overheidsopdracht in aanbestedingsrechtelijke zin is daarom geen sprake. De EU-rechtelijke regels inzake het verlenen van overheidsopdrachten hoeven daarom niet op die afspraken te worden toegepast. Dit betekent tevens dat niet wordt toegekomen aan een bespreking en een beoordeling van de uitzondering op de aanbestedingsplicht die in art. 12 lid 4 van Richtlijn 2024/24/EU is opgenomen voor 'horizontale samenwerking' tussen aanbestedende diensten.

3.4

[eiseres] is bij appeldagvaarding van 27 oktober 2023 in hoger beroep gekomen van het vonnis. Zij heeft haar eis gewijzigd in die zin dat voor recht wordt verklaard dat de Staat jegens [eiseres] onrechtmatig heeft gehandeld door de litigieuze overheidsopdracht vanaf de inwerkingtreding van Richtlijn 2014/24/EU niet publiek aan te besteden en dat de Staat wordt veroordeeld tot vergoeding aan [eiseres] van alle schade die zij daardoor heeft

geleden en zal lijden, welke schade is te begroten met inachtneming van het Unierecht en nader is op te maken bij staat, te rekenen vanaf 18 april 2016.

3.5

Bij arrest van 15 juli 2025 (hierna: het bestreden arrest

) heeft het Hof Den Haag (hierna: het hof

) de vordering van [eiseres] afgewezen en het vonnis bekrachtigd. Het heeft daartoe, voor zover in cassatie van belang en samengevat, het volgende geoordeeld:

- Uit HvJEU-rechtspraak volgt dat wanneer een overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst kan zijn, een taak van algemeen belang laat vervullen door een lichaam dat juridisch/formeel/rechtens niet van dat overheidsorgaan is te onderscheiden, er geen sprake kan zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel als bedoeld in onder meer art. 2 lid 1, onder 5, van Richtlijn 2014/24/EU en dat die richtlijn dus niet hoeft te worden toegepast (rov. 3.3-3.4);

- Onderzocht moet worden of DRZ sinds 18 april 2016 een lichaam is dat juridisch/formeel/rechtens van de BD is te onderscheiden (rov. 3.5);

- Uit het Organisatie- en mandaatbesluit Ministerie van Financiën 2015 volgt dat DRZ en BD in de periode 2015-2020 organisatieonderdelen/diensten van het MvF waren en besluiten en handelingen van/door deze onderdelen/diensten werden genomen/verricht in de naam van de bewindspersonen die de leiding van het MvF vormden (rov. 3.6-3.8);

- Dit geldt ook voor de periode na 2020, ook al is in dat jaar het Organisatie- en mandaatbesluit Ministerie van Financiën 2015 gewijzigd (rov. 3.9-3.10);

- In de periode waarop de vordering van [eiseres] betrekking heeft zijn DRZ en de BD dus beide diensten/onderdelen van het MvF zonder zelfstandige beslissingsmacht; zij zijn juridisch/formeel/rechtens niet van elkaar te onderscheiden, zodat de in rov. 3.5 geformuleerde vraag ontkennend moet worden beantwoord; tussen DRZ en de BD kan daarom geen sprake zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel; de inschakeling van DRZ door de BD om hertaxaties te verrichten valt daarom niet onder Richtlijn 2014/24 (rov. 3.11);

- [eiseres] 's argumentatie is volledig gebaseerd op Richtlijn 2014/24 en de daarbij behorende bijlage 1; aangezien die niet van toepassing zijn op de inschakeling van DRZ door de BD gaat die argumentatie niet op; om dezelfde reden doet niet ter zake dat de Staat zelf niet op bijlage 1 staat vermeld en [eiseres] 's argument dat de toets of sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht in de zin van art. 2 lid 1 onder 5 Richtlijn 2014/24/EU moet plaatsvinden op basis van de inhoud en de strekking van de opdracht en geabstraheerd van DRZ als opdrachtnemer; er is immers geen sprake van een 'overheidsopdracht' omdat er geen overeenkomst onder bezwarende titel is (rov. 3.12);

- De rechtbank heeft terecht en op de juiste gronden [eiseres] 's vordering afgewezen en het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd met veroordeling van [eiseres] in de kosten van het hoger beroep (rov. 3.13-3.14).

3.6

[eiseres] is tijdig in cassatie gekomen. De Staat heeft verweer gevoerd. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten, de Staat mede door mr. G. Wind. [eiseres] heeft gerepliceerd. De Staat heeft afgezien van dupliek.

4

Juridisch kader </h2>

A. Inleidende opmerkingen en gehanteerde begrippen

4.1

Het betoog van [eiseres] dat sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht is gebaseerd op Richtlijn 2014/24/EU (hierna: de Richtlijn

). De Richtlijn bevat regels voor aanbestedingsprocedures door aanbestedende diensten met betrekking tot overheidsopdrachten (en prijsvragen) waarvan de geraamde waarde niet minder bedraagt dan de in art. 4 Richtlijn vastgestelde drempelwaarden (art. 1 lid 1).

4.2

De inhoud van de Richtlijn is op 18 april 2016 van toepassing geworden. De Richtlijn moest op die datum zijn omgezet in nationale regelgeving. In Nederland is dat gebeurd door met name aanpassingen van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw

) door te voeren.

4.3

De Richtlijn heeft de voorafgaande 'algemene aanbestedingsrichtlijn', Richtlijn 2004/18/EG, vervangen. Sinds de jaren zeventig bestaan er Europese aanbestedingsrichtlijnen. Bij iedere herziening zijn de voorschriften verfijnd en gemoderniseerd. Anders dan in het betoog van [eiseres] lijkt door te klinken (zie het petitum in hoger beroep zoals weergegeven hiervoor in nr. 3.4), gelden er dus niet pas vanaf 18 april 2016 Europese aanbestedingsregels, maar al sinds meerdere decennia.

4.4

Aanbestedingsprocedures hebben tot voorwerp een overheidsopdracht tot het in- of aankopen

van goederen of diensten. Een dergelijke opdracht kan zien op het uitvoeren van werken, het leveren van goederen of het verrichten van diensten. Een partij die een aanbesteding organiseert wordt aangeduid als 'aanbestedende dienst'. De aanbieders aan de andere kant van de markt worden aangeduid als 'ondernemers'. Voor het verkopen

van goederen of diensten door overheidslichamen gelden de Europese aanbestedingsrichtlijnen en de daarin genoemde procedures niet.

4.5

Art. 2 lid 1 Richtlijn bevat definities die bepalend zijn voor het toepassingsgebied van de Richtlijn:

"1. Voor de toepassing van deze richtlijn gelden de volgende definities:

1. 'aanbestedende 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;

2. 'centrale overheidsinstanties'

: de aanbestedende diensten als vermeld in bijlage I, alsmede de instanties die hen zijn opgevolgd voor zover op nationaal niveau rectificaties of wijzigingen zijn aangebracht;

(...)

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;

(...)"

