CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. MENGOZZI van 17 november 2009 [1]

1. De onderhavige zaak, die haar oorsprong in een aantal prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Düsseldorf vindt, biedt het Hof de gelegenheid om nogmaals in te gaan op het probleem van het onderscheid tussen overheidsopdrachten voor werken en stedenbouwkundige activiteiten van de overheid.

2. Centraal in de zaak waarin de verwijzende rechter uitspraak moet doen, staat meer bepaald de verkoop van een stuk grond door een openbaar bestuur aan een particulier. Het is een typisch geval waarbij aan het bestaan van mogelijke staatssteun kan worden gedacht. [1] In de onderhavige zaak lijken dergelijke overwegingen evenwel niet aan de orde. Specifiek voor deze zaak is veeleer dat het openbaar bestuur heeft besloten de grond te verkopen aan de bieder die volgens de voor de ruimtelijke ordening bevoegde gemeentelijke autoriteiten met betrekking tot die grond het meest interessante en waardevolle exploitatie- en bouwproject had voorgelegd. De verwijzende rechter vraagt zich af of in die context de voorschriften inzake overheidsopdrachten en meer bepaald de voorschriften inzake concessieovereenkomsten voor openbare werken toepassing moeten vinden.

I — Rechtskader

3. De bepalingen waarover het Hof uitspraak moet doen, zijn neergelegd in richtlijn 2004/18/EG [2] (hierna ook: „richtlijn").

1 — Van mogelijke staatssteun is duidelijk sprake wanneer het publieke goed tegen een lagere prijs dan de marktprijs wordt verkocht. Zie in dit verband in het bijzonder de mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (PB 1997, C 209, blz. 3).

2 — Richtlijn 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).

4. Artikel 1 van de richtlijn bepaalt:

„1. Voor de toepassing van deze richtlijn gelden de definities in de leden 2 tot en met 15:

2. a) ‚Overheidsopdrachten' zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.

b) ‚Overheidsopdrachten voor werken' zijn overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. Een ‚werk' is het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.

[…]

3. De ‚concessieovereenkomst voor openbare werken' is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs."

II — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

5. De Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (Duitse federale instelling voor het beheer van het openbaar onroerend erfgoed; hierna: „Bundesanstalt") maakte in oktober 2006 via advertenties in de pers en op internet bekend een stuk grond van ongeveer 24 hectare in de gemeente Wildeshausen te willen verkopen, waarop zich in het bijzonder een kazerne bevond, die sinds begin 2007 niet langer werd gebruikt.

6. In de door de Bundesanstalt bekendgemaakte advertentie was vermeld dat de mogelijke vormen van exploitatie van de grond met de gemeente Wildeshausen moesten worden overeengekomen.

7. In mei 2007 werd de waarde van de grond bij door de Bundesanstalt aangevraagd deskundigenadvies op 2,33 miljoen EUR geraamd.

8. Helmut Müller GmbH (hierna: „Helmut Müller") had reeds in november 2006 een bod van 4 miljoen EUR op de grond gedaan, waaraan evenwel de voorwaarde was verbonden dat het gebied planologisch overeenkomstig haar concept werd ingericht. Dat voorstel werd niet gevolgd.

9. In januari 2007 verzocht de Bundesanstalt de mogelijke belanghebbenden een bod uit te brengen op de grond zonder een op voorhand vastgesteld bouwplan. In deze context deed Helmut Müller een bod van 1 miljoen EUR. Een andere vennootschap, Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (hierna: „GSSI"), bood daarentegen 2,5 miljoen EUR.

10. Daarna verzocht de gemeente Wildeshausen de bieders, hun projecten voor de exploitatie van het gebied in te dienen. In aanwezigheid van de Bundesanstalt besprak zij die projecten met hen. Op 24 mei 2007 drukte de gemeenteraad van Wildeshausen zijn voorkeur voor het project van GSSI uit, en verklaarde hij zich bereid, een procedure voor de opstelling van een bestemmingsplan voor het gebied op basis van dat project te starten. In zijn besluit vermeldde de gemeenteraad evenwel uitdrukkelijk dat die voorkeur de gemeente niet bond wat haar stedenbouwkundige bevoegdheden betreft, die de gemeenteraad zich voorbehield vrij uit te oefenen.

11. Op 6 juni 2007 verkocht de Bundesanstalt de grond aan GSSI. De verkoopovereenkomst bevat geen enkele verwijzing naar het toekomstige gebruik van de verkochte grond.

12. Helmut Müller kwam bij de nationale rechter op tegen de verkoop van de grond en betoogde daarbij in het bijzonder dat die verkoop conform het aanbestedingsrecht had moeten plaatsvinden.

13. De verwijzende rechter, bij wie het geding aanhangig werd gemaakt, heeft de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is een constitutief vereiste voor een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 […] dat het uit te voeren werk fysiek of materieel ten behoeve van de aanbestedende dienst

wordt aangekocht en hem rechtstreeks economisch voordeel oplevert?

2) Indien volgens de definitie van overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18[…] het aspect van de aankoop niet mag ontbreken: kan dan volgens de tweede variant van de bepaling worden uitgegaan van een aankoop, indien het voorgenomen werk voor de aanbestedende dienst een bepaalde publieke bestemming (bijvoorbeeld de stedenbouwkundige ontwikkeling van een bepaalde wijk) vervult en de aanbestedende dienst op grond van de opdracht over de juridische bevoegdheid beschikt ervoor te zorgen dat de publieke bestemming wordt gerealiseerd en het werk daarvoor in de toekomst ter beschikking staat?

3) Vereist het begrip overheidsopdracht voor de uitvoering van werken volgens de eerste en de tweede variant van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18[…], dat de aannemer direct of indirect verplicht is het werk uit te voeren? Dient het in voorkomend geval te gaan om een afdwingbare verplichting?

4) Vereist het begrip overheidsopdracht voor de uitvoering van werkenoverheidsopdracht voor werken volgens de derde variant van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18[…], dat de aannemer tot de uitvoering van bouwwerken verplicht is of dat de uitvoering van dergelijke werken behoort tot het voorwerp van de opdracht?

5) Vallen opdrachten die, door middel van door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen, beogen te waarborgen dat het uit te voeren werk voor een bepaalde publieke bestemming ter beschikking staat, en waarbij tegelijkertijd aan de aanbestedende dienst (krachtens contractuele afspraak) de juridische bevoegdheid wordt verleend om (in indirect eigen belang) ervoor te zorgen dat het werk voor de publieke bestemming beschikbaar is, onder het begrip overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van de derde variant van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18?

6) Is aan de voorwaarden van het begrip ‚de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen' in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18[…] voldaan, indien het werk wordt uitgevoerd overeenkomstig door de aanbestedende dienst getoetste en goedgekeurde plannen?

7) Dient ervan uit te worden gegaan dat er geen sprake is van een

concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 2004/18[…], indien de concessiehouder eigenaar is of wordt van de grond waarop het werk dient te worden gerealiseerd, of indien de concessie voor onbepaalde tijd wordt verleend?

8) Dient richtlijn 2004/18[…] ook te worden toegepast — met als rechtsgevolg een aanbestedingsplicht voor de aanbestedende dienst —, wanneer de verkoop van een grondperceel door een derde en de aanbesteding van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werkenoverheidsopdracht voor werken niet tegelijkertijd plaatsvinden en de ten tijde van de sluiting van de verkooptransactie nog niet was verleend, maar de aanbestedende dienst op dat moment wel de bedoeling had om een dergelijke opdracht te verlenen?

9) Dienen de van elkaar onderscheiden, maar met elkaar samenhangende handelingen — verkoop van grond en plaatsing van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken — in aanbestedingsrechtelijk opzicht als een eenheid te worden beschouwd, indien ten tijde van de sluiting van de verkoopovereenkomst de bedoeling bestond om een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken te verlenen en de betrokkenen de overeenkomsten bewust aan elkaar hebben gekoppeld wat betreft het voorwerp, maar eventueel ook naar tijd (analoog aan het arrest van het Hof van Justitie van 10 november 2005, C-29/04, ‚Stadt Mödling')?"

III — Inleidende opmerkingen

A — *Rechtspraak van de verwijzende rechter*

14. Voor een goed begrip van de door de verwijzende rechter gestelde prejudiciële vragen is enige toelichting vereist. Zoals de nationale rechter (het Oberlandesgericht Düsseldorf) zelf in zijn beslissing benadrukt, dient in het bijzonder voor ogen te worden gehouden dat zijn huidige rechtspraak een aantal bijzondere kenmerken vertoont, waardoor die in contrast staat met het overgrote deel van de rechtspraak en de rechtsleer inzake het aanbestedingsrecht.

15. In de eerste plaats berust het standpunt van de verwijzende rechter op de veronderstelling dat het wezenlijk stedenbouwkundige karakter van een procedure de toepasselijkheid van het communautaire aanbestedingsrecht in beginsel niet uitsluit. In dit verband refereert de nationale rechter aan de rechtspraak van het Hof in de zaken Ordine degli Architetti e.a. [3] en Commissie/Frankrijk [4].

