

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

18 januari 2007*

In zaak C-220/05,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Tribunal administratif de Lyon (Frankrijk) bij beslissing van 7 april 2005, ingekomen bij het Hof op 19 mei 2005, in de procedure

Jean Auroux e.a.,

tegen

Commune de Roanne,

in tegenwoordigheid van:

Société d'équipement du département de la Loire (SEDL),

* Procestaal: Frans.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, kamerpresident, K. Lenaerts, E. Juhász (rapporteur), J. N. Cunha Rodrigues en M. Ilešič, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 27 april 2006,

gelet op de opmerkingen van:

- J. Auroux e.a., vertegenwoordigd door J. Antoine, avocat,
- Commune de Roanne, vertegenwoordigd door P. Petit en C. Xavier, avocats,
- de Franse regering, vertegenwoordigd door G. de Bergues en J.-C. Niollet als gemachtigden,
- de Litouwse regering, vertegenwoordigd door D. Kriauciūnas als gemachtigde,

- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

- de Poolse regering, vertegenwoordigd door T. Nowakowski als gemachtigde,

- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door X. Lewis als gemachtigde,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 15 juni 2006,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van 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), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 (PB L 328, blz. 1; hierna: „richtlijn”).

- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een beroep dat J. Auroux en acht andere verzoekers (hierna: „verzoekers in het hoofdgeding”) hebben ingesteld tot nietigverklaring van het besluit van 28 oktober 2002, waarbij de gemeenteraad van Roanne de burgemeester heeft gemachtigd, met Société d'équipement du département de la Loire (hierna: „SEDL”) een overeenkomst te sluiten voor de aanleg van een recreatiepark te Roanne.

Toepasselijke bepalingen

Bepalingen van gemeenschapsrecht

- 3 Luidens de tweede overweging van de considerans van de richtlijn moeten „bij de gelijktijdige verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in de lidstaten voor rekening van de staat, van de territoriale en van de andere publiekrechtelijke instellingen, niet alleen de beperkingen [...] worden opgeheven, maar [...] tevens de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken [...] worden gecoördineerd”.
- 4 Blijkens de zesde overweging van de considerans van de richtlijn kunnen opdrachten voor de uitvoering van werken van minder dan 5 miljoen EUR buiten de mededinging worden gelaten zoals deze in deze richtlijn is geregeld en zullen de coördinatiemaatregelen hierop niet van toepassing zijn.
- 5 Volgens de tiende overweging van de considerans van de richtlijn „is het, voor de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten, noodzakelijk dat de door de aanbestedende diensten van de lidstaten opgestelde aankondigingen van opdrachten op communautair niveau bekend worden gemaakt”. In deze overweging van de considerans heet het verder dat „het doel van de in deze aankondigingen gegeven inlichtingen is, de aannemers van de Gemeenschap in staat te stellen uit te maken of de voorgenomen opdrachten voor hen van belang zijn”.
- 6 Artikel 1, sub a tot en met d, van de richtlijn bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

- a) ‚overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken’: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer,

enerzijds, en een sub b omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde of sub c bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet;

- b) ‚aangebestede diensten’: de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

[...]

- c) ‚werk’: het product van bouw- dan wel wegebouwkundige werken in hun geheel dat er toe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen;
- d) ‚concessieovereenkomst voor openbare werken’: een overeenkomst met dezelfde kenmerken als die bedoeld sub a, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.”

⁷ De „in bijlage II vermelde [...] werkzaamheden”, als bedoeld in artikel 1, sub a, van de richtlijn, zijn bouw- en wegebouwkundige werkzaamheden die overeenkomen met klasse 50 van de algemene systematische bedrijfsindeling in de Europese Gemeenschappen. Als een van deze werkzaamheden wordt uitdrukkelijk de categorie burgerlijke utiliteitsbouw genoemd.

8 Artikel 6 van de richtlijn luidt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing:

- a) op overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken waarvan de geraamde waarde exclusief btw ten minste gelijk is aan de tegenwaarde in [euro] van 5 000 000 SDR [speciale trekkingsrechten];

- b) op de in artikel 2, lid 1, bedoelde overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken waarvan de geraamde waarde exclusief btw ten minste gelijk is aan 5 000 000 [EUR].

[...]

3. Wanneer een werk wordt verdeeld in percelen voor elk waarvan een opdracht is geplaatst, moet de waarde van elk perceel in aanmerking worden genomen om te beoordelen of het in lid 1 vermelde bedrag is bereikt. Wanneer de totale waarde van de percelen gelijk is aan of meer bedraagt dan het in lid 1 aangegeven bedrag, is dit lid van toepassing op alle percelen. De aanbestedende diensten mogen van lid 1 afwijken voor percelen waarvan de geraamde waarde, exclusief btw, minder dan 1 000 000 [EUR] bedraagt, mits de totale waarde van deze percelen samen niet meer belooft dan 20 % van de totale waarde van alle percelen.