4.6

Bijlage I, waarnaar wordt verwezen in de definitie van 'centrale overheidsinstanties', bevat per lidstaat een lijst van die instanties. Voor Nederland worden daarin onder meer vermeld het Ministerie van Financiën, de Belastingdienst en de Dienst der Domeinen.

B. Inbesteding

4.7

De Richtlijn staat het een overheidslichaam toe om activiteiten zelf uit te voeren of een ander onderdeel van de eigen organisatie daarmee te belasten. Dit heet 'inbesteding' of 'zelfvoorziening'. Overweging 5, eerste alinea, van de preambule van de Richtlijn luidt (onderstreping hier en in citaten hierna toegevoegd; A-G)::

"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. (...)."

4.8

Voor het bestaan van een overheidsopdracht is een contractuele relatie tussen de aanbestedende dienst en een andere rechtspersoon vereist. Er moet dus een overeenkomst bestaan tussen twee rechtspersonen. En contractuele relatie ontbreekt als wordt gekozen voor een inbesteding. Er wordt dan niet een overeenkomst onder bezwarende titel afgesloten tussen een de aanbestedende dienst en een ondernemer (zie art. 2 lid 1, onder 5,

Richtlijn, hiervoor in nr. 4.5 aangehaald). Voor het vereiste van bezwarende titel is wederkerigheid van de overeenkomst noodzakelijk. Die wederkerigheid moet blijken uit juridisch bindende verbintenissen, waarvan de nakoming in rechte moet kunnen worden gevorderd. Daartoe volstaan niet afspraken, convenanten of 'overeenkomsten' tussen verschillende onderdelen van een zelfde ministerie. Daarbij gaat het om een samenwerking tussen verschillende diensten binnen dezelfde rechtspersoon (in dit geval de Staat).

4.9

Het recht op zelfvoorziening (en dus de vrijheid om te kiezen voor een inbesteding) kan zich ook uitstrekken tot ondersteunende taken als IT-diensten en schoonmaakwerkzaamheden. Of inbesteding van dergelijke werkzaamheden doelmatig en financieel voordelig is in vergelijking met uitbesteding aan een marktpartij zal door de aanbestedende dienst per geval moeten worden beoordeeld. Ook in het geval daar objectief twijfel over kan bestaan, doet dat niet een verplichting ontstaan om de opdracht in kwestie aan te besteden.

4.10

Het ontbreken van een overeenkomst tussen twee afzonderlijke juridische entiteiten betekent dat geen sprake is van een overheidsopdracht. De Richtlijn is niet van toepassing wat betekent dat inbesteding is toegestaan. Volgens de rechtbank en het hof doet deze situatie zich hier voor en is daarmee de kous af.

4.11

Voor de volledigheid merk ik nog op dat in de Richtlijn wordt erkend dat de lidstaten de vrijheid hebben om bepaalde activiteiten binnen 'de overheid' te laten uitvoeren. In overweging (7), eerste zin, van de preambule van de Richtlijn staat het volgende:

"Ten slotte zij er op gewezen dat deze richtlijn geen afbreuk doet aan de vrijheid van nationale, regionale en lokale autoriteiten om conform het Unierecht diensten van algemeen economisch belang, de reikwijdte daarvan en de kenmerken van de te verlenen dienst, zoals de voorwaarden betreffende de kwaliteit van de dienst, te omschrijven, ter nastreving van de doelstellingen van openbare orde."

Verder staat in overweging (31) van de preambule van de Richtlijn dat overheidsdiensten mogen besluiten taken van algemeen belang niet aan te besteden aan een marktpartij, door die taken hetzij zelf uit te voeren hetzij daartoe samen te werken met een andere overheidsdienst. Ik citeer:

"(...) Het enkele feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, sluit op zich de toepassing van aanbestedingsregels niet uit. De toepassing van aanbestedingsregels mag echter niet ten koste gaan van de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van hun eigen middelen, waaronder de mogelijkheid samen te werken met andere overheidsdiensten

.

Het beleidsmatige uitgangspunt dat de Richtlijn niets wijzigt aan de grenzen waarbinnen overheden kunnen beslissen of zij activiteiten zelf verrichten is neergelegd in art. 1 lid 4

van de Richtlijn. Deze bepaling luidt:

“Deze richtlijn doet niet af aan de vrijheid van de lidstaten om in overeenstemming met het Unierecht te bepalen wat zij onder diensten van algemeen economisch belang verstaan, hoe die diensten conform de regels inzake staatssteun moeten worden georganiseerd en gefinancierd, en aan welke specifieke verplichtingen die diensten moeten voldoen. Deze richtlijn doet evenmin af aan de beslissing van overheidsinstanties of, hoe en in welke mate zij taken van openbaar belang zelf wensen uit te voeren

, overeenkomstig artikel 14 VWEU en Protocol nr. 26.”

4.12

Hieruit volgt dat de keuze voor inbesteding kan worden gemaakt voor het verrichten van activiteiten ter uitvoering van taken van algemeen belang. De verwijzing naar art. 14 VWEU en naar Protocol 26 bij het VWEU bevestigt dat op deze plaats zijn bedoeld: diensten van algemeen economisch

belang’ (afgekort: DAEB) als bedoeld in art. 106 lid 2 VWEU. Genoemde keuzevrijheid is in zoverre niet onbegrensd dat het daadwerkelijk moet gaan om DAEB-activiteiten. De Commissie kan daar een marginale toetsing op loslaten.

4.13

De keuze voor inbesteding kan ook kan worden gemaakt wanneer de uit te voeren activiteiten onderdeel zijn van de uitoefening van het openbaar gezag en daarom zijn aan te merken als ‘niet-economische diensten van algemeen belang’. Het heffen van belastingen, zoals hier aan de orde, is duidelijk een niet-economische activiteit van algemeen belang omdat het daarbij gaat om de uitoefening van het openbaar gezag. Dat er ten behoeve van de belastingheffing mogelijk ook werkzaamheden moeten worden verricht die op zichzelf door een marktpartij kunnen worden verricht (zoals taxaties uitvoeren), wijzigt daaraan niets.

4.14

Over niet-economische diensten van algemeen belang staat in overweging (6), laatste zin, van de preambule het volgende:

“Duidelijk moet worden dat niet-economische diensten van algemeen belang buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn moeten blijven.”

4.15

Rechtspraak op het gebied van het mededingingsrecht bevat andere voorbeelden van activiteiten van overheden die behoren tot de uitoefening van het openbaar gezag en die daarom niet zijn te kwalificeren als ‘economische activiteit’. Ter illustratie verwijs ik naar een recent arrest van het Hof van Justitie over het besluit van een gemeente om aan een rechtspersoon die zij gedeeltelijk in handen had het recht te gunnen om de dienst bestaande in het beheer van stedelijk afval te verrichten. De gemeente in kwestie verrichtte met die gunning geen economische activiteit, maar handelde als bevoegde autoriteit.

C. Twee uitzonderingen op de verplichting een overheidsopdracht aan te besteden

4.16

Naast (zuivere) inbesteding (binnen

een overheidslichaam) kent de praktijk ook vormen van samenwerking tussen

twee of meer overheidslichamen. Daarbij is in beginsel wél sprake van een overheidsopdracht, die echter op grond van de Richtlijn niet hoeft te worden aanbesteed. Art. 12 Richtlijn ('Overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector') bevat een dergelijk uitzondering voor twee vormen van samenwerking tussen overheidslichamen.

