ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

25 maart 2010 *

In zaak C-451/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Oberlandesgericht Düsseldorf (Duitsland) bij beslissing van 2 oktober 2008, ingekomen bij het Hof op 16 oktober 2008, in de procedure

Helmut Müller GmbH

tegen

Bundesanstalt für Immobilienaufgaben,

in tegenwoordigheid van:

Gut Spascher Sand Immobilien GmbH,

* Procestaal: Duits.

Gemeente Wildeshausen,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), president van de Tweede kamer, waarnemend voor de president van de Derde kamer, P. Lindh, A. Rosas, A. Ó Caoimh en A. Arabadjiev, rechters,

advocaat-generaal: P. Mengozzi,
griffier: B. Fülöp, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 23 september 2009,

gelet op de opmerkingen van:

— Helmut Müller GmbH, vertegenwoordigd door O. Grübbel, Rechtsanwalt,

— de Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, vertegenwoordigd door S. Hertwig, Rechtsanwalt,

— de gemeente Wildeshausen, vertegenwoordigd door J. Lauenroth, Rechtsanwalt,

— de Duitse regering, vertegenwoordigd door M. Lumma en J. Möller als gemachtigden,

— de Franse regering, vertegenwoordigd door G. de Bergues en J.-S. Pilczer als gemachtigden,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. Wissels en Y. de Vries als gemachtigden,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door E. Riedl en M. Fruhmann als gemachtigden,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door G. Wilms en C. Zadra als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 17 november 2009,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van het begrip „overheidsopdrachten voor 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 (PB L 134, blz. 114).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Helmut Müller GmbH (hierna: „Helmut Müller") en de Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (Duitse federale instelling voor het beheer van het openbaar onroerend erfgoed; hierna: „Bundesanstalt") over de verkoop door deze laatste van een stuk grond waarop de koper later werken moest uitvoeren die beantwoordden aan de stedenbouwkundige doelstellingen van een territoriaal lichaam, in casu de gemeente Wildeshausen.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18 luidt:

„Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het [EG]-Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. Bijgevolg moeten deze coördinatiebepalingen overeenkomstig voornoemde regels en beginselen alsmede overeenkomstig de andere Verdragsregels worden uitgelegd."

4 Artikel 1, leden 2 en 3, van deze richtlijn bepaalt:

„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."

5 Artikel 16, sub a, van richtlijn 2004/18 bepaalt:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten:

a) betreffende de verwerving of huur, ongeacht de financiële modaliteiten ervan, van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken of betreffende de rechten hierop; […]"

Nationaal recht

6 § 10, lid 1, van het Duitse Baugesetzbuch (Duits bouwwetboek) van 23 september 2004 (BGBl. 2004 I, blz. 2414; hierna: „BauGB") luidt:

„De gemeente stelt bij besluit het bestemmingsplan vast."

7 § 12 BauGB bepaalt:

„1) De gemeente kan bij met het conceptplan overeenstemmend bestemmingsplan vaststellen dat een project is toegelaten, wanneer de projectontwikkelaar op basis van een met de gemeente overeengekomen plan tot uitvoering van het project en van ontwikkelingsmaatregelen (project- en ontwikkelingsplan) bereid en in staat is alsook zich verbindt tot uitvoering binnen een bepaalde termijn en tot het volledig of gedeeltelijk dragen van de plannings- en ontwikkelingskosten vóór het besluit krachtens § 10, lid 1 (uitvoeringsovereenkomst). […]

[…]

3 a) Wanneer in een met het conceptplan overeenstemmend bestemmingsplan […] door de vaststelling van een bouwgebied […] of anderszins een gebruik voor bouw […] is vastgesteld, moet worden vastgesteld dat in het kader van het vastgestelde gebruik alleen de projecten zijn toegelaten tot uitvoering waarvan de projectontwikkelaar zich in de uitvoeringsovereenkomst verbindt. […]

[…]”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

8 De Bundesanstalt was eigenaar van het nagenoeg 24 hectare grote onroerend goed, de „Wittekind-kazerne”, te Wildeshausen (Duitsland).

9 De gemeenteraad van Wildeshausen besloot in oktober 2005 in het vooruitzicht van een civiele herbestemming van de betrokken grond — ongeveer 3 % van de bebouwde en onbebouwde oppervlakte van deze gemeente — om een onderzoek uit te voeren voor een stedenbouwkundig ontwikkelingsproject.