4. Werken of opdrachten mogen niet worden gesplitst teneinde deze aan de toepassing van deze richtlijn te onttrekken.

5. Voor de berekening van de in lid 1 van dit artikel alsmede in artikel 7 vermelde bedragen wordt behalve de bedragen voor de overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, ook de geraamde waarde in aanmerking genomen van de voor de uitvoering van het werk noodzakelijke goederen welke door de aanbestedende dienst ter beschikking van de aannemer worden gesteld.

6. De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat er geen discriminatie tussen leveranciers plaatsvindt.”

Bepalingen van nationaal recht

- 9 Ten tijde van de feiten bepaalde artikel L. 300-4 van de Code de l'urbanisme (Frans wetboek van stedelijke ruimtelijke ordening), in de versie van artikel 8 van wet nr. 2000-1208 van 13 december 2000 (JORF van 14 december 2000, blz. 19777):

„De staat, de plaatselijke overheidslichamen of hun openbare instellingen kunnen de planning en de uitvoering van de ruimtelijkeordeningsprojecten als bedoeld in dit boek opdragen aan iedere publiek- of privaatrechtelijke persoon die daarvoor in aanmerking komt.

Wordt de overeenkomst gesloten met een openbare instelling, een plaatselijke gemengde vennootschap in de zin van wet nr. 83-597 van 7 juli 1983 of een gemengde vennootschap waarvan het kapitaal voor meer dan de helft in handen is van een of meerdere van de volgende publiekrechtelijke personen: staat, regio's, departementen, gemeenten of samenwerkingsverbanden daarvan, dan kan zij de vorm aannemen van een publiekrechtelijke overeenkomst inzake ruimtelijke ordening. In dit geval kan het overeenkomstsluitende orgaan worden belast met het verrichten van aankopen door middel van onteigening of voorkoop en met alle activiteiten van ruimtelijke ordening en infrastructuurwerken waarmee het gehele project waarop de publiekrechtelijke overeenkomst inzake ruimtelijke ordening betrekking heeft, gepaard gaat.

De in de voorgaande alinea genoemde organen kunnen in het kader van een lastgevingsovereenkomst waarbij zij in naam en voor rekening van het overheidslichaam of het samenwerkingsverband van overheidslichamen studiecontracten moeten sluiten, worden belast met de follow-up van voorstudies die nodig zijn ter bepaling van de kenmerken van het project.

De bepalingen van hoofdstuk IV van titel II van wet nr. 93-122 van 29 januari 1993 betreffende de voorkoming van corruptie en de transparantie van het economisch leven en de openbare procedures, zijn niet van toepassing op de op grond van het onderhavige artikel vastgestelde publiekrechtelijke overeenkomsten inzake ruimtelijke ordening.

In de publiekrechtelijke overeenkomst inzake ruimtelijke ordening kan worden bepaald onder welke voorwaarden het overeenkomstsluitende orgaan wordt betrokken bij de projectstudies en in het bijzonder bij de herziening of de wijziging van het plaatselijk stedenbouwkundig plan.”

- ¹⁰ Na de inleiding door de Commissie van de Europese Gemeenschappen van een niet-nakomingsprocedure tegen de Franse Republiek, is artikel L. 300-4 van de Code de l'urbanisme bij wet nr. 2005-809 van 20 juli 2005 betreffende concessies voor ruimtelijke ordening (JORF van 21 juli 2005, blz. 11833), gewijzigd als volgt:

„De staat en de territoriale lichamen, alsmede hun openbare instellingen, kunnen de verwezenlijking van de ruimtelijkeordeningsprojecten als bedoeld in dit boek opdragen aan iedere persoon die daarvoor in aanmerking komt.

Met het oog op de gunning van concessies voor ruimtelijke ordening dient de concessiegever een bekendmakingsprocedure te organiseren, zodat onder de bij besluit van de Conseil d'État bepaalde voorwaarden meerdere concurrerende offertes kunnen worden ingediend.

De concessiehouder geeft opdracht voor het verrichten van de in de concessie vastgestelde werkzaamheden en infrastructuurwerken waarmee het project gepaard gaat, en laat studies verrichten, alsmede alle taken die voor de uitvoering daarvan noodzakelijk zijn. Hij kan door de concessiegever worden belast met de aankoop — in voorkomend geval ook door middel van onteigening of voorkoop — van de goederen die voor de verwezenlijking van het project noodzakelijk zijn. De onroerende goederen die in het gebied van de concessie liggen worden door hem verkocht, verhuurd of in concessie gegeven.”

- 11 Artikel 11 van wet nr. 2005-809 bepaalt:

„Behoudens in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissingen worden geldig verklaard, voor zover de wettigheid ervan wordt betwist op grond dat een instantie voor ruimtelijke ordening is aangewezen zonder voorafgaande bekendmakingsprocedure waarbij meerdere concurrerende offertes kunnen worden ingediend:

1° De concessies voor ruimtelijke ordening, de publiekrechtelijke overeenkomsten inzake ruimtelijke ordening en de overeenkomsten inzake ruimtelijke ordening die zijn gesloten vóór de bekendmaking van de onderhavige wet.”