16. In de tweede plaats leidt de verwijzende rechter uit het arrest Auroux e.a. [5] het beginsel

3 — Arrest Hof van 12 juli 2001 (C-399/98, Jurispr. blz. I-5409).

4 — Arrest Hof van 20 oktober 2005 (C-264/03, Jurispr. blz. I-8831).

5 — Arrest Hof van 18 januari 2007 (C-220/05, Jurispr. blz. I-385).

af dat de toepasselijkheid van het communautaire aanbestedingsrecht volledig losstaat van het feit dat de aanbestedende dienst eigenaar van de uit te voeren bouwwerken wil worden of deze zelfs maar wil bezitten en gebruiken. Met andere woorden kan het communautaire aanbestedingsrecht toepassing vinden ongeacht of er al dan niet sprake is van materiële aankoop van een zaak door de aanbestedende dienst. In het bijzonder kan het door de aanbestedende dienst nagestreefde voordeel ook van immateriële aard zijn en zoals in onderhavig geval bijvoorbeeld bestaan in de verwezenlijking van bepaalde doelen op het vlak van ruimtelijke ordening van het gemeentelijke grondgebied. [6]

17. Op basis van die rechtspraak wordt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie door de verwijzende rechter als volgt uitgelegd. Aan GSSI is een concessie voor de uitvoering van openbare werken verleend [7], waarvoor de relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht hadden moeten worden toegepast. [8] Dat GSSI op de betrokken zaken een eigendomsrecht verkrijgt is niet tegenstrijdig met die uitlegging, aangezien het in de richtlijn omschreven begrip „concessieovereenkomst" noch in de weg staat aan de onbepaalde duur van die overeenkomst noch aan de erkenning ten gunste van de concessiehouder van een eigendomsrecht op de zaken waarop de concessie betrekking heeft.

18. Dat de gemeente Wildeshausen, hoewel zij haar voorkeur voor het door GSSI voorgestelde stedenbouwkundig project had uitgedrukt, zich niet formeel ertoe heeft verbonden een vergunning voor dat project af te geven, kan volgens de verwijzende rechter niet aan zijn uitlegging van de feiten afdoen. In het bijzonder betoogt de nationale rechter onder verwijzing naar het arrest van het Hof in de zaak Commissie/Oostenrijk (arrest „Mödling") [9] dat bij de juridische beoordeling van de feiten in voorkomend geval ook rekening moet worden gehouden met een gebeurtenis die zich ná de gunning voordoet, wanneer die in de praktijk voor die gunning doorslaggevend is. Anders zou de

6 — Na de verwijzingsbeslissing werd de Duitse wettelijke regeling overigens bij het Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts van 20 april 2009 (Duitse wet ter modernisering van het aanbestedingsrecht, BGBl. I, blz. 790) gewijzigd. Daarbij werd § 99 GWB (Duitse mededingingswet) gewijzigd, waarin onder meer wordt gepreciseerd dat in het geval van de derde variant van de definitie van een overheidsopdracht voor werken de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch voordeel moet verkrijgen. Zie ook voetnoot 35 infra.

7 — Het is evenwel niet helemaal duidelijk wie die concessie zou hebben verleend. De Commissie, die zich op dat punt eerder ontvankelijk heeft getoond voor de standpunten van de verwijzende rechter, heeft ter terechtzitting moeten erkennen dat in onderhavig geval zowel de Bundesanstalt als de gemeente Wildeshausen een aantal voor die rol typische kenmerken bezit, zonder dat aan de ene of de andere overwicht kan worden toegekend.

8 — Volgens de verwijzingsbeslissing bestaat er geen twijfel over het feit dat in onderhavig geval de voor toepassing van de richtlijn voorziene drempels ruimschoots zijn overschreden. In werkelijkheid is de redenering van de nationale rechter op bepaalde punten duidelijk hypothetisch, nu de waarde van de grond als zodanig die drempels niet overschrijdt. Gelet op de vaste rechtspraak dat het in beginsel aan de nationale rechter staat de relevantie van de vragen te beoordelen, teneinde in het geding uitspraak te kunnen doen, ben ik anderzijds van mening dat het Hof in onderhavig geval de vragen van het Oberlandesgericht Düsseldorf moet beantwoorden. Zie in dit verband bijvoorbeeld arresten van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 61); 7 september 1999, Beck en Bergdorf (C-355/97, Jurispr. blz. I-4977, punt 22); 7 juni 2007, Van der Weerd e.a. (C-222/05–C-225/05, Jurispr. blz. I-4233, punt 22), en 17 juli 2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, Jurispr. blz. I-5785, punt 23).

9 — Arrest Hof van 10 november 2005 (C-29/04, Jurispr. blz. I-9705).

nuttige werking van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen gemakkelijk kunnen worden uitgehold.

19. Zoals hiervóór reeds uiteengezet, erkent de verwijzende rechter evenwel dat zijn uitlegging van de in de onderhavige zaak toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht geenszins algemeen wordt aanvaard. Met zijn prejudiciële vragen wenst het Oberlandesgericht Düsseldorf van het Hof dus in wezen te vernemen of die uitlegging al dan niet juist is.

B — *Verschillen tussen de taalversies van artikel 1 van de richtlijn*

20. Artikel 1 van de richtlijn onderscheidt in het merendeel van de taalversies [10] drie verschillende soorten „overheidsopdrachten voor werken". Het betreft met name:

— de uitvoering en eventueel ook het ontwerp van de in bijlage I bij de richtlijn genoemde types bouw*werken* [11] (eerste variant);

— de uitvoering en eventueel ook het ontwerp van een *werk* [12] (tweede variant);

— de uitvoering met welke middelen dan ook van een *werk* [13] dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet (derde variant).

21. De richtlijn preciseert onmiddellijk daarna dat een „werk" [14] „het product [is] van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen".

22. Er zij van meet af aan op gewezen dat de taalversies van de richtlijn een aantal niet onbelangrijke verschillen vertonen.

23. Om te beginnen zijn er verschillen als gevolg van het feit dat de terminologie die binnen de drie genoemde varianten wordt

10 — Evenwel niet in alle versies: zo komt de tweede variant niet in de Portugese versie voor.

11 — Duits: „von Bauvorhaben"; Engels: „of works"; Frans: „de travaux"; Spaans: „de obras"; Italiaans: „di lavori"; Portugees: „de trabalhos"; Grieks: „εργασιών".

12 — Duits: „eines Bauwerks"; Engels: „a work"; Frans: „d'un ouvrage"; Spaans: „de una obra"; Italiaans: „di un'opera"; Grieks: „ενός έργου".

13 — Duits: „einer Bauleistung"; Engels: „of a work"; Frans: „d'un ouvrage"; Spaans: „de una obra"; Italiaans: „di un'opera"; Portugees: „de uma obra"; Grieks:„ενός έργου".

14 — Duits: „Bauwerk"; Engels: „work"; Frans: „ouvrage"; Spaans: „obra"; Italiaans: „opera"; Portugees: „obra"; Grieks: „έργο".

gebruikt, niet altijd coherent is. Dit blijkt in het bijzonder uit de vergelijking van de in een aantal taalversies gebruikte woorden, zoals aangegeven in de noten bij de betrokken varianten.

24. Bovendien wordt de Duitse versie door nog twee andere belangrijke verschillen gekenmerkt. Ten eerste heet het in de derde variant dat de daarin voorziene activiteit „door derden" (durch Dritte) moet worden uitgevoerd; die precisering ontbreekt in de andere taalversies. [15] Ten tweede wordt de in de derde variant bedoelde activiteit niet als „werk" (Bauwerk), maar als „bouwactiviteit" (Bauleistung) aangeduid. Dit heeft tot gevolg dat de daarna volgende definitie van „werk" in de Duitse tekst enkel op de tweede en niet op de derde variant van toepassing lijkt. [16]

25. Tegen de achtergrond van de genoemde formuleringsproblemen zou het allerminst een goed idee zijn om de „juiste" uitlegging van de bepalingen aan de hand van een strikt letterlijke en bovendien misschien tot slechts één taalversie beperkte analyse te willen achterhalen. In feite kan de betekenis van de bepalingen alleen worden achterhaald op basis van een systematische en een teleologische uitlegging gekoppeld aan een flinke dosis gezond verstand.

IV — Juridische analyse

A — *Inleidende beschouwing: het begrip opdracht voor openbare werken*

26. Om een zo volledig mogelijk antwoord op de vragen van de verwijzende rechter te kunnen geven, dienen eerst de wezenlijke kenmerken van een opdracht voor werken te worden vastgesteld.

27. Van meet af aan zij erop gewezen dat het een begrip betreft dat uitsluitend tot het gemeenschapsrecht behoort, zodat de kwalificatie van een geval op basis van het nationale

15 — Ik wijs evenwel erop dat, zoals ter terechtzitting met name de Oostenrijkse regering heeft opgemerkt, de toevoeging in de Duitse tekst deze concreet wellicht gewoon „nauwkeuriger" in plaats van afwijkend ten opzichte van de andere taalversies maakt. Gelet op de structuur van de betrokken bepaling, lijkt het óók onder verwijzing naar de andere taalversies inderdaad moeilijk een tot de derde variant behorend geval te bedenken waarbij de werken niet door een „derde" worden uitgevoerd. Hoe dan ook zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de in een bepaalde taalversie van een gemeenschapsbepaling gebruikte andersluidende formulering niet als enige grondslag voor de uitlegging van die bepaling kan dienen; evenmin kan er in zoverre voorrang aan worden toegekend boven de andere taalversies. Zie in dit verband bijvoorbeeld arresten van 27 maart 1990, Cricket St. Thomas (C-372/88, Jurispr. blz. I-1345, punt 18), en 19 april 2007, Velvet & Steel Immobilien (C-455/05, Jurispr. blz. I-3225, punt 19).