10 De Bundesanstalt maakte in oktober 2006 via internet en de pers bekend de Wittekind-kazerne te willen verkopen.

11 Helmut Müller, een vastgoedonderneming, deed op 2 november 2006 een bod van 4 miljoen EUR, waaraan evenwel de voorwaarde was verbonden dat het gebied planologisch overeenkomstig haar concept werd ingericht.

12 De Wittekind-kazerne werd begin 2007 herbestemd.

13 De Bundesanstalt schreef in januari 2007 een aanbesteding uit met het doel dit onroerend goed zo snel mogelijk te verkopen in de staat waarin het zich bevond.

14 Helmut Müller deed op 9 januari 2007 een bod van 400 000 EUR, dat zij op 15 januari 2007 op 1 miljoen EUR bracht.

15 Een andere vastgoedonderneming, Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (hierna: „GSSI"), die toentertijd in oprichting was, deed een bod van 2,5 miljoen EUR.

16 Er waren nog twee andere biedingen.

17 Een door de Bundesanstalt aan de verwijzende rechter voorgelegd deskundigenadvies taxeerde de betrokken grondwaarde per 1 mei 2007 op 2,33 miljoen EUR.

18 Volgens de verwijzingsbeslissing liet de gemeente Wildeshausen de plannen door de bieders in aanwezigheid van de Bundesanstalt toelichten en besprak zij deze plannen met hen.

19 De Bundesanstalt beoordeelde inmiddels de projecten van Helmut Müller en GSSI, verkoos om stedenbouwkundige redenen het project van GSSI omdat werd verwacht dat de attractiviteit van de gemeente Wildeshausen zou toenemen, en deelde dit de gemeente mee.

20 Vervolgens werd overeengekomen het goed pas na goedkeuring van het project door de gemeenteraad van Wildeshausen over te dragen. De Bundesanstalt verklaarde de beslissing van de gemeente Wildeshausen te zullen volgen.

21 Volgens de verwijzingsbeslissing verklaarde de gemeenteraad van Wildeshausen zich voorstander van het project van GSSI en besloot op 24 mei 2007 met name het volgende:

„De gemeenteraad van Wildeshausen is bereid het conceptplan van R. [directeur van GSSI] te onderzoeken en een procedure voor de opstelling van een daarmee overeenstemmend bestemmingsplan te starten. […]

Er is geen wettelijk recht op opstelling van een (in voorkomend geval met het conceptplan overeenstemmend) bestemmingsplan.

De wet verbiedt [Wildeshausen] om vóór de beëindiging van een regelmatige stedenbouwkundige procedure verbindende toezeggingen over de bebouwbaarheid te doen of haar beoordelingsbevoegdheid (die overigens wettelijk begrensd is) op planologisch gebied te verbinden.

De vorige besluiten binden de planologische bevoegdheden van [Wildeshausen] dus niet.

Uitgaven voor de plannen en andere maatregelen komen voor risico van de projectontwikkelaar en de andere belanghebbenden."

22 Meteen na dit besluit van 24 mei 2007 trok de gemeenteraad van Wildeshausen zijn besluit van oktober 2005 over de inleiding van een stedenbouwkundig vooronderzoek in.

23 De Bundesanstalt verkocht in overleg met de gemeente Wildeshausen de Wittekindkazerne aan GSSI bij notariële overeenkomst van 6 juni 2007. Zij gaf Helmut Müller daarvan kennis op 7 juni 2007. GSSI is in januari 2008 als eigenares ervan ingeschreven in het kadaster. De Bundesanstalt en GSSI bevestigden deze verkoopovereenkomst van 6 juni 2007 bij notariële overeenkomst van 15 mei 2008.

24 Helmut Müller stelde beroep in bij de Vergabekammer (kamer voor de plaatsing van overheidsopdrachten) en stelde dat geen reguliere aanbestedingsprocedure had plaatsgevonden hoewel de verkoop van voormelde kazerne onder het aanbestedingsrecht viel. Volgens Helmut Müller was de verkoopovereenkomst nietig doordat de bieders niet tijdig waren ingelicht.

25 De Vergabekammer verklaarde het beroep niet-ontvankelijk in wezen op grond dat geen enkele opdracht voor werken aan GSSI was gegund.