Hoofddeding en prejudiciële vragen

- 12 Bij besluit van 28 oktober 2002 heeft de gemeenteraad van Roanne de burgemeester gemachtigd, met SEDL een overeenkomst voor de aanleg van een recreatiepark (hierna: „overeenkomst”) te sluiten.

- 13 De overeenkomst, die op 25 november 2002 is gesloten, voorziet in de aanleg van het recreatiepark in opeenvolgende fasen. De eerste fase omvat de bouw van een multiplexbioscoop en van bedrijfsruimten die aan derden zullen worden verkocht, alsmede de verwezenlijking van bouwwerken die aan de aanbestedende dienst zullen worden overgedragen, te weten een parkeerterrein alsmede toegangswegen en openbare ruimten. De verdere fasen, waarvoor een aanhangsel bij de overeenkomst moet worden ondertekend, betreffen in wezen de bouw van andere bedrijfs- of dienst ruimten en een hotel.
- 14 Volgens de preambule van de overeenkomst beoogt de gemeente Roanne met dit project een desolaat stadsgedeelte nieuw leven in te blazen en recreatie- en toeristische activiteiten te stimuleren.
- 15 Krachtens artikel 2 van de overeenkomst wordt SEDL er in het bijzonder mee belast, grond aan te kopen, een vergelijkend onderzoek onder architecten en/of ingenieurs te organiseren, studies te laten uitvoeren, de bouwwerken te verwezenlijken, bepaalde documenten inzake boekhouding en beheer op te stellen en bij te houden, kapitaal bijeen te brengen, efficiënte middelen in te zetten om de verkoop van de bouwwerken te garanderen, alsmede in het algemeen het beheer en de coördinatie van het project en de voorlichting van de gemeente te verzekeren.
- 16 Blijkens artikel 10, tweede alinea, van de overeenkomst gelden voor SEDL, wanneer zij de werken aan derden gunt, krachtens artikel 48.1 van wet nr. 93-122 van 29 januari 1993 (JORF van 30 januari 1993) de beginselen van bekendmaking en van oproep tot mededinging in de zin van de Code des marchés publics (Frans wetboek voor overheidsopdrachten).
- 17 Volgens de aan de overeenkomst gehechte balans, die is opgesteld op basis van ramingen, zullen de totale inkomsten uit de verwezenlijking van de eerste fase van het project 10 227 103 EUR en uit de verwezenlijking van het gehele project 14 268 341 EUR bedragen. Van laatstgenoemd bedrag zal 2 925 000 EUR door de

stad worden betaald in ruil voor de overdracht van het parkeerterrein. Verder zal SEDL naar verwachting 8 099 000 EUR ontvangen uit de verkoop van voor derden bestemde werken. Ten slotte wordt bepaald dat de gemeente Roanne bijdraagt aan de financiering van alle te verwezenlijken bouwwerken, te weten 2 443 103 EUR voor de eerste fase en 3 034 341 EUR voor de volledige werken.

18 Uit de artikelen 22 tot en met 25 van de overeenkomst volgt dat SEDL bij het verstrijken daarvan een eindbalans vaststelt die door de gemeente Roanne moet worden goedgekeurd. Elk overschot op deze balans moet aan de gemeente worden overgemaakt. Voorts wordt de gemeente automatisch eigenaar van alle voor derden bestemde, maar nog niet verkochte grond en bouwwerken. De gemeente Roanne moet ook de uitvoering van de lopende overeenkomsten verzekeren, met uitzondering van de arbeidsovereenkomsten, en de door SEDL aangegane schulden overnemen.

19 Bij verzoekschrift, neergelegd bij het Tribunal administratif de Lyon op 11 december 2002, hebben verzoekers in het hoofdgeding een beroep ingesteld tot nietigverklaring van het besluit van de gemeenteraad van 28 oktober 2002. Met dit beroep stellen zij dat het besluit zowel naar nationaal recht als naar gemeenschapsrecht ongeldig is. Wat dit laatste betreft, betogen zij dat de sluiting van de overeenkomst, in overeenstemming met de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen, had moeten worden voorafgegaan door de bekendmaking van de opdracht en een oproep tot mededinging.

20 Daarop heeft het Tribunal administratif de Lyon de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is een overeenkomst waarbij een eerste aanbestedende dienst een tweede aanbestedende dienst belast met de uitvoering, voor een doelstelling van

algemeen belang, van een project van ruimtelijke ordening, in het kader waarvan die tweede aanbestedende dienst aan de eerste bouwwerken overdraagt om te voorzien in zijn behoeften, en na afloop waarvan de eerste aanbestedende dienst automatisch eigenaar wordt van de grond en de bouwwerken die niet aan derden zijn overgedragen, een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van het bepaalde in artikel 1 van de [...] richtlijn [...].?