16 — Die specifieke kenmerken van de Duitse versie zijn al aanwezig in richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 210, blz. 1). Bij richtlijn 89/440 werd de huidige „drieledige" definitie van de overheidsopdracht voor werken voor het eerst in de communautaire rechtsorde ingevoerd.

recht van een lidstaat in dit verband niet relevant is. [17]

28. Wat het voorwerp van de opdracht betreft, onderscheidt richtlijn 2004/18, zoals gezegd, drie basissoorten. Samenvattend kan evenwel worden gesteld dat volgens artikel 1 van deze richtlijn onder het begrip opdracht voor openbare werken enerzijds de uitvoering van specifieke werkzaamheden van de in bijlage I bij de richtlijn genoemde soorten en anderzijds de verwezenlijking van werken valt. Met andere woorden omvat het begrip zowel bouwactiviteiten, ongeacht of het resultaat daarvan een definitieve en/of afgewerkte zaak is, als de verwezenlijking — eventueel door derden — van specifieke „voltooide" zaken. Dergelijke zaken, waarvan de richtlijn benadrukt dat het om „voltooide" zaken gaat doordat zij „een economische of technische functie" vervullen, worden doorgaans als „werken" aangeduid.

29. De vraag of de te beoordelen concrete situaties al dan niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 vallen, moet uiteraard geval per geval worden onderzocht. Algemeen ben ik evenwel van mening dat het probleem of aan de objectieve voorwaarden voor toepassing van de richtlijn is voldaan, in het merendeel van de gevallen kan worden opgelost op grond van een flexibele benadering die niet is gebaseerd op de in de meeste taalversies van artikel 1 gehanteerde driedeling, maar op de tweedeling werkzaamheden/werken zoals in het vorige punt uiteengezet.

30. Ongeacht de gevolgde benadering, mag evenwel niet worden vergeten dat een aspect dat álle opdrachten voor openbare werken kenmerkt, het aspect „bouw" is. Met andere woorden moeten de verrichte activiteiten de realisatie van zaken omvatten. De gewone koop en verkoop van reeds bestaande zaken is inderdaad uitdrukkelijk van de werkingssfeer van de richtlijn uitgesloten. [18]

31. Artikel 1 van de richtlijn noemt uitdrukkelijk nog andere wezenlijke kenmerken van een opdracht voor werken. Daarin heet het namelijk dat de opdracht voor werken *een overeenkomst* is die *schriftelijk* en *onder bezwarende titel* wordt gesloten. Laatstgenoemd kenmerk impliceert dus dat tegenover de prestatie van de opdrachtnemer een tegenprestatie van het openbaar bestuur staat, die niet noodzakelijkerwijs uit geld moet bestaan

17 — Zie arrest Auroux e.a., aangehaald in voetnoot 6 (punt 40).

18 — Zie artikel 16 van de richtlijn.

maar alleszins economisch begrootbaar moet zijn. [19]

32. Zoals bekend, voorziet de richtlijn evenwel in een alternatief voor het „typische" model waarbij het openbaar bestuur de maker van een bouwwerk betaalt (in ruime zin, zoals gezegd). In dat alternatieve model, namelijk de concessieovereenkomst voor openbare werken, bestaat „de tegenprestatie voor de uit te voeren werken […] hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs". Volgens de verwijzende rechter moet in onderhavig geval de regeling inzake de concessieovereenkomsten voor openbare werken worden toegepast, aangezien het openbaar bestuur zich ertoe beperkt de ondernemer die de bouwwerken wil uitvoeren, het volle genot — volgens de regels van het eigendomsrecht — van de resultaten van zijn bouwactiviteiten te verschaffen. Op dit probleem zal later nader worden ingegaan, met name in het kader van de analyse van de zevende prejudiciële vraag.

33. Een andere opmerking die moet worden gemaakt, betreft het doel dat de overheid nastreeft met de werken en/of werkzaamheden die zij wil uitvoeren. Zoals het Hof in zijn rechtspraak al heeft kunnen verduidelijken, is het nagestreefde doel voor de toepasselijkheid van de richtlijn irrelevant. [20] Derhalve is uitsluitend het vervuld zijn van de in de richtlijn gestelde objectieve voorwaarden van belang.

34. Dat het voor de gemeenschapsregeling niet uitmaakt welke doelen de overheid in een concreet geval nastreeft, valt te verklaren doordat het communautaire aanbestedingsrecht, zoals uit de punten van de considerans van de richtlijn blijkt, in de eerste plaats beoogt de beperkingen van de fundamentele vrijheden op te heffen en een daadwerkelijke mededinging te bevorderen. [21] Beslissend is bijgevolg het perspectief van degenen die bij de uitvoering van de werken belang zouden kunnen hebben en voor hen — zoveel is duidelijk — is het door het openbaar bestuur nagestreefde doel irrelevant.

35. De ruime en ambitieuze doelstellingen van de richtlijn, die bij de uitlegging ervan weliswaar in het achterhoofd moeten worden gehouden, mogen met een beroep op het doel

19 — In plaats van een som geld te betalen kan het openbaar bestuur bijvoorbeeld een vrijstelling van betaling van bepaalde belastingen verlenen: zie arrest Ordine degli Architetti e.a., aangehaald in voetnoot 4 (punten 76-86).

20 — Arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Jurispr. blz. I-73, punt 32). Zie ook arresten van 18 november 2004, Commissie/Duitsland (C-126/03, Jurispr. blz. I-11197, punt 18), en 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 26).

21 — Zie met name punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18 en voorheen de tweede en de tiende overweging van de considerans van de ingetrokken richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54). Zie op dit punt ook arrest Ordine degli Architetti e.a., aangehaald in voetnoot 4 (punt 52), en arrest van 12 december 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 51, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

van die tekst evenwel niet tot de conclusie leiden dat de werkingssfeer ervan onbeperkt kan worden uitgebreid. In het bijzonder zij opgemerkt dat een aantal sectoren waarvoor de richtlijn niet geldt, in de tekst zelf wordt genoemd; ik verwijs hiervoor met name naar de artikelen 10 tot en met 16. Bijgevolg kan een uitsluitend „functionele" uitlegging van de richtlijn, waarbij alleen rekening wordt gehouden met de wezenlijke doelstellingen daarvan, niet worden aanvaard.

36. In de optiek van de „functionele" uitlegging, waarvan vooral de Commissie voorstandster lijkt te zijn, rijst namelijk een belangrijk probleem wanneer moet worden vastgesteld op basis van welke parameter de richtlijn toepassing moet vinden. De Commissie geeft zelf aan dat haar voornaamste bezwaar erin bestaat dat sommigen in een voordeelpositie kunnen komen te verkeren zonder dat zij eerst in dezelfde situatie zijn geplaatst als anderen die eventueel bij de verwerving van een dergelijke positie belang hebben. In gevallen als het aan de orde zijnde zou de voordeelpositie ontstaan uit de toename van de waarde van een stuk grond doordat het openbaar bestuur toestaat dat daarop bouwactiviteiten plaatsvinden. Volgens de uitlegging van de Commissie zou bijgevolg iedere „waardetoename" van onroerend goed, wanneer die aan een activiteit van de overheid kan worden toegerekend, aan de bepalingen van de richtlijn moeten worden onderworpen. Het is evenwel duidelijk dat wanneer dit standpunt wordt gevolgd, het gevaar bestaat dat ook de — weliswaar absurde — hypothese moet worden aanvaard dat *elke stedenbouwkundige activiteit* onder de richtlijn valt. De maatregelen waarmee de bebouwingsmogelijkheid wordt geregeld, wijzigen immers per definitie en zelfs substantieel de waarde van de grond waarop zij betrekking hebben.

37. Dit extreme standpunt wordt in werkelijkheid door niemand ingenomen. Het zij evenwel benadrukt dat een dergelijk standpunt het logische gevolg is van een uitsluitend functionele uitlegging van de richtlijn.