26 Helmut Müller stelde tegen deze afwijzingsbeslissing hoger beroep in bij het Oberlandesgericht Düsseldorf en stelde dat GSSI, gelet op de omstandigheden, moest worden geacht een overheidsopdracht in de vorm van een concessie voor werken te hebben gekregen. Volgens Helmut Müller zijn de relevante besluiten in overleg door de Bundesanstalt en de gemeente Wildeshausen genomen.

27 Het Oberlandesgericht Düsseldorf is dit betoog genegen. Volgens deze rechter zal de gemeente Wildeshausen over niet al te lange, maar thans nog niet nader te bepalen

tijd in de uitoefening van haar planologische bevoegdheid een met het conceptplan overeenstemmend bestemmingsplan opstellen in de zin van § 12 BauGB en met GSSI een uitvoeringsovereenkomst in de zin van deze paragraaf sluiten, met gunning van een opdracht voor werken aan GSSI tot gevolg.

28 Aangezien de gemeente Wildeshausen geen vergoeding zal hoeven te betalen, zal de overheidsopdracht voor werken volgens deze rechter de rechtsvorm van een concessieovereenkomst voor openbare werken moeten aannemen en zal GSSI het economische risico ervan dragen. Volgens de rechter dienen de overdracht van de eigendom van het stuk grond en de gunning van een overheidsopdracht voor werken aanbestedingsrechtelijk als een eenheid te worden beschouwd. Alleen hebben de Bundesanstalt en de gemeente Wildeshausen niet gelijktijdig gehandeld.

29 Het Oberlandesgericht Düsseldorf voegt eraan toe dat dit ook zijn standpunt was in andere voor hem aanhangig gemaakte gedingen, met name in zijn beslissing van 13 juni 2007 over het vliegterrein te Ahlhorn (Duitsland). Zijn analyse werd evenwel niet eenparig gevolgd en door de Duitse rechters overwegend afgewezen. Bovendien, aldus de verwijzende rechter, stond de Duitse bondsregering op het punt het Duitse aanbestedingsrecht te wijzigen in het tegendeel van de opvatting van deze rechter.

30 Het door de verwijzende rechter bedoelde wetsontwerp strekte ertoe, de definitie van het begrip „overheidsopdrachten voor werken" in § 99, lid 3, van de wet tegen mededingingsbeperkingen (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) van 15 juli 2005 (BGBl. 2005 I, blz. 2114) te preciseren als volgt, waarbij de voorgestelde wijzigingen cursief zijn weergegeven:

„Overheidsopdrachten voor werken zijn overeenkomsten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering *voor de aanbestedende*

dienst van werken of van een werk dat het product van bouwkundige of civieltechnische werken is dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen, of van een werk *dat voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang oplevert,* en wordt uitgevoerd door derden overeenkomstig de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen."

31 Voorts werd aan § 99 van deze wet een nieuw lid 6 toegevoegd met de volgende definitie van de concessieovereenkomst voor openbare werken:

„De concessieovereenkomst voor werken is een overeenkomst die betrekking heeft op een opdracht voor werken, waarin de tegenprestatie voor de werken niet bestaat in een vergoeding, maar in het recht het werk gedurende een bepaalde tijd te exploiteren, of in dit recht, gepaard gaande met een prijs."

32 Kort na indiening van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing zijn deze wijzigingen aangebracht in het kader van de wet inzake de modernisering van het aanbestedingsrecht (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts) van 20 april 2009 (BGBl. 2009 I, blz. 790).

33 Daarop heeft het Oberlandesgericht Düsseldorf de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende 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 verkregen 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 een verkrijging niet mag ontbreken: kan dan volgens de tweede variant van de bepaling worden uitgegaan van een verkrijging, 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 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 onderzochte en goedgekeurde plannen?

7) Dient ervan te worden uitgegaan 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 werken niet tegelijkertijd plaatsvinden en de overheidsopdracht voor de uitvoering van werken 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 de tijd (analoog aan het arrest van het Hof van Justitie van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk, C-29/04, Jurispr. blz. I-9705)?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Opmerkingen vooraf

34 In de meeste taalversies van richtlijn 2004/18 behelst het begrip „overheidsopdrachten voor werken" in artikel 1, lid 2, sub b, ervan drie gevallen: het eerste de uitvoering — eventueel met het ontwerp — van bouwwerkzaamheden in het kader van een van de in bijlage I bij deze richtlijn vermelde categorieën; het tweede de uitvoering — eventueel met het ontwerp — van een werk en het derde het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

35 Een „werk" in de zin van deze bepaling is gedefinieerd als „het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen".