- 2) Ingeval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, moet dan voor de raming van de in artikel 6 van [deze] richtlijn vastgestelde drempel van 5 000 000 [SDR] rekening worden gehouden met enkel de prijs die in ruil voor de verkoop van de aan de aanbestedende dienst overgedragen bouwwerken is betaald, dan wel met de som van deze prijs en de betaalde bijdragen, ook indien deze bijdragen slechts gedeeltelijk voor de uitvoering van deze werken worden aangewend, dan wel ten slotte met het totale bedrag van de werken, aangezien de bij het verstrijken van de overeenkomst niet verkochte goederen automatisch eigendom van de eerste aanbestedende dienst worden en deze dan voor de uitvoering van de lopende contracten zorgt en de door de tweede aanbestedende dienst aangegane schulden overneemt?

- 3) Ingeval de eerste en de tweede vraag bevestigend worden beantwoord, is de eerste aanbestedende dienst dan voor de sluiting van een dergelijke overeenkomst vrijgesteld van de verplichting, de in deze richtlijn vastgestelde aanbestedingsprocedures toe te passen, op grond dat deze overeenkomst enkel kan worden aangegaan met bepaalde rechtspersonen en bedoelde procedures door de tweede aanbestedende dienst zullen worden toegepast voor de gunning van zijn opdrachten voor de uitvoering van werken?"

Ontvankelijkheid van de vragen

- 21 Om te beginnen betogen de gemeente Roanne alsmede de Franse regering dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is.
- 22 De gemeente Roanne stelt dat de Franse wetgever bij wet nr. 2005-809 de publiekrechtelijke overeenkomsten inzake ruimtelijke ordening die zijn gesloten zonder voorafgaande bekendmaking en oproep tot mededinging met terugwerkende kracht rechtsgeldig heeft verklaard. Aangezien de verwijzende rechter gehouden is, de Franse wet toe te passen en ervan uit te gaan dat de overeenkomst bij deze wet geldig is verklaard, is volgens haar de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht niet meer noodzakelijk om het hoofdgeding te beslechten.
- 23 De Franse regering voert aan dat de betrokken overeenkomst in het verzoek om een prejudiciële beslissing ten onrechte wordt gekwalificeerd als een overeenkomst inzake ruimtelijke ordening in de zin van artikel L. 300-4 van de Code de l'urbanisme in de ten tijde van de feiten geldende versie. Volgens haar gaat het in werkelijkheid gewoon om de aanleg van bouwwerken. De vraag of een overeenkomst voor de verwezenlijking van een ruimtelijkeordeningsproject een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van de richtlijn is, is bijgevolg niet-ontvankelijk, daar deze geen verband houdt met het voorwerp van het geding en een reëel geschil.
- 24 Vaststaat dat zowel de gemeente Roanne als de Franse regering concludeert tot niet-ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing op grond van overwegingen die verband houden met de uitlegging van het Franse recht en met de kwalificatie van de aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten op basis van dit recht.

- 25 Zoals echter uit vaste rechtspraak blijkt, berust de procedure van artikel 234 EG op een duidelijke afbakening van de taken van de nationale rechterlijke instanties en van het Hof, en is het Hof uitsluitend bevoegd zich over de uitlegging of rechtsgeldigheid van de in dit artikel bedoelde gemeenschapshandelingen uit te spreken. In dit kader heeft het Hof zich niet uit te spreken over de uitlegging van de nationale bepalingen en over de juistheid van de uitlegging die de verwijzende rechter daaraan geeft (zie in die zin arresten van 22 oktober 1974, Demag, 27/74, Jurispr. blz. 1037, punt 8; 16 april 1991, Eurim-Pharm, C-347/89, Jurispr. blz. I-1747, punt 16, en 12 januari 2006, Turn- und Sportunion Waldberg, C-246/04, Jurispr. blz. I-589, punt 20).
- 26 Het is tevens uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt (zie arresten van 4 december 2003, EVN en Wienstrom, C-448/01, Jurispr. blz. I-14527, punt 74, en 12 april 2005, Keller, C-145/03, Jurispr. blz. I-2529, punt 33). Wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van het gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden.
- 27 Hieruit volgt dat de door de gemeente Roanne en de Franse regering aangevoerde argumenten van niet-ontvankelijkheid moeten worden afgewezen, en het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk moet worden verklaard.

Beantwoording van de eerste vraag

- 28 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de overeenkomst een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 1, sub a, van de richtlijn is.