38. Zoals bekend, heeft het Hof in zijn rechtspraak op een aantal gebieden inderdaad uitdrukkelijk een „functionele" uitlegging van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen gevolgd. Op het gebied van het aanbestedingsrecht is dit in het bijzonder met betrekking tot de begrippen „aanbestedende dienst" en „publiekrechtelijke instelling" gebeurd.[22] In dit verband zij evenwel eerst en vooral erop gewezen dat in die gevallen de functionele uitlegging werd gebruikt om de strekking van een bepaald begrip te verduidelijken en niet om algemeen de werkingssfeer van het volledige aanbestedingsrecht af te bakenen. Voorts werd in de genoemde gevallen met de functionele uitlegging in wezen beoogd grote lacunes te voorkomen, als gevolg waarvan veel ruimte voor misbruik zou zijn ontstaan. Ik verwijs hierbij bijvoorbeeld naar het geval waarin een vennootschap de typische functie van een publiekrechtelijke instelling had

22 — Zie bijvoorbeeld arrest Universale-Bau e.a., aangehaald in voetnoot 22 (punt 53), alsmede arresten van 13 december 2007, Bayerischer Rundfunk e.a. (C-337/06, Jurispr. blz. I-11173, punt 37), en 10 april 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Jurispr. blz. I-2339, punt 37).

overgenomen na haar oprichting en zonder aanpassing van haar statuten [23], of naar dat waarin de openbare financiering (in de betrokken zaak: van een omroeporganisatie) niet door rechtstreekse betaling van overheidsmiddelen, maar via oplegging van een bijdrageverplichting aan alle bezitters van een ontvangtoestel plaatsvond. [24]

39. Mijns inziens is het dus duidelijk dat de werkingssfeer van de richtlijn in de eerste plaats veeleer moet worden afgebakend op grond van de objectieve voorwaarden die in de richtlijn zelf worden genoemd. Dit betekent uiteraard niet dat de uitlegger elke overweging van „functionele" aard moet schuwen. In werkelijkheid zijn bij uitlegging de door de richtlijn nagestreefde doelen duidelijk één van de belangrijkste referentiepunten [25]. Zij kunnen echter niet de enige referentieparameter vormen en niet in de weg staan aan de wil van de wetgever om de werkingssfeer van de regeling af te bakenen.

40. Nu ga ik over tot het onderzoek van de prejudiciële vragen. Wegens hun logische onderlinge samenhang, zal ik eerst op de eerste, de tweede, de vijfde en de zesde vraag ingaan.

23 — Arrest Universale-Bau e.a., aangehaald in voetnoot 22.

24 — Arrest Bayerischer Rundfunk e.a., aangehaald in voetnoot 23. Zie in verband met een soortgelijke situatie ook arrest van 11 juni 2009, Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, Jurispr. blz. I-4779, punt 57).

25 — Zie bijvoorbeeld arresten van 17 november 1983, Merck (292/82, Jurispr. blz. 3781, punt 12), 14 oktober 1999, Adidas (C-223/98, Jurispr. blz. I-7081, punt 23), en 7 juni 2005, VEMW e.a. (C-17/03, Jurispr. blz. I-4983, punt 41).

B — *Eerste en tweede vraag*

41. Met zijn eerste twee prejudiciële vragen, die samen kunnen worden onderzocht, verzoekt de verwijzende rechter het Hof, te verduidelijken of het in het algemeen voor het bestaan van een overheidsopdracht voor werken in de zin van richtlijn 2004/18 nodig is dat de opdracht betrekking heeft op een zaak die materieel door het openbaar bestuur wordt aangekocht en hem rechtstreeks economisch voordeel oplevert. Indien het antwoord bevestigend luidt, dat wil zeggen wanneer — in de bewoordingen van de verwijzende rechter — „het aspect van de aankoop niet mag ontbreken", wenst hij te vernemen of dat aspect al dan niet kan worden gezien in het louter en algemeen nastreven van een openbaar doel, bijvoorbeeld een zekere stedenbouwkundige ontwikkeling van het gemeentelijke grondgebied.

1. Standpunten van partijen

42. De standpunten van de partijen die opmerkingen in de onderhavige zaak hebben ingediend, zijn nogal uiteenlopend.

43. Enerzijds betoogt de Duitse regering nadrukkelijk, op dat punt gesteund door de Bundesanstalt en in grote mate door de

Oostenrijkse regering, dat er van een opdracht voor openbare werken slechts sprake kan zijn wanneer aan het aankoopaspect is voldaan. In werkelijkheid zet de Duitse regering uiteen dat het niet noodzakelijkerwijs om een materiële aankoop moet gaan en dat ook een gewoon economisch voordeel voor het openbaar bestuur kan volstaan. Wat volgens de Duitse regering echter niet volstaat, is het louter en algemeen nastreven van een openbaar doel, zoals in onderhavig geval. Met betrekking tot het arrest Auroux e.a. van het Hof, dat, zoals gezegd, één van de steunpilaren voor het standpunt van de nationale rechter is, merkt de Duitse regering op dat in de zaak die tot dat arrest heeft geleid, voorzienbaar was dat het openbaar bestuur rechtstreeks economisch voordeel zou behalen, zodat het Hof het niet nodig heeft geoordeeld, zijn aandacht op dat punt te richten. Dit mag evenwel niet aldus worden begrepen dat niet aan het vereiste van het economisch voordeel moet worden voldaan. Dit vereiste wordt weliswaar niet uitdrukkelijk in de richtlijn genoemd, maar maakt impliciet deel uit van de algemene opzet daarvan. Met betrekking tot de argumenten die zijn gebaseerd op de noodzaak om de nuttige werking van de richtlijn te waarborgen en het risico op misbruik te voorkomen, stelt de Duitse regering dat die niet ertoe mogen leiden dat de richtlijn op steelse wijze buiten haar natuurlijke werkingssfeer wordt toegepast. Aan de eventuele noodzaak om misbruik buiten de sector van de overheidsopdrachten te voorkomen, moet met andere rechtsinstrumenten dan met richtlijn 2004/18 worden tegemoetgekomen.

44. Haaks op de mening van de Duitse regering staat daarentegen die van de Commissie. Voor het verstrekken van een antwoord aan de verwijzende rechter is volgens de Commissie met name alleen beslissend dat de bewoordingen van de richtlijn het bestaan van een opdracht voor openbare werken niet afhankelijk stellen van de voorwaarde dat het openbaar bestuur iets koopt van een derde. Werd verlangd dat aan het aankoopaspect was voldaan, dan zou dat er dus op neerkomen dat een voorwaarde werd ingevoerd waarin de tekst van de toepasselijke bepalingen niet voorziet.

45. De Nederlandse regering, ten slotte, neemt een tussenstandpunt in. In het bijzonder is deze regering van mening dat er voor een overheidsopdracht voor werken, hoewel het — ook in het licht van de rechtspraak van het Hof — niet noodzakelijk is dat het werk door het openbaar bestuur wordt aangekocht, toch sprake moet zijn van een rechtstreeks economisch belang van het openbaar bestuur. Dit rechtstreeks economisch belang kan naargelang van het geval met name zowel bestaan uit een economisch voordeel voor het openbaar bestuur als uit datgene wat de Nederlandse regering omschrijft als een door dat bestuur gedragen „risico van verlies". In het aan de verwijzende rechter voorgelegde geval is er volgens de Nederlandse regering geen sprake van een dergelijk economisch belang, of kan althans niet uit de door de nationale rechter verstrekte gegevens worden afgeleid dat daarvan sprake zou zijn.

2. Beoordeling

46. Mijns inziens houdt de juiste uitlegging van richtlijn 2004/18 het midden tussen de twee „extreme" standpunten van de Duitse regering en de Commissie. Anderzijds deel ik het standpunt van de Nederlandse regering evenmin ten volle, dat mij voor de definitie van het begrip overheidsopdracht voor werken teveel op een economisch aspect gesteund lijkt.

47. Om de aan het Hof voorgelegde vraag te kunnen beantwoorden, is het mijns inziens belangrijk dat van de juiste uitlegging van het reeds aangehaalde arrest Auroux e.a. wordt uitgegaan. [26] Zoals bekend, had in die zaak een gemeentebestuur de uitvoering van een ruimtelijkeordeningsproject zonder aanbesteding aan een tweede aanbestedende dienst toegewezen. In die context had de tweede aanbestedende dienst ten dele met door de gemeente ter beschikking gestelde middelen verschillende bouwwerken moeten realiseren, die deels aan derden zouden worden verkocht en deels aan het gemeentebestuur zouden worden overgedragen. Het Hof heeft beslist dat het in die situatie om een overheidsopdracht voor werken ging, ongeacht of daarbij al dan niet was bepaald dat de eerste aanbestedende dienst, dat wil zeggen de gemeente, eigenaar werd van het gehele uit te voeren bouwwerk of van een gedeelte daarvan. [27]

48. Zoals de Duitse regering opmerkt, leed het in de omstandigheden van die zaak inderdaad geen twijfel dat een aantal van de uit te voeren werken het gemeentebestuur althans ten dele rechtstreeks ten goede kwam. De vrij ruime bewoordingen van het Hof sluiten mijns inziens evenwel evenzeer uit dat de rechtstreekse aankoop ten behoeve van een openbaar bestuur als een voorwaarde voor een opdracht voor openbare werken moet worden beschouwd.

49. Anderzijds moet echter de aandacht worden gevestigd op een ander kenmerk van de aangehaalde zaak, namelijk dat het gemeentebestuur een aanzienlijke geldsom had betaald en zich rechtstreeks tot de tweede aanbestedende dienst had gewend om uitvoering van de gewenste werken te verkrijgen.