36 Terwijl de meeste taalversies de term „werk" zowel in het tweede als in het derde geval gebruiken, gebruikt de Duitse taalversie twee verschillende termen, namelijk „Bauwerk" (werk) in het tweede geval en „Bauleistung" (bouwactiviteit) in het derde geval.

37 Bovendien bepaalt alleen de Duitse taalversie van dit artikel 1, lid 2, sub b, dat de in het derde geval bedoelde activiteit niet alleen „met welke middelen dan ook", maar ook „door derden" („durch Dritte") moet worden uitgevoerd.

38 Volgens vaste rechtspraak kan de in een van de taalversies van een unierechtelijke bepaling gebruikte formulering niet als enige grondslag voor de uitlegging van die bepaling dienen; evenmin kan er in zoverre voorrang aan worden toegekend boven de andere taalversies. Een dergelijke benadering zou immers onverenigbaar zijn met het vereiste van eenvormige toepassing van het Unierecht. Wanneer er verschillen zijn tussen de taalversies, moet bij de uitlegging van de betrokken bepaling worden gelet op de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt (zie arresten van 27 maart 1990, Cricket St Thomas, C-372/88, Jurispr. blz. I-1345, punten 18 en 19; 12 november 1998, Institute of the Motor Industry, C-149/97, Jurispr. blz. I-7053, punt 16, en 9 oktober 2008, Sabatauskas e.a., C-239/07, Jurispr. blz. I-7523, punten 38 en 39).

39 De vragen van de verwijzende rechter dienen tegen de achtergrond van deze overwegingen te worden beantwoord.

Eerste en tweede vraag

40 Met zijn eerste twee vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het begrip „overheidsopdrachten voor werken" in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 vereist dat de in het kader van de opdracht uit te voeren werken fysiek of materieel ten behoeve van de aanbestedende dienst en in diens rechtstreeks economisch belang wordt verkregen dan wel of volstaat dat deze werken een bepaalde publieke bestemming vervullen, zoals de stedenbouwkundige ontwikkeling van een bepaalde wijk.

41 Van meet af aan dient te worden gepreciseerd dat de verkoop van een onbebouwd of bebouwd kavel door een overheidsinstantie aan een onderneming geen overheidsopdracht voor werken in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 vormt. In het kader van een dergelijke opdracht moet de overheidsinstantie immers optreden als koper en niet als verkoper. Bovendien moet een dergelijke opdracht betrekking hebben op de uitvoering van werken.

42 Deze analyse vindt steun in de bewoordingen van artikel 16, sub a, van de richtlijn.

43 Uitgesloten is dus dat een verkoop — als in het hoofdgeding de verkoop van de Wittekind-kazerne door de Bundesanstalt aan GSS — op zich een overheidsopdracht voor werken in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 kan vormen.

44 Deze vragen van de verwijzende rechter betreffen evenwel niet deze betrekking tussen verkoper en koper, maar veeleer de betrekkingen tussen de gemeente Wildeshausen en GSSI, namelijk tussen de bevoegde stedenbouwkundige overheidsdienst en de koper van de Wittekind-kazerne. De rechter wenst te vernemen of deze betrekking een overheidsopdracht voor werken in de zin van dit artikel kan vormen.

45 Dienaangaande dient te worden opgemerkt dat overheidsopdrachten volgens artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18 schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel zijn.

46 Het begrip overeenkomst is van wezenlijk belang voor de afbakening van de werkingssfeer van richtlijn 2004/18. Zoals is verklaard in punt 2 van de considerans van de richtlijn, strekt zij tot toepassing van de regels van het Unierecht bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen. Deze richtlijn heeft geen betrekking op andere categorieën overheidsactiviteiten.

47 Bovendien kan alleen een overeenkomst onder bezwarende titel een overheidsopdracht vormen die onder richtlijn 2004/18 valt.