4.17

De leden 1 t/m 3 van art. 12 zien op wat in de literatuur 'verticale samenwerking' wordt genoemd, waarbij een overheidsopdracht door een aanbestedende dienst wordt gegund aan een andere privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon waarop de aanbestedende dienst toezicht uitoefent (zie hierna, C.1). Lid 4 van art. 12 ziet op wat in de literatuur 'horizontale samenwerking' wordt genoemd (zie hierna, C.2). Aan deze beide uitzonderingen wordt pas toegekomen indien de Richtlijn van toepassing is, wat als gezegd veronderstelt dat sprake is van een overheidsopdracht. Ik licht de beide uitzonderingen nader toe.

C.1 De uitzondering voor verticale samenwerking ('quasi-inhouse exceptie')

4.18

Een overheidsopdracht aan een andere

publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon hoeft ingevolge art. 12 lid 1 Richtlijn niet te worden aanbesteed als aan drie criteria 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 controle 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."

4.19

Deze uitzondering op de aanbestedingsplicht vormt de codificatie van rechtspraak van het Hof van Justitie.

4.20

In het Teckal

-arrest uit 1999 overwoog het Hof namelijk:

“49. Wat het bestaan van een overeenkomst betreft, moet de nationale rechter nagaan, of er een overeenkomst

is gesloten tussen twee afzonderlijke personen

.

50. Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 volstaat daartoe in beginsel, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is

. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.

4.21

In het Teckal

-arrest is dus geoordeeld dat het uitgangspunt dat bij een overeenkomst tussen twee afzonderlijke rechtspersonen sprake is van een overheidsopdracht, uitzondering lijdt wanneer de aanbestedende dienst op de betrokken rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen (punt 50). In het Stadt Halle

-arrest heeft het Hof die uitzondering bevestigd en verduidelijkt.

4.22

De ‘ Teckal

-doctrine’ is in verschillende uitspraken van het Hof nader uitgewerkt en als gezegd gecodificeerd in art. 12 lid 1 t/m 3 Richtlijn. Kenmerkend is dus dat het gaat om een samenwerking tussen afzonderlijke rechtspersonen. De ratio van deze uitzondering is dat vanwege het door de aanbestedende dienst uitgeoefende toezicht op de rechtspersoon waarmee wordt samengewerkt zozeer gelijkenis vertoont met inbesteding dat het daarmee op gelijke voet moet worden behandeld, ook al is formeel wél sprake van een overheidsopdracht in de zin van de Richtlijn.

C.2 De uitzondering voor horizontale samenwerking

4.23

De tweede uitzondering staat in art. 12 lid 4 van de Richtlijn, dat als volgt luidt:

“4. Een opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn wanneer aan elk van de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

a) de opdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen;

b) de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang, en

c) de deelnemende aanbestedende diensten nemen op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening."

4.24

Ook deze uitzondering vormt de codificatie van rechtspraak. Het startpunt is het arrest Commissie/Duitsland

. Vier Landkreise

hadden rechtstreeks, dus zonder aanbesteding, met Stadtreinigung Hamburg een overeenkomst gesloten met betrekking tot afvalverwerking. Volgens de Commissie diende deze opdracht te worden aanbesteed. In het arrest Coditel/Brutélé

had het Hof echter al bepaald dat van de in Teckal

en Stadt Halle

geboden mogelijkheid voor overheidsinstanties om hun openbare taken met hun eigen middelen te vervullen, ook gebruik kan worden gemaakt in samenwerking met andere overheidsinstanties. De Commissie was van oordeel dat de Landkreise een samenwerkingsorgaan (waarover zij toezicht hielden) hadden moeten oprichten en dat de opdracht enkel in een dergelijke constructie niet onder de aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten zouden vallen. Het Hof oordeelde echter anders:

" 47. Opgemerkt zij evenwel dat, enerzijds, het gemeenschapsrecht de overheidsinstanties geen bijzondere rechtsvorm voorschrijft voor de gemeenschappelijke uitoefening van hun taken van algemeen belang. Anderzijds kan een dergelijke samenwerking tussen overheidsinstanties geen afbreuk doen aan de voornaamste doelstelling van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten, te weten een vrij verkeer van diensten en de totstandkoming van een onvervalste mededinging in alle lidstaten, zolang de verwezenlijking van die samenwerking uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang en het in richtlijn 92/50 neergelegde beginsel van gelijke behandeling van de belanghebbenden wordt geëerbiedigd, zodat geen enkele particuliere onderneming wordt bevoordeeld tegenover haar concurrenten (zie in die zin arrest Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald, punten 50 en 51).

48. Bovendien moet worden vastgesteld dat uit geen van de elementen van het aan het Hof voorgelegde dossier blijkt dat de betrokken lichamen in het onderhavige geval een constructie zouden hebben opgezet die bedoeld was om de regels inzake overheidsopdrachten te ontwijken.

49. Gelet op een en ander (...) dient het beroep van de Commissie te worden verworpen."

4.25

De vraag die [eiseres] aan de orde stelt is of samenwerking tussen (zelfstandige) overheidsdiensten niet altijd geacht moet worden onder de Richtlijn valt en daarom moet

worden getoetst aan de vereisten van lid 4 (horizontale samenwerking).

D. Afbakening tussen inbesteding en verticale respectievelijk horizontale samenwerking

4.26

Ik benadruk nogmaals dat aan de in art. 12 Richtlijn neergelegde uitzonderingen pas wordt toegekomen als sprake is van een overheidsopdracht omdat anders de Richtlijn niet van toepassing is. Het Hof van Justitie heeft dat in het arrest ISE/Stadt Köln

ondubbelzinnig bevestigd:

"29. Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat de bewoordingen van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24, waarin louter wordt verwezen naar het begrip „opdracht" en niet naar het begrip „overheidsopdracht", erop zouden kunnen wijzen dat het gaat om twee verschillende begrippen. In werkelijkheid mag er echter geen onderscheid tussen deze twee begrippen worden gemaakt.

(...)

34. Ten vijfde wordt deze uitlegging bevestigd door de analyse van de context van artikel 12 van richtlijn 2014/24, dat in afdeling 3, met als opschrift „Uitsluitingen", van hoofdstuk I staat. Het zou onlogisch zijn dat de Uniewetgever overeenkomsten die geen overheidsopdrachten zijn, zou hebben willen uitsluiten van de regels voor de aanbesteding van overheidsopdrachten

. Ten aanzien van dergelijke overeenkomsten zijn de uitsluitingsgronden immers per definitie zonder voorwerp.

35. Hieruit volgt dat de uitsluiting van de regels inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten vooronderstelt dat de betrokken overeenkomst een overheidsopdracht is in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24, en voorts dat een overheidsopdracht die voldoet aan de voorwaarden van artikel 12, lid 4, onder a) tot en met c), van deze richtlijn, haar juridische aard van „overheidsopdracht" behoudt, zelfs wanneer dergelijke regels op deze opdracht niet van toepassing zijn.