- 29 Overeenkomstig de in deze bepaling neergelegde definitie zijn overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijn, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken of een werk als bedoeld in de richtlijn, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.
- 30 In hun schriftelijke opmerkingen betogen de gemeente Roanne alsmede de Franse en de Poolse regering dat de overeenkomst niet aan deze definitie voldoet en dus geen overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van de richtlijn is.
- 31 Volgens de gemeente Roanne is de overeenkomst, gelet op het voorwerp ervan, geen overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, daar zij, als publiekrechtelijke overeenkomst inzake ruimtelijke ordening, niet uitsluitend op de uitvoering van werken betrekking heeft. Overeenkomstig het Franse recht betreffen dergelijke overeenkomsten namelijk de volledige uitvoering van een stedelijk project of van een bepaald stedenbeleid in al zijn aspecten, in het bijzonder het opzetten van het project, het administratief en juridisch beheer ervan, de aankoop van grond door middel van onteigening en de vaststelling van de procedures voor het sluiten van de overeenkomsten.
- 32 In dezelfde gedachtegang merkt de Poolse regering op dat SEDL zich op grond van de overeenkomst verbindt tot het verwezenlijken van een investeringsproject dat verschillende taken omvat. Zij benadrukt in dit verband dat SEDL niet de aannemer is die de in de overeenkomst bedoelde werken zal uitvoeren, maar zich enkel verbindt tot het voorbereiden en het leiden van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken. Van mening dat het belangrijkste bestanddeel van de overeenkomst erin bestaat de bouwwerken te bestellen en toezicht te houden op de uitvoering daarvan, betoogt de Poolse regering dat de overeenkomst moet worden aangemerkt als een „overheidsopdracht voor dienstverlening” in de zin van artikel 1 van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1).

- 33 De Franse regering betoogt dat het gedeelte van het recreatiepark dat betrekking heeft op de uitvoering van de werken die aan derden zullen worden verkocht, geen overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van de richtlijn is. Volgens haar kan dit gedeelte, juist omdat het voor derden is bestemd, namelijk niet worden geacht aan de eisen van de gemeente te voldoen. Zij stelt verder dat in beginsel enkel de aanleg, voor rekening van de gemeente Roanne, van het parkeerterrein een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken zou kunnen zijn. Deze aanleg valt echter evenmin binnen de werkingssfeer van de richtlijn, omdat het parkeerterrein pas na voltooiing aan de gemeente zal worden overgedragen volgens een speciale procedure die in het Franse recht bekendstaat als „vente en l'état futur d'achèvement”, zodat het eigenlijk om een gewone aankoop van een onroerend goed gaat die niet zozeer betrekking heeft op de werken, maar wel op de verkoop van de te verwezenlijken bouwwerken.
- 34 De Litouwse en de Oostenrijkse regering alsmede de Commissie zijn van mening dat de overeenkomst een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 1 van de richtlijn is. In het bijzonder betoogt de Commissie dat hoewel de overeenkomst bepaalde taken omvat die dienstverrichtingen zijn, het hoofdvoorwerp ervan het laten uitvoeren van een bouwwerk is dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet in de zin van artikel 1, sub a en c, van de richtlijn.
- 35 De argumenten van de gemeente Roanne alsmede die van de Franse en de Poolse regering kunnen niet worden aanvaard.
- 36 Het is inderdaad juist dat SEDL op grond van de overeenkomst, behalve met de uitvoering van de werken, wordt belast met extra taken die, zoals een aantal partijen

die opmerkingen hebben ingediend hebben opgemerkt, de aard van een dienstverrichting hebben. Anders dan de gemeente Roanne stelt, volgt uit het enkele feit dat de overeenkomst bestanddelen bevat die verder gaan dan de uitvoering van de werken, evenwel niet dat deze buiten de werkings sfeer van de richtlijn valt.

- 37 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt namelijk dat wanneer sommige bestanddelen van een overeenkomst betrekking hebben op een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en sommige andere op een ander soort overheidsopdracht, op grond van het hoofdvoorwerp van de overeenkomst moet worden bepaald welke gemeenschapsrichtlijn inzake overheidsopdrachten in beginsel van toepassing is (zie arrest van 19 april 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92, *Jurispr.* blz. I-1329, punt 29).
- 38 Wat de toepassing van deze rechtspraak op de onderhavige zaak betreft, zij benadrukt dat SEDL, anders dan de Poolse regering in haar opmerkingen betoogt, luidens de bewoordingen van de overeenkomst niet alleen het beheer en de organisatie van de daarin bedoelde werken op zich neemt, maar ook de uitvoering ervan. Verder wordt volgens vaste rechtspraak niet vereist dat de persoon die de overeenkomst met een aanbestedende dienst sluit, zelf in staat is de overeengekomen prestatie in eigen beheer met zijn eigen middelen te verrichten om als aannemer belast met een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 1, sub a, van de richtlijn te kunnen worden aangemerkt (zie in die zin arresten van 14 april 1994, *Ballast Nedam Groep*, C-389/92, *Jurispr.* blz. I-1289, punt 13, en 2 december 1999, *Holst Italia*, C-176/98, *Jurispr.* blz. I-8607, punt 26). Om uit te maken of het hoofdvoorwerp van de overeenkomst de uitvoering van een bouwwerk is, is bijgevolg niet van belang dat SEDL de werken niet zelf uitvoert, maar deze door onderaannemers laat uitvoeren.
- 39 Het argument van de Franse regering dat de overeenkomst wegens de in punt 33 uiteengezette overwegingen niet kan worden geacht betrekking te hebben op de uitvoering van een bouwwerk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet in de zin van artikel 1, sub a, van de richtlijn, moet worden afgewezen.