48 Een overeenkomst onder bezwarende titel betekent dat de aanbestedende dienst die een overheidsopdracht voor werken heeft afgesloten, in het kader ervan een prestatie voor een tegenprestatie ontvangt. Deze prestatie bestaat in de uitvoering van de werken waarover de aanbestedende dienst beoogt te beschikken (zie arresten van 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a., C-399/98, Jurispr. blz. I-5409, punt 77, en 18 januari 2007, Auroux e.a., C-220/05, Jurispr. blz. I-385, punt 45).

49 Een dergelijke prestatie moet wegens de aard ervan alsook de systematiek en de doelstellingen van richtlijn 2004/18 voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhouden.

50 Dit economisch belang staat duidelijk vast wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst eigenaar zal worden van de werken of het werk waarop de opdracht betrekking heeft.

51 Een dergelijk economisch belang kan ook worden vastgesteld wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst krachtens een rechtstitel over de in het kader van de opdracht uit te voeren werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming (zie in die zin arrest Ordine degli Architetti e.a., reeds aangehaald, punten 67, 71 en 77).

52 Het economisch belang kan ook liggen in de economische voordelen die de aanbestedende dienst zal kunnen halen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk, in het feit dat hij financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen of in de risico's die hij loopt bij economische mislukking van het werk (zie in die zin arrest Auroux e.a., reeds aangehaald, punten 13, 17, 18 en 45).

53 Het Hof heeft al geoordeeld dat een overeenkomst waarbij een eerste aanbestedende dienst een tweede aanbestedende dienst belast met de uitvoering van een bouwwerk, een overheidsopdracht voor werken kan vormen, ongeacht of daarin al dan niet

wordt bepaald dat de eerste aanbestedende dienst eigenaar is of wordt van het gehele bouwwerk of van een gedeelte ervan (arrest Auroux e.a., reeds aangehaald, punt 47).

54 Uit het voorgaande vloeit voort dat het begrip „overheidsopdrachten voor werken" in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 vereist dat de in het kader van de opdracht uit te voeren werken in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd zonder dat de prestatie evenwel noodzakelijkerwijze bestaat in de verkrijging van een materieel of fysiek voorwerp.

55 De vraag rijst of aan deze voorwaarden is voldaan wanneer de geplande werken beogen te voldoen aan een openbaar doel van algemeen belang, waarvoor de aanbestedende dienst moet zorgen, zoals de stedenbouwkundige ontwikkeling of coherentie van een wijk.

56 In de lidstaten van de Europese Unie is gewoonlijk voor de uitvoering van bouwwerken, althans van een bepaalde omvang, een voorafgaande vergunning van de bevoegde stedenbouwkundige dienst vereist. Deze dienst moet in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden oordelen of de uitvoering van de bouwwerken strookt met het algemeen belang.

57 Tot de gewone uitoefening van regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw met het oog op het algemeen belang behoort evenwel niet het ontvangen van een contractuele prestatie of het voldoen aan een rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst, zoals vereist door artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18.

58 Bijgevolg dient op de eerste en de tweede vraag te worden geantwoord dat het begrip „overheidsopdrachten voor werken" in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 niet vereist dat de werken waarop de opdracht betrekking heeft, materieel of fysiek ten behoeve van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd, wanneer deze

werken in het rechtstreekse economische belang van deze dienst worden uitgevoerd. De uitoefening door deze laatste van regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw volstaat niet om aan deze laatste voorwaarde te voldoen.

De derde en de vierde vraag

59 Met zijn derde en vierde vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het begrip „overheidsopdrachten voor werken" in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 vereist dat de aannemer zich direct of indirect verbindt tot de uitvoering van de betrokken werken en dat de uitvoering van deze verbintenis in rechte kan worden afgedwongen.

60 Zoals in de punten 45 en 47 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, definieert artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18 de overheidsopdracht voor werken als een overeenkomst onder bezwarende titel. Dit begrip gaat ervan uit dat de aannemer zich voor een tegenprestatie verbindt tot de bij overeenkomst omschreven prestatie. Bij het afsluiten van een overheidsopdracht voor werken verbindt de aannemer zich er dus toe, de betrokken werken uit te voeren of te laten uitvoeren.

61 Het is irrelevant of de aannemer de werken met eigen middelen uitvoert dan wel daartoe onderaannemers inschakelt (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Ordine degli Architetti e.a., punt 90, en Auroux e.a., punt 44).