36. Bijgevolg valt het in artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 vermelde begrip „opdracht" samen met het in artikel 2, lid 1, punt 5, van die richtlijn omschreven begrip 'overheidsopdracht'."

4.27

In weerwil van deze m.i. duidelijke rechtspraak betoogt [eiseres] in deze procedure dat in deze zaak wél sprake is van een overheidsopdracht omdat zowel DB als DRZ allebei in Bijlage I als aanbestedende dienst staan vermeld, waaruit [eiseres] afleidt – zo begrijp ik – dat er een overeenkomst tussen twee afzonderlijke partijen is gesloten. Het gevolg daarvan zou dan kennelijk zijn dat er wel degelijk een aanbestedingsplicht geldt, tenzij is voldaan aan de voorwaarden van een van de twee zojuist besproken vormen van samenwerking tussen de aanbestedende dienst en een ander overheidslichaam. De uitzondering van art. 12 lid 4 Richtlijn is immers gebaseerd op het uitgangspunt dat de Richtlijn in beginsel van toepassing is omdat sprake is van een overheidsopdracht (zie zojuist punt 35 van het arrest ISE/Stadt Köln

).

4.28

Literatuur over de afbakening van het recht op inbesteding en de twee excepties van art. 12 Richtlijn is betrekkelijk schaars. Ik wijs op de discussie over de vraag of 'de Staat' één aanbestedende dienst is, of dat ook onderdelen van de Staat, zoals organen/lichamen zonder rechtspersoonlijkheid, aanbestedende diensten kunnen zijn. In het eerste geval kunnen in het kader van inbesteding diensten worden verleend tussen onderdelen van die ene aanbestedende dienst (de Staat), terwijl in het tweede geval niet zonder meer op zelfvoorziening een beroep kan worden gedaan, waardoor het recht op inbesteding zou worden ingeperkt.

4.29

Allereerst wordt betoogd dat alleen de Staat een aanbestedende dienst is en niet (ook) onderdelen van de Staat, omdat uit overweging (10) van de Richtlijn blijkt dat geen materiële wijziging van het toepassingsbereik van de Richtlijn is beoogd ten opzichte van haar voorloper, Richtlijn 2004/18/EG, waarin 'de Staat' als aanbestedende dienst werd aangemerkt. In de Engelse, Franse en Duitse vertaling van art. 2 lid 1, onder 1 Richtlijn wordt dan ook 'the State', 'l'État' respectievelijk 'den [sic] Staat' als aanbestedende dienst aangemerkt. Een dergelijke interpretatie is in de Nederlandse feitenrechtspraak verschillende keren gevolgd.

4.30

Daar staat tegenover dat in de definitie van 'aanbestedende diensten' in art. 2 lid 1 Richtlijn wordt gesproken over 'staatsoverheidsinstanties' (meervoud). Bijlage I bij de Richtlijn bevat bovendien een (niet-uitputtende) lijst van 'centrale overheidsinstanties', die in art. 2 lid 1, onder 1 worden gedefinieerd als 'de aanbestedende diensten als vermeld in Bijlage 1'. Zo bezien bestaat 'de Staat' uit verschillende aanbestedende diensten. Het is echter de vraag hoeveel gewicht deze argumenten hebben. Allereerst dient deze (door de lidstaten zelf opgestelde) indicatieve lijst in Bijlage I slechts een praktisch doel, namelijk om lidstaten bewust te maken van hun verplichtingen onder de Richtlijn en om discussies te voorkomen over wat er allemaal onder de Staat valt. Meer specifiek verduidelijkt de lijst welke entiteiten van de lage drempelwaarde gebruik kunnen maken en maakt dus duidelijk dat entiteiten binnen de Staat niet alle door de gehele Staat verleende opdrachten mee moeten nemen bij het berekenen van de drempelwaarde (zie art. 4 Richtlijn).

4.31

Bovenstaande wijst in de richting dat de Staat in het kader van een beroep op zelfvoorziening als één aanbestedende dienst moet worden aangemerkt. Dat betekent dat niet ter zake doet of een entiteit, dienst of agentschap van de Staat waarbij bepaalde activiteiten worden belegd zelf is aan te merken als een aanbestedende dienst (en ook als zodanig voorkomt op de lijst van Bijlage I bij de Richtlijn).

4.32

Art. 12 lid 4 Richtlijn daarentegen ziet op een samenwerking van een aanbestedende dienst met een andere aanbestedende dienst. Dat betekent echter niet dat een samenwerking tussen twee aanbestedende diensten steeds moet worden getoetst aan art. 12 lid 4 Richtlijn. Zo'n samenwerking kan ook haar beslag krijgen in het kader van een inbesteding.

4.33

Tot slot wijs ik er nog op dat het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat het begrip 'Staat' functioneel moet worden uitgelegd. Dat betekent dat van dat begrip een ruime uitleg moet worden gegeven om de doelstellingen van de Richtlijn het meest effectief door te zetten. Een dergelijke functionele uitleg kan begrippen potentieel oprekken en brengt mee dat van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of sprake is van een aanbestedende dienst. Janssen's opvatting van een functionele uitleg houdt – als ik het goed zie – in dat moet worden gekeken of er een hiërarchische verhouding is (' chain of command'

) en een onderscheid rechtens ('legal distinction'). Wat hier verder van zij, een functionele uitleg van het begrip 'Staat' kan relevant zijn voor de vraag of een entiteit die een opdracht verleent

, als een 'aanbestedende dienst' moet worden gekwalificeerd. Er kan m.i. niet uit worden afgeleid dat een samenwerking met een andere aanbestedende dienst, waarbij de eerste de leiding heeft over de tweede, het bestaan van een overheidsopdracht impliceert, met als gevolg dat de Richtlijn van toepassing is en alleen de vraag resteert of aan de voorwaarden van de uitzondering van art. 12 lid 4 Richtlijn is voldaan. Dat laatste lijkt mij wel het standpunt van [eiseres] te zijn.

E. Terzijde en tot slot: de overheid betreedt de markt

4.34

Voor de volledigheid ga ik tot slot van dit overzicht kort in op een andere invalshoek, namelijk de situatie waarin een overheidslichaam economische activiteiten verricht en daardoor marktpartijen concurrentie aandoet. Deze problematiek heeft met inbesteding gemeen dat marktpartijen het standpunt kunnen innemen dat zij door een beslissing van een overheidslichaam in hun positie als onderneming worden benadeeld. Het verschil tussen beide invalshoeken is dat bij inbesteding er niets aan de markt te vergeven is, terwijl bij het uitoefenen van economische activiteiten door de overheid marktpartijen oneerlijke concurrentie kunnen ondervinden.