- 40 Wat de juridische kwalificatie van het parkeerterrein door de Franse regering betreft, zij vastgesteld dat de definitie van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken tot het gebied van het gemeenschapsrecht behoort. Daar artikel 1, sub a, van de richtlijn voor zijn strekking en draagwijdte geen uitdrukkelijke verwijzing naar het recht van de lidstaten bevat, is de juridische kwalificatie van de overeenkomst naar Frans recht irrelevant om te beoordelen of de overeenkomst binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt (zie naar analogie arrest van 20 oktober 2005, Commissie/Frankrijk, C-264/03, Jurispr. blz. I-8831, punt 36).
- 41 Uit artikel 1, sub c, van de richtlijn volgt dat de vraag of er sprake is van een werk moet worden beoordeeld op basis van de economische of technische functie van het product van de verrichte werken (zie arrest van 27 oktober 2005, Commissie/Italië, C-187/04 en C-188/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 26). Zoals duidelijk uit een aantal bepalingen van de overeenkomst blijkt, wordt het recreatiepark aangelegd met de bedoeling om er commerciële en dienstverlenende activiteiten in onder te brengen, zodat de overeenkomst moet worden geacht een economische functie te vervullen.
- 42 Verder moet de aanleg van het recreatiepark worden geacht te voldoen aan de eisen die de gemeente Roanne in de overeenkomst heeft vastgesteld. Benadrukt zij in dit verband dat het bouwwerk waarop de overeenkomst betrekking heeft, het recreatiepark in al zijn onderdelen is, van de bouw van een multiplexbioscoop, ruimten voor het verlenen van met recreatie verband houdende diensten en een parkeerterrein tot eventueel een hotel. Blijkens verschillende bepalingen van de overeenkomst wil de gemeente Roanne met de aanleg van het recreatiepark in zijn geheel de stationswijk herpositioneren en een nieuwe dynamiek geven.
- 43 Wat de andere bestanddelen van de definitie van „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken” als bedoeld in artikel 1, sub a, van de richtlijn betreft, wordt om te beginnen niet betwist dat de gemeente Roanne als territoriaal lichaam een „aanbestedende dienst” in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijn is en dat er een schriftelijke overeenkomst bestaat.

- 44 Verder staat vast dat SEDL, als marktdeelnemer die zich ertoe verbindt de in de overeenkomst bedoelde werken te verwezenlijken, als aannemer in de zin van de richtlijn moet worden aangemerkt. Zoals in punt 38 van het onderhavige arrest reeds is gezegd, is het in dit verband niet van belang dat SEDL voor het ontwerp en de uitvoering van de werken een beroep doet op onderaannemers (zie in die zin arrest van 12 juli 2001, *Ordine degli Architetti e.a.*, C-399/98, Jurispr. blz. I-5409, punt 90).
- 45 Ten slotte is het duidelijk dat het om een overeenkomst onder bezwarende titel gaat. Daarmee wordt bedoeld dat de aannemer voor de uitvoering van de door de aanbestedende dienst bedoelde werken een tegenprestatie krijgt (zie in die zin arrest *Ordine degli Architetti e.a.*, reeds aangehaald, punt 77). Volgens de bepalingen van de overeenkomst ontvangt SEDL van de gemeente Roanne als tegenprestatie voor de overdracht van het parkeerterrein een som geld. De gemeente verbindt zich er ook toe een gedeelte van de kosten van alle uit te voeren bouwwerken voor haar rekening te nemen. Tot slot mag SEDL krachtens de overeenkomst als tegenprestatie voor de overdracht van de verwezenlijkte bouwwerken van derden inkomsten verkrijgen.
- 46 Uit de analyse van de overeenkomst blijkt dat het hoofdvoorwerp daarvan, zoals de Commissie heeft gesteld, de uitvoering is van een geheel van werken dat resulteert in een werk in de zin van artikel 1, sub c, van de richtlijn, te weten een recreatiepark. De dienstencomponenten van de overeenkomst, zoals de aankoop van grond, het bijeenbrengen van kapitaal, de organisatie van een vergelijkend onderzoek voor architecten en/of ingenieurs, alsmede de verkoop van de gebouwen, vormen een onderdeel van de voltooiing van dit bouwwerk.
- 47 Gelet op het voorgaande, moet op de eerste vraag worden geantwoord dat een overeenkomst waarbij een eerste aanbestedende dienst een tweede aanbestedende dienst belast met de uitvoering van een bouwwerk, een overheidsopdracht voor de

uitvoering van werken in de zin van artikel 1, sub a, van de richtlijn vormt, 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.