50. Hoewel het begrip overheidsopdracht voor werken ruim moet worden uitgelegd teneinde mogelijke misbruiken te voorkomen, kan het, zoals reeds uiteengezet, niet onbeperkt worden verruimd. [28] Bij een dergelijke „functionalistische" uitlegging mag niet zonder meer aan de grenzen van de werkingssfeer van de richtlijn worden voorbijgegaan. Hoewel het hoofddoel van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten immers inderdaad erin bestaat, de mededinging tussen ondernemingen te bevorderen en de markten open te stellen, is het tevens juist dat buiten

26 — Aangehaald in voetnoot 6.
27 — Ibidem, punt 47.
28 — Zie punten 35 e.v. supra.

de werkingssfeer van de richtlijn dat doel met andere passende wetgevingsinstrumenten moet worden nagestreefd, zonder dat de werkingssfeer van de bepalingen inzake overheidsopdrachten te zeer wordt verruimd.

51. De grenzen van die werkingssfeer — die absolute grenzen voor de toepasselijkheid van de bepalingen van de richtlijn moeten vormen — dienen dus met een zekere nauwkeurigheid te worden afgebakend.

52. Mijns inziens kan uit een totaalbeschouwing van de tekst van de toepasselijke bepalingen en op grond van de uitlegging die het Hof tot op heden daarvan heeft gegeven, het basisbeginsel worden afgeleid dat een bepaalde activiteit slechts onder het recht inzake overheidsopdrachten voor werken valt, wanneer er tussen het openbaar bestuur en de uit te voeren werkzaamheden of werken een solide *rechtstreeks verband* bestaat. Dat verband vloeit normaliter voort uit het feit dat de werkzaamheden of de werken worden uitgevoerd nadat het openbaar bestuur een initiatief in dat kader heeft genomen.

53. Anders dan de verwijzende rechter aanneemt, is een louter immaterieel en indirect voordeel dus niet voldoende. Evenmin kan het enkele feit volstaan dat de te beoordelen activiteit algemeen strookt met het openbaar belang. Er zij namelijk op gewezen dat wanneer een openbaar bestuur een vergunning voor de activiteit moet afgeven (wat doorgaans bij alle bouwactiviteiten het geval is), het dat slechts kan doen indien de activiteit zelf duidelijk in overeenstemming is met het openbaar belang, dat voor de overheid de referentieparameter bij de verlening van vergunningen vormt. Het algemene bestaan van een openbaar belang, dat de verlening van een vergunning voor de uitvoering van de activiteit rechtvaardigt, kan dus niet het beslissende criterium vormen om uit te maken welke gevallen binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen, omdat die dan op een ongecontroleerde wijze zou worden uitgebreid. In het bijzonder mag niet uit het oog worden verloren dat een bouwvergunning, dat wil zeggen de typische uitdrukking van de bevoegdheden van het bestuur op *objectief* stedenbouwkundig gebied, doorgaans enkel een beperking opheft op de uitvoering van een initiatief dat van een particulier en niet van het openbaar bestuur uitgaat.

54. Naar mijn mening kan het vereiste van het bestaan van een rechtstreeks verband tussen het openbaar bestuur en de uit te voeren werken of werkzaamheden de naar hun aard tegengestelde imperatieven om misbruik te voorkomen enerzijds en een ongecontroleerde uitbreiding van de werkingssfeer van

de richtlijn te vermijden anderzijds onderling in overeenstemming brengen. In het bijzonder maakt die oplossing het mogelijk de beslissing van het Hof in het reeds meermaals aangehaalde arrest Auroux e.a. volkomen in acht te nemen, namelijk dat de aankoop van de werken door het bestuur geen noodzakelijke voorwaarde is voor de toepassing van de voorschriften inzake overheidsopdrachten. Op dat arrest kan evenwel geen beroep worden gedaan ter rechtvaardiging van een benadering die volledig voorbijgaat aan een solide band tussen de overheid en de uit te voeren werken. Juist het criterium van het rechtstreekse verband kan mijns inziens een passende uitdrukking van die noodzakelijke band vormen.

55. Een dergelijk rechtstreeks verband kan uiteraard eerst en vooral worden vastgesteld in situaties waarin het openbaar bestuur de eigendom van de te realiseren zaak rechtstreeks verkrijgt. Het gaat uiteraard om het meest typische geval en onder dat referentiemodel valt het merendeel van de gevallen waarin de richtlijn toepassing moet vinden. Met die typische situatie moeten ook de situaties worden vergeleken waarin de te realiseren zaken, hoewel die niet de eigendom van het openbaar bestuur worden, voor dit bestuur toch een *rechtstreeks economisch voordeel* opleveren. Daarbij kan het bijvoorbeeld gaan om gevallen waarin de overheid op de gerealiseerde zaken een recht verkrijgt dat weliswaar geen eigendomsrecht is maar toch — althans in een zekere mate — het gebruik van dat werk toestaat.

56. Een tweede categorie gevallen die wordt gekenmerkt door een rechtstreeks verband tussen het openbaar bestuur en de uit te voeren werken of werkzaamheden, kan mijns inziens worden gevonden in de situaties waarin het openbaar bestuur voor de uitvoering van de werkzaamheden en/of de werken publieke middelen inzet. In het merendeel van de gevallen gaat het uiteraard om situaties die tevens tot de eerste, in het vorige punt genoemde categorie behoren, aangezien in het meest klassieke model waarbij voor de uitvoering van werkzaamheden of werken publieke middelen worden gebruikt, dat wil zeggen in dat van de opdracht, de overheid betaalt om de eigendom te verkrijgen van de zaken die zullen worden gerealiseerd. Zoals uiteengezet, kunnen overigens ook bij het concessiemodel publieke middelen worden ingezet, maar niet ten bedrage van de volledige waarde van de uit te voeren werken of werkzaamheden.

57. Deze tweede categorie gevallen omvat echter ook situaties waarin het openbaar bestuur voor het ter beschikking stellen van geld of andere publieke middelen niet de eigendom van de te realiseren zaken verkrijgt. Zoals het Hof in het arrest Auroux e.a. heeft uiteengezet, is eigendomsverkrijging immers geen onontbeerlijk aspect. Voorts lijkt het volstrekt in overeenstemming met de vereisten van billijkheid en van eerbiediging van de in de richtlijn neergelegde basisbeginselen dat, wanneer de overheid voornemens is publieke middelen in te zetten, de ontvangers van deze middelen met inachtneming van de

door de richtlijn geboden waarborgen worden geselecteerd.

58. Het spreekt voor zich dat tot deze categorie ook de situaties behoren waarin de ingezette publieke middelen niet van pecuniaire aard zijn. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geval waarin in het kader van de uitvoering van de werken of de werkzaamheden publieke gronden om niet of tegen een lagere prijs dan de marktprijs ter beschikking van de opdrachtnemer of de concessiehouder worden gesteld.

59. Een derde categorie gevallen met een rechtstreeks verband tussen het openbaar bestuur en de uit te voeren werkzaamheden of werken is een restgroep en betreft situaties waarin die werken en/of werkzaamheden, buiten de eerste of de tweede categorie om, hoe dan ook het resultaat van een initiatief van het openbaar bestuur zelf zijn. Een dergelijk geval doet zich in het bijzonder voor wanneer de overheid eigener beweging een procedure start die tot de uitvoering van de werken of de werkzaamheden leidt. Een situatie van dit type werd door het Hof beoordeeld in het reeds aangehaalde arrest Auroux e.a. [29]

60. De derde en laatste categorie vergt evenwel een belangrijke precisering. De in die context door het openbaar bestuur verrichte activiteit moet verder gaan dan de gewone uitoefening van de bevoegdheden die hem doorgaans op stedenbouwkundig gebied zijn verleend. Alleen zó kan namelijk een duidelijke scheidslijn worden getrokken tussen de binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallende activiteiten en de daarentegen als zodanig van die werkingssfeer uitgesloten „normale" stedenbouwkundige activiteiten. Concreet staat het aan de nationale rechter geval per geval te beoordelen welk type activiteit het openbaar bestuur ontplooit.

61. In dit kader valt niet uit te sluiten dat ook een zekere mate van ruimtelijke ordening van het grondgebied het voorwerp van een binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallende opdracht kan vormen, mits evenwel tussen het openbaar bestuur en de uit te voeren werkzaamheden of werken een rechtstreeks verband in de in de vorige punten aangegeven zin bestaat. Het louter nastreven van het openbaar belang door uitoefening van de gewone stedenbouwkundige bevoegdheden volstaat niet om tot de toepassing van de gemeenschapsvoorschriften inzake opdrachten en concessies te leiden.

62. In het onderhavige geval staat het uiteraard aan de verwijzende rechter, te beoordelen of er van een dergelijk rechtstreeks verband al dan niet sprake is. Op basis van de gegevens die de nationale rechter het Hof heeft verstrekt, lijkt het mij echter moeilijk denkbaar

29 — Aangehaald in voetnoot 6 (punt 42).

dat het bestaan van een rechtstreeks verband kan worden aangenomen. Enerzijds zal het openbaar bestuur, zoals onbetwist lijkt, in onderhavig geval namelijk noch een bouwwerk noch een rechtstreeks economisch voordeel verkrijgen. Evenmin lijken de andere mogelijke situaties zich voor te doen waarin een rechtstreeks verband kan worden vastgesteld, nu de gemeente Wildeshausen geen concreet initiatief ter uitvoering van de werken heeft genomen, maar enkel de diverse haar voorgelegde projecten heeft beoordeeld en in het kader van de bouw ook geen uitgaven heeft moeten doen. Dergelijke op een verband wijzende aspecten zijn ook met betrekking tot de Bundesanstalt niet terug te vinden.