62 Daar de uit de opdracht voortvloeiende verbintenissen juridisch bindend zijn, moet de uitvoering ervan in rechte kunnen worden gevorderd. Bij gebreke van een unierechtelijke regeling en overeenkomstig het beginsel van de procesautonomie moet de wijze van uitvoering van deze verbintenissen naar nationaal recht worden geregeld.

63 Bijgevolg dient op de derde en de vierde vraag te worden geantwoord dat het begrip „overheidsopdrachten voor werken" in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 vereist dat de aannemer zich direct of indirect verbindt tot de uitvoering van de betrokken werken en dat de uitvoering van deze verbintenis in rechte kan worden afgedwongen op de naar nationaal recht bepaalde wijze.

Vijfde en zesde vraag

64 Met zijn vijfde en zesde vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of „de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen" in de zin van het derde geval van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 kunnen bestaan in de uitoefening door de aanbestedende dienst van de bevoegdheid te waarborgen dat het uit te voeren werk voldoet aan een openbaar belang, of in de uitoefening van de aan de aanbestedende dienst verleende bevoegdheid de bouwplannen te onderzoeken en goed te keuren.

65 Deze vragen vinden hun oorsprong in het feit dat in het hoofdgeding de gemeente Wildeshausen, die de aanbestedende dienst heet te zijn, geen bestek met eisen heeft opgesteld voor een op het terrein van de Wittekind-kazerne uit te voeren werk. Volgens de verwijzingsbeslissing verklaarde deze gemeente zich alleen bereid het conceptplan van GSSI te onderzoeken en een procedure voor de opstelling van een daarmee overeenstemmend bestemmingsplan te starten.

66 In het kader van het derde geval van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 is bepaald dat de overheidsopdrachten voor werken betrekking hebben op een „werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet".

67 Een aanbestedende dienst heeft zijn eisen in de zin van deze bepaling eerst vastgesteld, wanneer hij maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen.

68 Het enkele feit dat een overheidsdienst in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of op basis van bevoegdheden ter zake een besluit neemt, voldoet niet aan de voorwaarde „door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen" in de zin van deze bepaling.

69 Op de vijfde en de zesde vraag dient dus te worden geantwoord dat de „door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen" in de zin van het derde geval van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 niet kunnen bestaan in het enkele feit dat een overheidsdienst een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of een besluit neemt in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw.

Zevende vraag

70 Met zijn zevende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 2004/18 is uitgesloten, wanneer de enige marktdeelnemer aan wie de concessie kan worden verleend, reeds eigenaar van de grond is waarop het werk dient te worden gerealiseerd, of wanneer de concessie voor onbepaalde tijd is verleend.

71 Volgens artikel 1, lid 3, van richtlijn 2004/18 is de concessieovereenkomst voor openbare werken „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".

72 Een aanbestedende dienst moet over de exploitatie van een werk in de zin van deze bepaling kunnen beschikken om het recht van exploitatie aan zijn medecontractant te kunnen overdragen.

73 Dat is gewoonlijk niet het geval wanneer het exploitatierecht zijn oorsprong alleen in het eigendomsrecht van de betrokken marktdeelnemer vindt.

74 De eigenaar van een stuk grond heeft namelijk het recht het te exploiteren met inachtneming van de toepasselijke wettelijke voorschriften. Zolang een marktdeelnemer het recht geniet een stuk grond te exploiteren dat zijn eigendom is, kan een overheidsinstantie in beginsel geen concessie met betrekking tot deze exploitatie verlenen.

75 Bovendien zij erop gewezen dat de concessie er in wezen in bestaat dat de concessiehouder zelf het voornaamste economische en in elk geval wezenlijke risico van de exploitatie draagt (zie in die zin betreffende openbaredienstconcessies arrest van 10 september 2009, Eurawasser, C-206/08, Jurispr. blz. I-8377, punten 59 en 77).

76 Volgens de Commissie van de Europese Gemeenschappen kan dit risico bestaan in de onzekerheid voor de ondernemer over de vraag of de stedenbouwkundige dienst van het betrokken lichaam al dan niet zijn plannen zal goedkeuren.

77 Dit argument kan niet slagen.

78 In een situatie als bedoeld door de Commissie houdt het risico verband met de regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw van de aanbestedende dienst en niet met de uit de concessie voortvloeiende contractuele betrekking. Het risico houdt dus geen verband met de exploitatie.