Beantwoording van de tweede vraag

- 48 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen hoe de waarde van de betrokken opdracht moet worden bepaald, teneinde te kunnen beoordelen of de drempel van artikel 6 van de richtlijn is bereikt.
- 49 De verwijzende rechter stelt ter berekening van deze drempel drie mogelijke grondslagen voor: bepaling van de waarde van de opdracht op basis van 1) uitsluitend de bedragen die de aanbestedende dienst heeft betaald in ruil voor de bouwwerken die aan hem zullen worden overgedragen; 2) het door de aanbestedende dienst betaalde totaalbedrag, namelijk de tegenprestatie voor de bouwwerken die aan hem zullen worden overgedragen alsmede de financiële bijdrage voor alle uit te voeren bouwwerken; 3) de totale waarde van de werken, wat zowel de door de aanbestedende dienst betaalde bedragen omvat als die welke van derden in ruil voor de voor hun rekening uitgevoerde bouwwerken zijn ontvangen.
- 50 Om te beginnen zij opgemerkt dat de richtlijn volgens artikel 6 daarvan van toepassing is op overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken waarvan de waarde de in dit artikel vastgestelde drempel bereikt. Dit artikel bevat geen voorschriften inhoudende dat ter bepaling van de waarde van een opdracht enkel rekening mag worden gehouden met de door de aanbestedende dienst betaalde bedragen.

- 51 Werd een dergelijk voorschrift uit dit artikel 6 afgeleid, dan zou dat bovendien ingaan tegen de geest en het doel van de richtlijn.
- 52 Zoals uit de tweede en de tiende overweging van de considerans ervan blijkt, beoogt de richtlijn de beperkingen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken op te heffen teneinde deze opdrachten voor een daadwerkelijke mededinging open te stellen (arrest *Ordine degli Architetti e.a.*, reeds aangehaald, punt 52). In de tiende overweging van de considerans wordt gepreciseerd dat het voor de ontwikkeling van deze mededinging noodzakelijk is dat de aankondigingen van de desbetreffende opdrachten op communautair niveau bekend worden gemaakt, en dat daarin voldoende inlichtingen worden gegeven om de aannemers van de Europese Gemeenschap in staat te stellen uit te maken of de voorgenomen opdrachten voor hen van belang zijn. In dit verband heeft de in artikel 6 van de richtlijn vastgestelde drempel tot doel te verzekeren dat overheidsopdrachten waarvan de waarde hoog genoeg is om intracommunautaire deelname te rechtvaardigen, aan de potentiële inschrijvers worden meegedeeld.
- 53 Aangezien de in de richtlijn vastgestelde procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken juist beogen te waarborgen dat potentiële inschrijvers die in de Europese Gemeenschap zijn gevestigd, toegang hebben tot de overheidsopdrachten die voor hen van belang zijn, dient voor de berekening of de waarde van een opdracht de in artikel 6 van de richtlijn vastgestelde drempel bereikt, van hun standpunt te worden uitgegaan.
- 54 In dit verband is het duidelijk dat wanneer de waarde van een opdracht wordt gevormd door inkomsten die zowel van de aanbestedende dienst als van derden afkomstig zijn, het belang van een dergelijke opdracht voor een potentiële inschrijver verband houdt met de totale waarde van de opdracht.

- 55 Omgekeerd zou het standpunt dat bij de berekening van de waarde van een opdracht in de zin van artikel 6 van de richtlijn enkel met de door de aanbestedende dienst betaalde bedragen rekening mag worden gehouden, in strijd zijn met het doel van de richtlijn. Daaruit zou volgen dat de aanbestedende dienst een opdracht met een hogere totale waarde dan de in artikel 6 vastgestelde drempel, die van belang zou kunnen zijn voor andere op de markt actieve aannemers, zou kunnen gunnen zonder de in de richtlijn vastgestelde procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken toe te passen.
- 56 Ten slotte zij eraan herinnerd dat krachtens artikel 3 van de richtlijn de in de richtlijn neergelegde bekendmakingsvoorschriften van toepassing zijn op concessies voor openbare werken wanneer de in die bepaling bedoelde drempel wordt bereikt. Daar een wezenlijk kenmerk van deze concessies erin bestaat dat de tegenprestatie voor de werken geheel of gedeeltelijk door derden wordt geleverd, zou het tegen het aan de richtlijn ten grondslag liggende doel en stelsel ingaan wanneer in het kader van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken de van derden afkomstige bedragen van de berekening van de waarde van de opdracht in de zin van artikel 6 van de richtlijn werden uitgesloten.
- 57 Gelet op het voorgaande, moet op de tweede vraag worden geantwoord dat ter bepaling van de waarde van een opdracht in de zin van artikel 6 van de richtlijn rekening moet worden gehouden met de totale waarde van de opdracht voor de uitvoering van werken vanuit het oogpunt van een potentiële inschrijver, wat niet alleen alle bedragen omvat die de aanbestedende dienst zal moeten betalen, maar ook alle inkomsten die van derden zullen worden verkregen.