C — *Vijfde en zesde vraag*

1. Argumenten van partijen

63. De vijfde en de zesde prejudiciële vraag betreffen alleen de derde „variant" van het begrip overheidsopdracht voor werken [30] en stellen met betrekking tot die variant in zekere mate de in het kader van de eerste en met name van de tweede vraag opgeworpen problemen opnieuw aan de orde.

64. Met zijn vijfde vraag wenst de verwijzende rechter meer bepaald te vernemen of de „door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen" in de zin van de genoemde variant gewoon kunnen bestaan in het feit dat het openbaar bestuur bevoegd is te waarborgen dat de uit te voeren werken beantwoorden aan een openbaar belang.

65. Met de zesde vraag verzoekt hij het Hof integendeel te verduidelijken of de genoemde „door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen" feitelijk kunnen bestaan in de aan het openbaar bestuur verleende bevoegdheid om de bouwprojecten te toetsen en goed te keuren.

66. Alle partijen die opmerkingen hebben ingediend — met als enige voor de hand liggende uitzondering Helmut Müller — zijn het er in beginsel over eens dat in een situatie als die in het hoofdgeding niet aan de voorwaarden voor een opdracht voor openbare werken in de zin van de derde variant is voldaan.

67. Meer in het bijzonder benadrukken de Commissie alsmede de Nederlandse en de Franse regering de noodzaak om een onderscheid te maken tussen een „actieve" rol van het openbaar bestuur, waarbij dit het initiatief tot de uitvoering van de werken neemt — of

30 — Zie punt 20 supra.

in elk geval een beslissende invloed uitoefent — en een zuiver „passieve" rol, waarbij de overheid zich beperkt tot het goedkeuren van particuliere projecten en het houden van toezicht daarop. In dit tweede geval gaat het niet om een overheidsopdracht, maar hoogstens om de uitvoering door het openbaar bestuur van zijn gewone taken op het vlak van planning, goedkeuring, toezicht, enz.

68. Van haar kant baseert de Duitse regering haar standpunt op de overweging dat ook voor de derde variant van het begrip overheidsopdracht voor werken moet zijn voldaan aan de voorwaarden die volgens haar voor de eerste twee varianten moeten zijn vervuld, waaronder met name die inzake een rechtstreeks economisch voordeel voor het openbaar bestuur.

2. Beoordeling

69. De keuze van de verwijzende rechter om bij de formulering van zijn vragen aan het Hof een opsplitsing te maken tussen de problematiek in verband met de eerste twee varianten van het begrip overheidsopdracht voor werken, die met name het voorwerp van de tweede vraag vormt, en die in verband met de derde variant, die in de vijfde en de zesde vraag centraal staat, berust mijns inziens op de bedoeling om uit de bewoordingen van de derde variant een aanzienlijke uitbreiding van de werkingssfeer van de richtlijn af te leiden.

70. Het staat inderdaad buiten kijf, zoals overigens duidelijk in de opmerkingen van de Commissie is uiteengezet, dat de derde variant van het begrip overheidsopdracht voor werken concreet in het leven is geroepen om omzeiling van de wettelijke regeling te voorkomen, doordat hij verschillende types gevallen kan dekken die vooraf niet uitputtend konden worden vastgesteld.

71. Zoals ik hoger al heb gezegd, kunnen de bewoordingen van de tekst van de toepasselijke bepalingen echter niet worden aangegrepen om de strekking ervan op volstrekt ongecontroleerde wijze uit te breiden. In het bijzonder zou de werkingssfeer van de richtlijn al te zeer worden verruimd, wanneer de „door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen" alle aan de overheid toekomende taken op het vlak van bouwvergunningen en stadsplanning konden omvatten.

72. In werkelijkheid moeten ook in het kader van de derde variant de overwegingen gelden die ik hiervóór in verband met de eerste twee prejudiciële vragen heb uiteengezet. Er is geen enkele reden om aan te nemen dat, om richtlijn 2004/18 te kunnen toepassen, in het kader van de derde variant tussen het

openbaar bestuur en de uit te voeren werken geen rechtstreeks verband moet bestaan.

D — *Gedeeltelijke conclusie*

73. Tot besluit van mijn analyse van de eerste, de tweede, de vijfde en de zesde prejudiciële vraag geef ik het Hof bijgevolg in overweging om deze aldus te beantwoorden dat van een overheidsopdracht voor werken of van een concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van richtlijn 2004/18 slechts sprake kan zijn wanneer er tussen de aanbestedende dienst en de uit te voeren werkzaamheden of werken een rechtstreeks verband bestaat. Dat rechtstreekse verband kan met name bestaan in het feit dat het werk bestemd is om door het openbaar bestuur te worden aangekocht of dat het hem rechtstreeks economisch voordeel oplevert, dan wel in het feit dat de aanbestedende dienst het initiatief tot de uitvoering heeft genomen of ten minste een gedeelte van de kosten daarvoor draagt.

E — *Derde en vierde vraag*

74. De derde en de vierde vraag van het Oberlandesgericht Düsseldorf zijn in wezen erop gericht te vernemen of het voor het begrip overheidsopdracht voor werken wezenlijk is dat de opdrachtnemer zich tot uitvoering van de werken of de werkzaamheden verbindt. Deze op het eerste gezicht eigenaardige vragen vallen te verklaren doordat in de bij de nationale rechter aanhangige zaak onbetwist is dat de verkrijger van de gronden bij de aankoop daarvan geen bouwverplichting op zich heeft genomen.

75. Nagenoeg alle partijen die opmerkingen hebben ingediend zijn het er algemeen over eens dat deze vragen bevestigend moeten worden beantwoord, zonder dat uit hun standpunten wezenlijke verschillen naar voren komen. Alleen de vennootschap Helmut Müller, verzoekster in het hoofdgeding, stelt het Hof om voor de hand liggende redenen voor, integendeel de zienswijze van de verwijzende rechter te volgen, dat een dergelijke verplichting niet noodzakelijk is.

76. Mijns inziens is het evenwel duidelijk dat deze vragen bevestigend moeten worden beantwoord en dat, wil er van een overheidsopdracht voor werken of van een concessieovereenkomst voor openbare werken sprake zijn, van de verplichting tot uitvoering van de werkzaamheden en/of de werken niet kan worden afgezien.

77. Dit volgt eerst en vooral uit richtlijn 2004/18, die, zoals uiteengezet, de overheidsopdracht voor werken als een overeenkomst

onder bezwarende titel omschrijft. Aan dit begrip ligt dus het idee ten grondslag van een uitwisseling van prestaties tussen de aanbestedende dienst, die een prijs betaalt (of, subsidiair, een gebruiksrecht verleent), en de opdrachtnemer, die de werkzaamheden of werken moet uitvoeren. De overheidsopdracht heeft dus een voor de hand liggend wederzijds bindend karakter. Het zou duidelijk met dat karakter in tegenspraak zijn, wanneer werd toegestaan dat een opdrachtnemer na toewijzing van de opdracht simpelweg eenzijdig en zonder enig gevolg kon beslissen, de voorziene werken niet uit te voeren. Anders zou een opdrachtnemer uiteindelijk beoordelingsvrijheid met betrekking tot de eisen en de behoeften van de aanbestedende dienst worden verleend.

78. Een andere en begripsmatig afzonderlijke vraag die eveneens door de verwijzende rechter wordt opgeworpen, is of het voor een opdracht voor openbare werken al dan niet noodzakelijk is dat de eventuele verplichting die de opdrachtnemer jegens het openbaar bestuur is aangegaan, juridisch afdwingbaar is. De nationale rechter vraagt met andere woorden of voor de aanbestedende dienst in de mogelijkheid moet zijn voorzien om de opdrachtnemer in voorkomend geval via gerechtelijke weg tot uitvoering te verplichten.

79. Wanneer de verwijzende rechter met deze formulering van het Hof wenst te vernemen of het nationale recht inzake opdrachten voor werken in de zin van richtlijn 2004/18 noodzakelijkerwijs mechanismen moet omvatten waarmee een opdrachtnemer tot uitvoering van de contractueel overeengekomen werken of werkzaamheden kan worden verplicht, moet het antwoord mijns inziens ontkennend luiden, aangezien daarvoor in de richtlijn geen aanwijzingen kunnen worden gevonden.

80. Hieruit volgt echter niet dat aan het eventuele verzuim van de opdrachtnemer geen betekenis kan toekomen. Er mag namelijk niet aan worden voorbijgegaan dat een opdracht voor openbare werken, zoals ik hoger heb uiteengezet, in alle opzichten een overeenkomst is, dat wil zeggen een rechtshandeling die binnen de verscheidenheid van de nationale rechtsstelsels altijd en hoe dan ook wordt gekenmerkt door haar bindend karakter. Zoals de Duitse regering in haar opmerkingen terecht erop wijst, kan er van een opdracht voor openbare werken slechts sprake zijn wanneer de opdrachtnemer contractueel verplicht is de voorziene prestatie te leveren. Welke gevolgen aan een eventueel verzuim moeten worden verbonden, is echter een zaak van het nationale recht. Zo belet niets dat het nationale recht, voor het geval dat een opdrachtnemer zijn verplichtingen niet nakomt, voorziet in de ontbinding van de overeenkomst, de toewijzing van de opdracht aan een andere opdrachtnemer en het recht voor het openbaar bestuur om van de eerste opdrachtnemer simpelweg schadevergoeding te eisen.