4.35

De Wet markt en overheid is opgenomen in Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (hierna: Mw

). Bestuursorganen, die normadressaten zijn van deze wet, zijn in beginsel vrij economische activiteiten uit te oefenen, maar zij moeten zich daarbij wel aan een aantal gedragsregels houden. Zo dient een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening te brengen (art. 25i lid 1 Mw). Het toepassingsgebied van de Wet markt en overheid kent overigens nogal wat inperkingen. Zo is de wet niet van toepassing op het

aanbieden van goederen of diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de uitoefening van de publieke taak (art. 25h lid 2 Mw). De onderhavige zaak lijkt daarop omdat het hier gaat om dienstverlening van de ene overheidsdienst aan een andere overheidsdienst voor de uitoefening van een publieke taak (belastingheffing). Alleen gaat het hier niet om twee bestuursorganen.

4.36

Daarmee kom ik toe aan de bespreking van het cassatiemiddel.

5

Bespreking van het cassatiemiddel</h2>

Onderdeel 1

5.1

Onderdeel I

klaagt dat het hof in rov. 3.3 t/m 3.14 uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het onder meer miskent dat onder de Richtlijn bij horizontale samenwerkingen tussen aanbestedende diensten uitsluitend nog bepalend is of aan de cumulatieve uitzonderingscriteria van art. 12 lid 4 Richtlijn is voldaan, althans dat het oordeel zonder nadere toelichting onbegrijpelijk, dan wel ontoereikend gemotiveerd is.

5.2

Subonderdeel I.1

klaagt dat het hof in de bestreden overwegingen miskent dat de arresten Teckal

en Stadt Halle

, waarop het hof zijn beoordeling heeft gebaseerd, met de invoering van de Richtlijn achterhaald zijn. Deze arresten zagen op Richtlijn 92/50/EEG en bovendien op verticale samenwerkingen. Voor de vraag of een opdracht aanbestedingsplichtig is, moet daarentegen (uitsluitend) onderzocht worden of de overeenkomst valt onder de uitzondering van art. 12 lid 4 Richtlijn. Daarvoor gelden de drie cumulatieve voorwaarden van art. 12 lid 4. Het is vaste rechtspraak dat die voorwaarden strikt moeten worden toegepast en uitgelegd. Het hof heeft dit hetzij miskend door niet, althans niet kenbaar te toetsen of die drie cumulatieve voorwaarden in casu aanwezig zijn, hetzij heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel is het oordeel zonder nadere toelichting onbegrijpelijk.

5.3

Het betoog faalt. De arresten Teckal

en Stadt Halle

zijn, anders dan het subonderdeel klaagt, niet achterhaald met de inwerkingtreding van de Richtlijn. In jurisprudentie en literatuur met betrekking tot de Richtlijn worden beide arresten nog steeds als gezaghebbend aangehaald. A-G Hogan zet bijvoorbeeld in een

conclusie uit 2019 de 'in-house' uitzondering (inbesteding) uiteen op basis van de 'landmark case' Teckal

. Dat ligt ook voor de hand, omdat uit de Richtlijn zelf blijkt dat daarin de rechtspraak van het Hof van Justitie is gecodificeerd (zie hiervoor, nr. 4.19). Bovendien hebben genoemde arresten, anders dan het subonderdeel tot uitgangspunt neemt, niet alleen betrekking op de uitzondering van verticale samenwerking zoals gecodificeerd in art. 12 lid 1 Richtlijn, maar heeft het Hof juist een onderscheid gemaakt tussen zelfvoorziening/inbesteding en de uitzondering van verticale samenwerking. Overigens lijkt het middel in subonderdeel I.3 zelf ook er vanuit te gaan dat beide arresten nog relevant zijn voor de uitleg van de Richtlijn.

5.4

Voor zover het subonderdeel klaagt dat met de inwerkingtreding van de Richtlijn het onderscheid tussen inbesteding en horizontale samenwerking obsoleet is geworden, in de zin dat bij samenwerking tussen overheidsdiensten zelfvoorziening/inbesteding niet meer relevant is en altijd getoetst moet worden of die samenwerking voldoet aan de criteria van art. 12 lid 4 Richtlijn, slaagt het ook niet. Ook onder het regime van de Richtlijn dient nog steeds sprake te zijn van een overheidsopdracht wil het geval onder het toepassingsgebied van de Richtlijn vallen. Uit literatuur en jurisprudentie blijkt dat inbesteding nog steeds een relevant leerstuk is, in de zin dat als daarvan sprake is, de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn. Ik verwijs naar het juridisch kader, nrs. 4.7 t/m 4.15.

5.5

De motiveringsklachten slagen tot slot niet omdat het hof niet is toegekomen aan toepassing van de uitzondering van art. 12 lid 4 Richtlijn.

5.6

De klachten van het subonderdeel stuiten op het voorgaande af.

5.7

Subonderdeel I.2

klaagt dat het hof in rov. 3.3 t/m 3.14 miskent dat noch op basis van de in onderdeel I.1 genoemde gronden, noch anderszins moet worden onderzocht of DRZ een lichaam is dat juridisch/formeel/rechtens van BD te onderscheiden is (rov. 3.3-3.5). Zoals in de memorie van grieven nr. 28 is aangegeven (zie procesinleiding, deel B sub 4-6), was de Staat onder de oude richtlijn nog (wel) een aanbestedende dienst, maar onder de huidige Richtlijn niet meer en heeft [eiseres] expliciet een beroep gedaan op richtlijnconforme uitleg van de Aanbestedingswet 2012. Dat betekent dat irrelevant is of BD en DRZ beide onder hetzelfde ministerie vallen, nu dat onverlet laat dat het separate aanbestedende diensten zijn. Wanneer zij een overeenkomst sluiten, moet die getoetst worden aan art. 12 lid 4 Richtlijn jo. art. 1:1 Aw.

5.8

Het hof miskent daarbij, althans acht ten onrechte niet van belang dat DRZ zelfstandig aan het rechtsverkeer deelneemt, een eigen KvK-inschrijving heeft (prod. 1), commerciële

activiteiten verricht (prod. 2) en tegen betaling de hertaxaties uitvoert. Daarmee voldoet DRZ materieel aan de criteria van een aanbestedende dienst onder de Richtlijn. Het is dus rechtens onjuist om op grond van de in rov. 3.8 t/m 3.10 genoemde omstandigheden te oordelen dat, kort gezegd, niet aan art. 12 lid 4 Richtlijn zou moeten worden getoetst.

5.9

Het hof miskent aldus, onder meer in rov. 3.11 en 3.12, dat ook een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid maar met zelfstandige operationele bevoegdheden en financiële autonomie, onder de Richtlijn kwalificeert als aanbestedende dienst, zodat bij horizontale samenwerking de enige uitzondering voor een aanbestedingsplicht gevonden wordt in art. 12 lid 4 Richtlijn, hetgeen het hof als gezegd nalaat te toetsen. Anders dan het hof in laatstgenoemde overwegingen oordeelt, is er dus sprake van een 'overheidsopdracht ' en evenzeer van een overeenkomst onder bezwarende titel als bedoeld in art. 2 lid 1, onder 5 Richtlijn. Indien het hof dit niet heeft miskend is het oordeel, zonder nadere toelichting, onbegrijpelijk althans niet toereikend gemotiveerd, aldus het middel.