79 Wat de concessieduur betreft, zijn er hoe dan ook gegronde redenen, waaronder met name de mededingingshandhaving, om aan te nemen dat concessieverlening voor onbepaalde tijd in strijd is met de Unierechtsorde, zoals de advocaat-generaal in de punten 96 en 97 van zijn conclusie heeft opgemerkt (zie in dezelfde zin arrest van 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Jurispr. blz. I-4401, punt 73).

80 Op de zevende vraag dient dus te worden geantwoord dat in omstandigheden als in het hoofdgeding een concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 2004/18 uitgesloten is**.**

Achtste en negende vraag

81 De achtste en de negende vraag van de verwijzende rechter dienen samen te worden onderzocht. Met zijn achtste vraag wenst hij in wezen te vernemen of richtlijn 2004/18 van toepassing is op een situatie waarin een overheidsinstantie een stuk grond aan een onderneming verkoopt terwijl een andere overheidsinstantie voornemens is een opdracht voor werken op deze grond te plaatsen, hoewel deze laatste nog niet formeel tot de aanbesteding ervan heeft besloten. De negende vraag betreft de mogelijkheid om de verkoop van het stuk grond en de latere gunning van een opdracht voor werken op deze grond juridisch als een eenheid te beschouwen.

82 Dienaangaande is het raadzaam niet meteen de toepassing van richtlijn 2004/18 uit te sluiten op een procedure tot gunning in twee fasen, gekenmerkt door de verkoop van een stuk grond en vervolgens de gunning van een opdracht voor uitvoering van werken op deze grond, door deze handelingen als een eenheid te beschouwen.

83 De omstandigheden in het hoofdgeding bevestigen evenwel niet dat de voorwaarden voor een dergelijke toepassing van deze richtlijn aanwezig zijn.

84 Zoals de Franse regering in haar opmerkingen heeft gesteld, zijn de partijen in het hoofdgeding geen juridisch bindende verbintenissen aangegaan.

85 Om te beginnen zijn de gemeente Wildeshausen en GSSI geen dergelijke verbintenissen aangegaan.

86 Vervolgens is GSSI geen enkele verbintenis tot realisatie van het project tot ontwikkeling van het verworven stuk grond aangegaan.

87 Ten slotte wijzen de notariële verkoopakten nergens op de op til zijnde plaatsing van een overheidsopdracht voor werken.

88 De voornemens waarvan sprake in het dossier, vormen geen bindende verbintenissen en kunnen geenszins voldoen aan de voorwaarde van een door het begrip zelf van overheidsopdracht in artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18 vereiste schriftelijke overeenkomst.

89 Op de achtste en de negende vraag dient dus te worden geantwoord dat in omstandigheden als in het hoofdgeding richtlijn 2004/18 niet van toepassing is op een situatie waarin een overheidsinstantie een stuk grond verkoopt aan een onderneming terwijl een andere overheidsinstantie voornemens is een opdracht voor werken op deze grond te plaatsen, hoewel deze laatste nog niet formeel tot de aanbesteding ervan heeft besloten.

Kosten

90 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

1) **Het begrip „overheidsopdrachten voor werken" in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, 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, vereist niet dat de werken waarop de opdracht betrekking heeft, materieel of fysiek ten behoeve van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd, wanneer deze werken in het rechtstreekse economische belang van deze dienst worden uitgevoerd. De uitoefening door deze laatste van regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw volstaat niet om aan deze laatste voorwaarde te voldoen.**

2) **Het begrip „overheidsopdrachten voor werken" in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 vereist dat de aannemer zich direct of indirect verbindt tot de uitvoering van de betrokken werken en dat de uitvoering van**

deze verbintenis in rechte kan worden afgedwongen op de naar nationaal recht bepaalde wijze.

3) De „door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen" in de zin van het derde geval van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 kunnen niet bestaan in het enkele feit dat een overheidsdienst een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of een besluit neemt in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw.

4) In omstandigheden als in het hoofdgeding is een concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 2004/18 uitgesloten.

5) In omstandigheden als in het hoofdgeding is richtlijn 2004/18 niet van toepassing op een situatie waarin een overheidsinstantie een stuk grond verkoopt aan een onderneming terwijl een andere overheidsinstantie voornemens is een opdracht voor werken op deze grond te plaatsen, hoewel deze laatste nog niet formeel tot de aanbesteding ervan heeft besloten.

ondertekeningen