81. Ik geef het Hof bijgevolg in overweging om de derde en de vierde prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat de begrippen

overheidsopdracht voor werken en concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van richtlijn 2004/18 veronderstellen dat de opdrachtnemer jegens het openbaar bestuur contractueel verplicht is de overeengekomen prestatie te leveren. De aan een eventueel verzuim van de opdrachtnemer te verbinden gevolgen moeten in het nationale recht worden bepaald.

F — *Zevende vraag*

82. De zevende vraag van de verwijzende rechter houdt in of er van een concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van richtlijn 2004/18 sprake kan zijn wanneer de „concessiehouder" over een eigendomsrecht beschikt dat hem als zodanig reeds het recht verleent om de zaak te gebruiken waarop de concessieovereenkomst betrekking heeft.[31] Meer algemeen betreft de vraag de aanvaardbaarheid, op grond van het gemeenschapsrecht, van een concessieovereenkomst voor onbepaalde tijd.

31 — Strikt genomen refereert de verwijzende rechter in de vraag aan de eigendom *van de grond* waarop de werkzaamheden of de werken moeten worden uitgevoerd. Zoals die rechter in de motivering van zijn beslissing evenwel opmerkt, vloeit naar Duits recht het gebruiksrecht van een gebouw rechtstreeks voort uit het eigendomsrecht met betrekking tot de grond waarop het gebouw wordt opgetrokken. Bijgevolg is het échte aan de vraag ten grondslag liggende probleem dat van de verhouding tussen de concessieovereenkomst en het eigendomsrecht.

1. Standpunten van partijen

83. Het meest duidelijke standpunt over het probleem is dat van de Duitse regering, die de verenigbaarheid van de concessieovereenkomst met het bestaan van een eigendomsrecht algemeen uitsluit, aangezien de concessieovereenkomst per definitie veronderstelt dat de concessiegever houder is van de rechten die aan de concessiehouder worden overgedragen.

84. De Nederlandse en de Oostenrijkse regering sluiten de verenigbaarheid van de concessieovereenkomst met het eigendomsrecht weliswaar niet volstrekt uit, maar zijn van mening dat in casu de rol van het openbaar bestuur te beperkt is geweest om van het bestaan van een concessieovereenkomst te kunnen gewagen. Daarvoor is volgens deze regeringen namelijk nodig dat de overheid de concessiehouder minstens nauwkeurige instructies met betrekking tot de uit te voeren werkzaamheden en/of werken geeft.

85. Enkel de Commissie neemt een opener standpunt in. Op basis van het feit dat voor de concessieovereenkomst voor werken kenmerkend is dat de concessiehouder het aan de uitvoering van de werkzaamheden of de werken verbonden economisch risico draagt, meent zij in het bijzonder dat in onderhavig geval dat economisch risico kan worden gezien in de onzekerheid voor de „concessiehouder" of het openbaar bestuur zijn bouwproject zal aanvaarden, ter verwezenlijking

waarvan hij eerst de grond heeft moeten aankopen.

88. Etymologisch gezien gaat het bij een concessieovereenkomst om de aan iemand verleende mogelijkheid om een zaak te gebruiken waarop hij anders geen recht zou kunnen doen gelden.

2. Beoordeling

86. Althans in beginsel is de zevende vraag in zeker opzicht het meest problematisch. De kwestie van de verenigbaarheid van de concessieovereenkomst voor openbare werken met het eigendomsrecht heeft namelijk zowel uit theoretisch als uit praktisch oogpunt belangrijke implicaties.

89. Van haar kant maakt richtlijn 2004/18 bij de definitie van de concessieovereenkomst voor openbare werken gewoon gewag van een „recht het werk te exploiteren" dat als tegenprestatie aan de uitvoerder van dat werk wordt verleend.

87. De keuze van een openbaar bestuur voor een concessieovereenkomst voor openbare werken kan verschillende redenen hebben. Soms wordt die keuze ingegeven door de bedoeling om van specifieke ervaring van de particuliere sector te profiteren of om bouwwerken efficiënter uit te voeren. Het lijdt evenwel geen twijfel dat de keuze voor de concessieovereenkomst in de meeste gevallen aan eisen van financiële aard beantwoordt. Door van dit mechanisme gebruik te maken, kunnen immers werken van openbaar belang worden uitgevoerd zonder dat dit op de publieke middelen drukt. [32]

90. Hoewel dat „exploitatierecht" ruim kan worden uitgelegd, lijkt het mij, afgaande op de betekenis en de algemene structuur van de betrokken regeling, evenwel uitgesloten dat er van een concessieovereenkomst voor openbare werken sprake kan zijn wanneer de concessiehouder het eigendomsrecht op de uitgevoerde werken wordt verleend.

32 — Zie in verband met die ratio legis de interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (PB 2000, C 121, blz. 2, punt 1.2), en de recentere mededeling van de Commissie van 15 november 2005 aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten [COM(2005) 569 def., punt 1].

91. In de eerste plaats lijkt immers het feit, zoals met name de Duitse regering opmerkt, dat de richtlijn gewag maakt van een exploitatierecht voor de concessiehouder,

logischerwijs te impliceren dat hij geen ruimer recht, zoals het eigendomsrecht, op de zaak kan hebben.

92. Behalve dat een dergelijke situatie moeilijk met de bewoordingen van de regeling valt te rijmen, ontneemt zij de overheid bovendien datgene wat naar mijn mening een van de fundamentele kenmerken van de concessieovereenkomst voor openbare werken is, namelijk de mogelijkheid voor het openbaar bestuur om op een dag eigenaar van de bouwwerken te worden, zij het mogelijk slechts teneinde het recht op exploitatie daarvan opnieuw toe te wijzen.

93. Met andere woorden rijst het probleem niet zozeer als gevolg van de objectieve kenmerken van het eigendomsrecht met betrekking tot de mogelijkheid om het bouwwerk te gebruiken, maar veeleer wegens het feit dat het een principieel in de tijd onbeperkt recht betreft. De concessiehouder mag dus nooit voor onbepaalde tijd met de exploitatie worden belast, ongeacht op grond van welke rechtstitel deze mag plaatsvinden.

94. Voorts mag ook niet worden vergeten dat bij het typische concessiemodel naar gemeenschapsrecht het doorslaggevend onderscheidend kenmerk, dat inzonderheid ter onderscheiding van de concessieovereenkomst enerzijds en de overheidsopdracht anderzijds dient, bestaat in het feit dat de concessie voor de concessiehouder met een economisch risico gepaard gaat, dat daarentegen in het geval van overheidsopdrachten niet bestaat. [33] Om in het onderhavige geval tot het bestaan van een risico van dit type te kunnen concluderen, moet de Commissie dat risico toeschrijven aan het feit dat de overheid in de uitoefening van haar stedenbouwkundige bevoegdheden de belanghebbende na aankoop van de grond de bouwvergunningen voor de geplande werken zou kunnen weigeren. Veeleer dan om een risico in verband met de economische exploitatie van de werken lijkt het bij deze „onzekerheid" om de normale onzekerheid te gaan waarmee iedere particulier te maken krijgt die van een vrijelijk door het openbaar bestuur te nemen besluit afhankelijk is.

95. Voorts vloeit het economische risico dat kenmerkend is voor de in de richtlijn bedoelde concessieovereenkomst voor openbare werken bij nader inzien tevens rechtstreeks voort uit het feit dat de concessieovereenkomst in de tijd beperkt is. Bij een voor onbepaalde tijd geldend recht op de te realiseren zaken kan een economisch risico daarentegen in beginsel altijd worden uitgesloten, omdat

33 — Zie arresten van 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 40), en 13 november 2008, Commissie/Italië (C-437/07, punten 29-31). Daarbij moet het niet noodzakelijkerwijs een groot risico betreffen, aangezien er activiteiten bestaan waarbij dat risico intrinsiek beperkter is Wél moet het om het volledige risico — of althans een aanzienlijk deel daarvan — gaan waaraan het openbaar bestuur zou zijn blootgesteld wanneer het een dergelijke activiteit in eigen beheer zou verrichten (arrest 10 september 2009, Eurawasser, C-206/08, Jurispr. blz. I-8377).

gaandeweg moeilijke periodes voor de exploitatie van de zaken altijd het hoofd kan worden geboden.