5.10

Ik meen dat de klachten niet slagen. Het middel probeert (opnieuw) ingang te doen vinden dat het hof had moeten toetsen aan art. 12 lid 4 Richtlijn. Die uitzondering op de aanbestedingsregels is echter pas relevant als sprake is van een overheidsopdracht en dus van aanbestedende diensten die een overeenkomst onder bezwarende titel hebben gesloten. Volgens het hof is daarvan hier geen sprake, en daarmee is het terecht niet toegekomen aan een toetsing van de samenwerking tussen BD en DRZ aan de uitzondering genoemd in art. 12 lid 4 Richtlijn. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting (zie het juridisch kader, nrs. 4.8, 4.10 en 4.26 hiervoor). Het aangevallen oordeel is bovendien goed te volgen.

5.11

Anders dan het subonderdeel aanvoert, heeft het hof terecht getoetst of BD en DRZ juridisch onderscheiden entiteiten zijn, omdat dit van belang is in het kader van de vraag of sprake is van inbesteding. Het subonderdeel miskent verder dat zelfs als sprake zou zijn van twee separate aanbestedende diensten, daarmee niet automatisch getoetst moet worden aan art. 12 lid 4 Richtlijn (zie het juridisch kader, nrs. 4.8 en 4.32 hiervoor). Uit art. 12 lid 4 volgt juist dat daarvoor ook is vereist dat de samenwerking berust op een overeenkomst

tussen de diensten. Dan pas is immers sprake van een overheidsopdracht. Op andere vormen van samenwerking tussen overheidsdiensten, dat wil zeggen: niet door middel van een overeenkomst, is de Richtlijn niet van toepassing.

5.12

Het subonderdeel betoogt verder dat de Staat onder de Richtlijn niet meer een aanbestedende dienst is, althans, zo meen ik het subonderdeel te moeten begrijpen, dat ook onderdelen van de Staat zoals BD en DRZ en BD (mede) aanbestedende diensten kunnen zijn. Ik meen dat er geen twijfel over kan bestaan dat de Staat een aanbestedende dienst is,

hoewel de Staat als zodanig niet meer staat vermeld op de lijst van Bijlage I. Dat betekent dat binnen de Staat door verschillende (zelfstandig opererende) entiteiten kan worden samengewerkt en dat er dan sprake is van inbesteding.

5.13

Er zijn echter auteurs die menen dat de begrippen 'aanbestedende dienst' en 'de Staat' functioneel dienen te worden uitgelegd, in de zin dat niet alleen de Staat een aanbestedende dienst is, maar ook onderdelen van de Staat en dat van geval tot geval moet worden beoordeeld of een bepaald onderdeel van de Staat een aanbestedende dienst is (zie reeds het juridisch kader, hiervoor nr. 4.332). Het subonderdeel miskent echter dat ook indien een dergelijke functionele uitleg van het begrip 'aanbestedende dienst' en het begrip 'de Staat' aangewezen is, nog steeds relevant is of sprake is van een juridisch onderscheid (' legal distinction

') en van een hiërarchie tussen de betreffende entiteiten. Een functionele benadering betekent kortom, anders dan het subonderdeel betoogt, niet dat een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid maar met zelfstandige operationele bevoegdheden en financiële autonomie, altijd als aanbestedende dienst is aan te merken.

5.14

Ook bezien vanuit een functionele benadering lijkt mij het hofoordeel nog steeds juist en zonder meer goed te volgen. Het hof heeft terecht geoordeeld dat relevant is dat DRZ en BD beide onder het MvF ressorteren en daarmee dus deel uitmaken van dezelfde hiërarchische keten. Besluiten en handelingen van/door deze onderdelen/diensten werden/worden met andere woorden genomen/verricht in de naam van de bewindspersonen, die de leiding van het MvF vormen/vormden (rov. 3.8). Er is in dit geval geen rechtens relevant onderscheid tussen deze twee diensten. Er is, anders gezegd, geen sprake van een in rechte afdwingbare overeenkomst tussen DRZ en BD, en dus niet van een overheidsopdracht in de zin van de Richtlijn (zie ook hiervoor, nr. 5.10 met verwijzing naar het juridisch kader). Ter vergelijking: daarvan kan wel sprake zijn als twee aanbestedende diensten die tevens rechtspersonen zijn, zoals twee gemeenten, met elkaar contracteren. Voor dát geval is de uitzondering van art. 12 lid 4 Richtlijn bedoeld, maar het hof heeft terecht en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat zo'n geval zich hier niet voordoet.

5.15

Op het voorgaande stuiten de klachten af.

5.16

Subonderdeel I.3

klaagt dat het hof ook overigens blijk geeft van een rechtens onjuiste en onbegrijpelijke uitleg van de arresten Teckal

en Stadt Halle

en van de Richtlijn. Uit deze twee uitspraken volgt dat onder de oude richtlijn uitzonderingen op de verplichting openbaar aan te besteden strikt moeten worden uitgelegd. De Richtlijn heeft de voornoemde jurisprudentie in artikel 12 gecodificeerd en

moet dan ook minimaal in dezelfde geest en strekking worden uitgelegd. Vanwege het nuttige effect van de Richtlijn moeten de uitzonderingen op de aanbestedingsplicht strikt moet worden uitgelegd. Het moet voor overheidsinstanties, waarvan vele diensten, zoals in casu BD en DRZ, onder één ministerie vallen, niet mogelijk zijn om met een 'truc', in casu door het onderbrengen van een aanbestedingsplichtige dienst bij een andere entiteit ressorterend onder hetzelfde ministerie, zich te kunnen ontdoen van een Europese aanbestedingsplicht.

5.17

Bovendien staat vast dat DRZ eigen taken heeft en daarmee aan het rechtsverkeer deelneemt en ook een eigen inschrijving heeft in het handelsregister van de KvK. Zij kan ook als een aanbestedende dienst worden beschouwd. Ook is er sprake van een overeenkomst tussen DB en DRZ, waarbij diensten worden afgenomen (hertaxaties in het kader van de BPM) waarvoor ook wordt betaald. Dat betekent dat DRZ zich in het kader van de Richtlijn niet onderscheidt van een andere partijen in de markt die dergelijke diensten aanbieden. DB betaalt aan DRZ voor haar diensten, zo staat in cassatie vast.

5.18

Indien het oordeel van het hof zou worden gevolgd, dan zou de Richtlijn eenvoudig kunnen worden omzeild doordat gecontracteerd wordt met een andere dienst van eenzelfde ministerie. Dan zou zelfs kunnen worden betoogd dat alles wat de Staat niet privaat uitbesteedt niet meer aanbesteed hoeft te worden. Europees openbaar aanbesteden zou dan (telkens) niet nodig zijn. Dit zou tot een zeer ernstige schending van het Europese aanbestedingsrecht door een aanbestedende dienst kunnen leiden en zou afbreuk doen aan de door de Richtlijn nagestreefde doelstellingen, namelijk het vrij verkeer van diensten en een open en onvervalste mededinging ter zake in alle lidstaten.

5.19

Ook deze klachten slagen niet. Ik licht dat toe.

5.20

Ten eerste is het hof niet toegekomen aan toepassing van art. 12 Richtlijn, omdat het hof – evenals de rechtbank – heeft geoordeeld dat de Richtlijn niet van toepassing is. De klachten dat het hof heeft miskend dat de uitzonderingen van art. 12 Richtlijn op de verplichting openbaar aan te besteden strikt moeten worden uitgelegd, missen daarom feitelijke grondslag. Het hof kan niet hebben miskend dat die uitzonderingen strikt moeten worden uitgelegd. Het hof heeft namelijk niets geoordeeld over deze uitzonderingen.

5.21

Ten tweede geldt dat, nog daargelaten dat [eiseres] dat niet in feitelijke instanties heeft aangevoerd, ik niet inzie dat hier sprake zou zijn van een 'truc' om de aanbestedingsregels te omzeilen. Volgens het subonderdeel zou de 'truc' hierin bestaan dat 'een aanbestedingsplichtige dienst' wordt ondergebracht bij een andere entiteit die ressorteert onder hetzelfde ministerie. Het zou volgens het subonderdeel niet mogelijk moeten zijn zich op deze manier te 'ontdoen van een Europese aanbestedingsplicht'. Een

‘aanbestedingsplichtige dienst’ bestaat echter niet, omdat er geen categorie diensten is die altijd moet worden aanbesteed. Sterker, het subonderdeel miskent dat, zoals hiervoor uiteengezet, de Richtlijn uitdrukkelijk niet

tot aanbesteding verplicht. Overheidsinstanties kunnen taken zelf

uitvoeren (‘inbesteden’) en er dus voor kiezen om een taak niet uit te besteden. Dat is hier gebeurd volgens het hof.

5.22

Het subonderdeel voert verder nog aan dat DRZ aan het rechtsverkeer deelneemt, eigen taken heeft, een aanbestedende dienst is en dat sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel. DRZ zou zich in dat licht niet onderscheiden van andere partijen in de (private) markt die (taxatie)diensten aanbieden. Mij is niet duidelijk wat het subonderdeel hiermee voor klacht aanvoert. Overigens onderscheidt DRZ zich op essentiële punten nu juist wel van marktpartijen, namelijk dat het een onderdeel is van het Ministerie van Financiën, en (dus) geen eigen rechtspersoonlijkheid heeft. Van een rechtens afdwingbare overeenkomst tussen BD en DRZ is ook geen sprake, zodat er geen overeenkomst onder bezwarende titel is tussen BD en DRZ, zoals het hof heeft overwogen in rov. 3.11.

5.23

Tot slot zie ik, anders dan het subonderdeel, niet het gevaar dat wanneer de lijn van het hof wordt gevolgd ‘alles wat de Staat niet privaat uitbesteedt, dus niet meer aanbesteed hoeft te worden’. Het subonderdeel kan inderdaad worden toegegeven dat aanbestedingsregels niet alleen gelden als de overheid zich tot de private markt wendt. Ook bij samenwerking tussen overheden kan sprake zijn van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht; op een dergelijk geval ziet nu juist de uitzondering van art. 12 lid 4 Richtlijn. Dat heeft het hof echter niet miskend. Het heeft enkel geoordeeld dat in dit geval sprake is van zelfvoorziening, en dus niet van een overheidsopdracht in de zin van de Richtlijn. Dat oordeel is goed te volgen. De opvatting dat activiteiten die de markt kan doen om die reden voor de markt moeten worden open gesteld vindt geen steun in het recht.

5.24

Subonderdeel I.4

klaagt dat het slagen van één of meer van de voorgaande klachten maakt dat het oordeel in rov 3.11 t/m 3.13 dat er geen sprake kan zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel als bedoeld in o.m. art. 2 lid 1, onder 5, Richtlijn en dat die richtlijn dan dus niet hoeft te worden toegepast, niet in stand kan blijven, nu het hof ook hier miskent dat een publiek-publieke (dus een horizontale) samenwerking en een daaraan ten grondslag liggende overeenkomst uitsluitend moet worden getoetst aan art. 12 lid 4 Richtlijn.

5.25

De klacht deelt het lot van de voorafgaande klachten.

5.26

De slotsom is dat alle klachten van onderdeel I falen. Ik zie geen aanleiding voor het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. De rechtspraak over de begrippen 'overheidsopdracht' en 'inbesteding is voldoende duidelijk (zie hiervoor, het juridisch kader, onder B).

Onderdeel II

5.27

Onderdeel II

klaagt tot slot dat het slagen van één of meer van de bovengenoemde klachten ook rov. 3.13, 3.14 en het dictum vitiëert.

5.28

Omdat de klachten van onderdeel I niet slagen, kan deze voortbouwklacht ook niet slagen.

6

Conclusie</h2>

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de

Hoge Raad der Nederlanden

A-G

De feiten zijn ontleend aan het bestreden arrest, Hof Den Haag 15 juli 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:2255, JAAN

2025/187, rov. 1.1.

[eiseres] is kennelijk niet een van de bedrijven die in het verleden hertaxaties hebben verricht voor de Belastingdienst.

Rechtbank Den Haag 16 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:12379, JAAN

2023/184.

Hof Den Haag 15 juli 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:2255, JAAN

2025/187.

Richtlijn 2014/24/EU van het Europese 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.

Bij Europese richtlijnen moet onderscheid worden gemaakt tussen (i) de datum van vaststelling (dat is de datum die boven de richtlijn staat), (ii) de datum van inwerkingtreding (bijvoorbeeld 20 dagen na publicatie van de richtlijn in het Publicatieblad, zoals vermeld in een van de laatste artikelen van de richtlijn) en (iii) de datum van omzetting van de richtlijn in nationale regelgeving. Op de datum van vaststelling heeft de richtlijn nog geen rechtsgevolgen. Op de datum van inwerkingtreding wordt de richtlijn onderdeel van de rechtsorde van de EU. Bepaalde verplichtingen, bijvoorbeeld de

verplichting om aan de Commissie informatie te verstrekken en de verplichting de richtlijn tijdig om te zetten, gaan dan in. Vanaf de omzettingsdatum moet de inhoud van de richtlijn worden toegepast. Soms is er een latere, uniforme datum waarop de omzettingsmaatregelen van toepassing moeten worden, zodat die datum niet per lidstaat verschilt afhankelijk van het tempo waarmee de omzetting plaatsvindt. EU-Verordeningen bevatten ook steeds vaker een datum waarop zij van toepassing worden. Dat is met name het geval als de lidstaten uitvoerende maatregelen moeten nemen. De huidige EU-aanbestedingsrichtlijnen zullen overigens worden vervangen door een verordening, zoals blijkt uit een recent voorstel van de Commissie (COM(2026) 590 final van 9 september 2026).

Kamerstukken II

2015/16, 34329, 3 (MvT), p. 2.

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, Pb

L 134, blz. 114. Richtlijn 2004/18/EG, die o.a. Richtlijn 92/50/EEG heeft vervangen, is qua opzet en inhoud sterk vergelijkbaar met Richtlijn 2014/24/EU.