96. Ten slotte pleit nog een laatste aspect voor een algemene beperking in de tijd van onder het gemeenschapsrecht vallende concessieovereenkomsten. In de onderhavige conclusie is al meermaals opgemerkt dat het hoofddoel van het communautaire aanbestedingsrecht algemeen erin bestaat, de mededinging zoveel mogelijk te bevorderen door alle beperkingen van de fundamentele vrijheden op te heffen. In die optiek zou erkenning van de mogelijkheid om concessies voor onbepaalde tijd te verlenen betekenen dat ten nadele van de mededinging en de doeltreffendheid de mogelijkheid wordt uitgesloten om de exploitatie van de werken in de toekomst — eventueel door anderen — op een doeltreffender wijze en volgens efficiëntere criteria te laten verzekeren.

97. De gevolgen van het voorgaande zijn tweeërlei. Ten eerste kunnen algemeen gesproken geen concessies voor onbepaalde tijd worden verleend. [34] Ten tweede kan iemand geen concessie worden verleend op een zaak waarvan hij al eigenaar is, tenzij het openbaar bestuur op grond van het nationale recht na verloop van een bepaalde tijd een eigendomsrecht of een soortgelijk recht op die zaak verkrijgt.

98. Tot besluit geef ik het Hof in overweging om de zevende prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat een concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van richtlijn 2004/18 nooit mag voorzien in de verlening aan de concessiehouder van een in de tijd onbeperkt recht op de zaak waarop de concessieovereenkomst betrekking heeft.

G — *Achtste en negende vraag*

99. Ook de achtste en de negende prejudiciële vraag kunnen, gelet op het voorwerp ervan, samen worden onderzocht. Met zijn achtste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of richtlijn 2004/18 reeds moet worden toegepast vanaf het ogenblik dat een openbaar bestuur, hoewel dat nog niet formeel heeft besloten een overheidsopdracht te plaatsen, een stuk grond verkoopt met de bedoeling om later een opdracht met betrekking

34 — Mijns inziens is bijgevolg de supra in voetnoot 7 genoemde nieuwe Duitse wet, waarbij onder meer een definitie van het begrip concessieovereenkomst voor openbare werken is ingevoerd waarin het uitdrukkelijk heet dat het aan de concessiehouder verleende recht in de tijd beperkt is, juist en in overeenstemming met het gemeenschapsrecht.

daartoe te plaatsen. De negende vraag betreft daarentegen de mogelijkheid om de verkoop van de grond en de daaropvolgende plaatsing van de opdracht uit juridisch oogpunt als een eenheid te beschouwen.

100. Zoals blijkt, hebben beide vragen betrekking op de mogelijkheid om op te treden tegen mogelijk rechtsmisbruik dat gericht is op omzeiling van de communautaire aanbestedingsvoorschriften doordat bij de toepassing van de betreffende voorschriften de typische chronologische volgorde die ook de richtlijn hanteert, niet wordt gevolgd.

101. Opgemerkt zij dat het, gelet op de door mij voorgestelde antwoorden op de vorige prejudiciële vragen, in het bijzonder op de zevende daarvan, waarschijnlijk overbodig is de verwijzende rechter ook een antwoord op de achtste en de negende vraag te verstrekken, aangezien de mogelijkheid moet worden uitgesloten dat een opdracht of een concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van het gemeenschapsrecht verenigbaar is met een eigendomsrecht van de veronderstelde opdrachtnemer/concessiehouder op de zaken in kwestie. Volledigheidshalve en voor het geval dat het Hof mijn benadering van de vorige vragen niet zou volgen, volgen hierna evenwel kort enkele overwegingen ter zake.

102. Van de partijen die in de onderhavige zaak opmerkingen hebben ingediend, toont alleen de Commissie zich ontvankelijk voor de door de verwijzende rechter voorgestane benadering. Hoewel de Commissie erop wijst dat de nationale rechters elk concreet geval moeten beoordelen, erkent zij namelijk dat in een situatie als die in het hoofdgeding er in beginsel reeds aanleiding voor toepassing van richtlijn 2004/18 kan bestaan zodra het bestuur besluit de grond te verkopen. Alle andere partijen menen daarentegen — zij het met verschillende nuances — dat de enkele bedoeling van het openbaar bestuur irrelevant is.

103. Zoals de verwijzende rechter opmerkt, bestaat er geen twijfel over dat bij de beantwoording van de achtste en de negende vraag rekening moet worden gehouden met de beslissing van het Hof in het arrest „Mödling”.[35] In die zaak werd het Hof een situatie voorgelegd waarin een Oostenrijkse gemeente de dienst van afvalophaling rechtstreeks had gegund aan een volledig door haarzelf beheerste vennootschap, waarvan zij enkele dagen later evenwel 49 % van het kapitaal aan een particulier overdroeg. Het Hof besliste daarop dat aangezien een duidelijk „kunstmatige constructie” was opgezet[36], die in wezen ertoe leidt dat aan de nuttige werking van de

35 — Aangehaald in voetnoot 10 supra.
36 — Ibidem, punt 40.

richtlijnen inzake opdrachten afbreuk wordt gedaan, het betrokken geval juridisch mocht worden beoordeeld „rekening houdend met al deze fasen alsook met het doel ervan en niet op basis van de louter chronologische volgorde ervan". [37]

104. Het lijkt mij duidelijk dat de redenering van het Hof in het arrest „Mödling" op twee pijlers berust. De eerste, die uitdrukkelijk wordt vermeld, is de noodzaak om de nuttige werking van de richtlijn veilig te stellen. [38] De tweede, die impliciet is maar eigenlijk de andere kant van dezelfde medaille vormt, is het streven om op te treden tegen rechtsmisbruik.

105. De overwegingen van het Hof in het arrest „Mödling" kunnen zeker worden veralgemeend, zodat ervan mag worden uitgegaan dat ter voorkoming van rechtsmisbruik en ter garantie van de nuttige werking van het communautaire aanbestedingsrecht twee — ook in chronologisch opzicht — van elkaar onderscheiden handelingen als gelijktijdig of als één enkele rechtshandeling kunnen worden beschouwd.

106. Deze beoordeling dient uiteraard door de nationale rechter te worden verricht, die als enige over alle gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt die daarvoor nodig zijn. Om voor de hand liggende redenen die verband houden met de noodzaak om de rechtszekerheid te waarborgen, dient evenwel aan een aantal strenge voorwaarden te worden voldaan. Met name mag tussen de verkoop van de grond en de plaatsing van de opdracht niet te veel tijd verlopen en moeten er overtuigende aanwijzingen zijn dat het bestuur reeds bij de verkoop van de grond de bedoeling had de opdracht te plaatsen. Behoudens in gevallen van apert misbruik, waarbij de bedoeling om de voorschriften te omzeilen van meet af aan volkomen duidelijk is, kan alleen in het kader van een beoordeling achteraf terdege met alle genoemde aspecten rekening worden gehouden.

107. Ik geef bijgevolg in overweging om de achtste en de negende prejudiciële vraag, voor zover nodig, aldus te beantwoorden dat wanneer er duidelijke aanwijzingen zijn voor de bedoeling om de gemeenschapsbepalingen inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten te omzeilen, bij de juridische beoordeling van een geval de twee — ook in chronologisch opzicht — van elkaar onderscheiden handelingen, namelijk de verkoop van een stuk grond en de plaatsing van een opdracht of een concessie met betrekking tot dat stuk grond, als één enkele rechtshandeling mogen worden beschouwd. Het staat aan de nationale rechter, op basis van alle omstandigheden van het geval, na te gaan of er van een dergelijke bedoeling tot omzeiling sprake is.

37 — Ibidem, punt 41.
38 — Ibidem, punt 42.

V — Conclusie

108. Ik geef het Hof derhalve in overweging, de prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Düsseldorf te beantwoorden als volgt:

„Van een overheidsopdracht voor werken of van een concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, kan slechts sprake zijn wanneer er tussen de aanbestedende dienst en de uit te voeren werkzaamheden of werken een rechtstreeks verband bestaat. Dat rechtstreekse verband kan met name bestaan in het feit dat het werk bestemd is om door het openbaar bestuur te worden aangekocht of dat het hem rechtstreeks economisch voordeel oplevert, dan wel in het feit dat de aanbestedende dienst het initiatief tot de uitvoering heeft genomen of ten minste een gedeelte van de kosten daarvoor draagt.

De begrippen overheidsopdracht voor werken en concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van richtlijn 2004/18 veronderstellen dat de opdrachtnemer jegens het openbaar bestuur contractueel verplicht is de overeengekomen prestatie te leveren. De aan een eventueel verzuim van de opdrachtnemer te verbinden gevolgen moeten in het nationale recht worden bepaald.

Een concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van richtlijn 2004/18 mag nooit voorzien in de verlening aan de concessiehouder van een in de tijd onbeperkt recht op de zaak waarop de concessieovereenkomst betrekking heeft.

Wanneer er duidelijke aanwijzingen zijn voor de bedoeling om de gemeenschapsbepalingen inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten te omzeilen, mogen bij de juridische beoordeling van een geval de twee — ook in chronologisch opzicht — van elkaar onderscheiden handelingen, namelijk de verkoop van een stuk grond en de plaatsing van een opdracht of een concessie met betrekking tot dat stuk grond, als één enkele rechtshandeling worden beschouwd. Het staat aan de nationale rechter, op basis van alle omstandigheden van het geval, na te gaan of er van een dergelijke bedoeling tot omzeiling sprake is."