Dit verklaart waarom in de Didam

-rechtspraak (HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778; HR 15 november 2024, ECLI:NL:HR:2024:1661) de verplichting tot concurrentiestelling is gebaseerd op een andere grondslag dan het aanbestedingsrecht, namelijk op het gelijkheidsbeginsel. Deze verplichting is niet nader uitgewerkt in regelgeving. Dat betekent o.a. dat er geen drempelwaarde of andere vorm van de minimis-

criterium geldt.

Vgl. de conclusie A-G Hogan 7 mei 2019, C-285/18 (Irgita

), punt 39. Zie eerder al HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C::2005:5, NJ

2005/388, m.nt. M.R. Mok (Stadt Halle

), punt 48.

M.J.J.M. Essers & C.A.M. Lombert, Aanbestedingsrecht voor overheden: naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsrecht

, Deventer: Vakmedianet 2017, p. 170.

Zie Hof Den Haag 12 mei 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:898, JAAN

2021/21. In rov. 5.1 overweegt het gerechtshof: "(...) Een aanbestedende dienst is echter niet verplicht om werkzaamheden uit te besteden wanneer hij die werkzaamheden met andere middelen wil organiseren dan met overheidsopdrachten. Dit betekent dat er geen aanbestedingsplicht voor de Staat is als hij voor de werkzaamheden zorg wil dragen door zelf in de eigen behoeften te voorzien (de zogenoemde 'zelfvoorziening')

."

HvJ EU 10 september 2026, C-11/25, ECLI:EU:C:2026:731 (Jelgavas

). Het beheer van afval zelf is (waarschijnlijk) wel een economische activiteit.

Deze (eerste) uitzondering is geïmplementeerd in art. 2:24a lid 1 Aw.

HvJ EG 18 november 1999, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 (Teckal

).

HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, NJ

2005/388, m.nt. M.R. Mok (Stadt Halle

). Zie ook de schriftelijke toelichting van de Staat, nr. 2.9 en 2.10, waarin de punten 47 en 48 van dat arrest worden geciteerd.

HvJ EG 11 mei 2006, C-340/04 (Carbotermo

); HvJ EG 19 april 2007, C-295/05, (Tragsa

); HvJ EG 13 november 2008, C-324/07 (Coditel

); HvJ EG 10 september 2009, C-573/07 (Sea Srl

); HvJ EG 15 oktober 2009 (Acoset

); HvJ EU 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11 (Econord

); HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13 (Datenlotsen

); HvJ EU 19 juni 2014, C-574/12 (SUCH

). Graag nog ECLI-nummers toevoegen.

Daarbij is het niet van belang of de rechtspersoon een publiekrechtelijke rechtspersoon is, zoals een gemeenschappelijke regeling, dan wel een privaatrechtelijke rechtspersoon, zoals een stichting of een BV op basis van art. 3:2 BW. Zie W.A. Janssen, T&C Aanbestedingsrecht, commentaar op art. 2.24a Aw 2012, aant. 1, onder verwijzing naar Kamerstukken II

2015/16, 34329, 3 (MvT), p. 38.

W.A. Janssen, EU Public Procurement Law & Self-Organization. A Nexus of Tensions & Reconciliations

, Den Haag: Eleven International Publishing 2018, p. 88-89.

Deze (tweede) uitzondering is geïmplementeerd in art. 2.24c Aw.

HvJ EG 9 juni 2009, C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357 (Commissie/Duitsland

).

HvJ EG 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 (Coditel/Brutélé

), punt 48-49.

HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (ISE/Stadt Köln

).

Zie ook W. Hartung e.a., in: R. Caranta & A. Sanchez-Graells, European public procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU

, Cheltenham (UK): Edward Elgar 2021, nr. 12.57 en K. Wauters, Cooperative agreements between public authorities: the influence of CJEU case law on national legal systems

, Cambridge: Intersentia 2015, p. 163: " Cooperation between public authorities is one of the ways a public authority organises or manage sits public (service) tasks. In this context, national law normally regulates their activities. However, in certain circumstances EU law does have a role; namely, when cooperation between public authorities could be defined as a public contract or a service concession

."

W. A. Janssen, a.w.

, p. 123. In hfst. 5 wordt echter wel uitgebreid op dit onderwerp ingegaan.

W. A. Janssen, EU Public Procurement Law & Self-Organization. A Nexus of Tensions & Reconciliations

, Den Haag: Eleven International Publishing 2018, p. 125.

M. van Rijn e.a., Sdu commentaar aanbestedingsrecht, art. 1.1 Aw, aant. 1.2. De auteurs wijzen erop dat art. 1.1 Aw op dit punt ongewijzigd is gebleven na de inwerkingtreding van de Richtlijn, in de zin dat nog steeds 'de Staat' als aanbestedende dienst wordt genoemd, en niet 'staatsoverheidsinstanties' zoals in art. 2 lid 1, onder 1 Richtlijn.

Zie o.a. Rechtbank Den Haag 24 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:316 (RSO

), rov. 4.8-4.9, bekrachtigd in Hof Den Haag 12 mei 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:898, rov. 5.7.

Dergelijke centrale overheidsinstanties zijn bijvoorbeeld ministeries, directoraten, agentschappen, enzovoorts.

W.A. Janssen, EU Public Procurement Law & Self-Organization. A Nexus of Tensions & Reconciliations

, Den Haag: Eleven International Publishing 2018, p. 128.

W.A. Janssen, EU Public Procurement Law & Self-Organization. A Nexus of Tensions & Reconciliations

, Den Haag: Eleven International Publishing 2018, p. 129 meent dat deze taalkundige argumenten verschillende kanten op wijzen. Dat vraag ik mij overigens af. Wel valt inderdaad niet uit te sluiten dat de Europese wetgever toch een materiële wijziging heeft bewerkstelligd, ondanks overweging (10) van de Richtlijn, zie daarover W.A. Janssen, EU Public Procurement Law & Self-Organization. A Nexus of Tensions & Reconciliations

, Den Haag: Eleven International Publishing 2018, p. 127-128.

Zie o.a. HvJ EU, 20 september 1988, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (Beentjes

), punt 11-13, waaruit volgt dat het begrip 'Staat' in het kader van het aanbestedingsrecht functioneel dient te worden uitgelegd. In het licht van de doelstellingen van de richtlijn gaf het Hof een ruime uitleg aan het begrip Staat, zelfs in die zin dat een formeel daartoe niet behorende entiteit daar wel onder viel.

Zie H.D. van Romburgh, Aanbestedingsrecht. Een inleiding tot het verstrekken van overheidsopdrachten

, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2017, par. 3.3.3 (p. 47) en voorts W.A. Janssen, EU Public Procurement Law & Self-Organization. A Nexus of Tensions & Reconciliations

, Den Haag: Eleven International Publishing 2018, p. 133.

Janssen, a.w., p. 133-136.

Conclusie A-G Hogan 7 mei 2019, C-285/18, ECLI:EU:C:2019:369 (Irgita

), punt 40.

W. Hartung e.a., in: R. Caranta & A. Sanchez-Graells, European public procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU

, Cheltenham (UK): Edward Elgar 2021, nr. 12.57.