Beantwoording van de derde vraag

- 58 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een aanbestedende dienst voor de sluiting van een overeenkomst als die in het hoofdgeding is vrijgesteld van de verplichting om de in de richtlijn vastgestelde

procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken toe te passen, op grond dat deze overeenkomst naar nationaal recht enkel kan worden aangegaan met bepaalde rechtspersonen die zelf aanbestedende diensten zijn en op hun beurt deze procedures moeten toepassen voor het plaatsen van eventuele verdere opdrachten.

- 59 Vooraf zij opgemerkt dat de enige uitzonderingen die op de toepassing van de richtlijn zijn toegestaan, daarin uitdrukkelijk worden genoemd (zie naar analogie arresten van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 43, en 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei, C-340/04, Jurispr. blz. I-4137, punt 45).
- 60 De richtlijn bevat evenwel geen bepaling die vergelijkbaar is met artikel 6 van richtlijn 92/50, dat overheidsopdrachten die onder bepaalde voorwaarden aan aanbestedende diensten zijn gegund, van haar werkingssfeer uitsluit (zie naar analogie reeds aangehaalde arresten Teckal, punt 44, alsmede Carbotermo en Consorzio Alisei, punt 46).
- 61 Er zij op gewezen dat artikel 11 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) in een uitzondering voorziet voor aanbestedende diensten die via een aankoopcentrale zoals omschreven in artikel 1, lid 10, van deze richtlijn, in het bijzonder werken verwerven. Deze bepaling is *ratione temporis* evenwel niet van toepassing op de feiten in het hoofdgeding.

- 62 Bijgevolg is een aanbestedende dienst niet vrijgesteld van de verplichting om de in de richtlijn vastgestelde procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken toe te passen, op grond dat hij voornemens is de betrokken overeenkomst te sluiten met een tweede aanbestedende dienst (zie naar analogie arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 51; arresten van 7 december 2000, ARGE, C-94/99, Jurispr. blz. I-11037, punt 40, en 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 47). Deze vaststelling doet verder niet af aan de verplichting van laatstbedoelde aanbestedende dienst om zelf de door de richtlijn voorgeschreven aanbestedingsprocedures te volgen (zie naar analogie arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 45).
- 63 Het is juist dat overeenkomstig de rechtspraak van het Hof een oproep tot inschrijving niet verplicht is voor overeenkomsten die worden aangegaan tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is, wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam dat hem controleert of de lichamen die hem controleren (zie arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 50, en arrest van 13 januari 2005, Commissie/Spanje, C-84/03, Jurispr. blz. I-139, punten 38 en 39).
- 64 Nu SEDL een gemengde vennootschap is waarvan het kapitaal gedeeltelijk uit particuliere middelen bestaat, kan de gemeente Roanne evenwel niet worden geacht op deze vennootschap toezicht uit te oefenen zoals op haar eigen diensten. Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat de plaatsing van privékapitaal in een onderneming beantwoordt aan specifieke overwegingen verband houdend met particuliere belangen en andere doelstellingen nastreeft dan die van een overheidsorgaan (zie arrest Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald, punten 49 en 50). De redenering die het Hof in voormeld arrest Stadt Halle en RPL Lochau heeft gevolgd ten aanzien van overheidsopdrachten voor dienstverlening, geldt ook voor overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.

- 65 Uit de opmerkingen van de gemeente Roanne alsmede uit die van de Franse en de Poolse regering blijkt dat de richtlijn volgens hen haar nuttige werking toch behoudt in gevallen, zoals het onderhavige, waarin een tweede aanbestedende dienst verplicht is voor elke verdere opdracht de in de richtlijn vastgestelde procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken te volgen. Ter verzekering van een daadwerkelijke mededinging is het volgens hen irrelevant dat een dergelijke procedure door een eerste dan wel door een tweede aanbestedende dienst wordt georganiseerd.
- 66 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de richtlijn geen bepalingen bevat op grond waarvan de toepassing ervan kan worden uitgesloten in het geval van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken tussen twee aanbestedende diensten, ook niet wanneer de tweede aanbestedende dienst genoodzaakt is de opdracht voor de totale waarde aan onderaannemers uit te besteden en daartoe de in de richtlijn vastgestelde procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten dient te volgen.
- 67 Verder bepaalt de overeenkomst in het onderhavige geval niet dat SEDL gehouden is de totale oorspronkelijke opdracht aan onderaannemers uit te besteden. Zoals voorts de advocaat-generaal in punt 72 van haar conclusie terecht heeft opgemerkt, is de kans groot dat, wanneer een tweede aanbestedende dienst met onderaannemers werkt, de bij hen geplaatste opdrachten slechts een gedeelte van de totale opdracht betreffen. Dat kan tot gevolg hebben dat de waarde van verdere opdrachten die door een tweede aanbestedende dienst worden geplaatst, lager is dan die welke in artikel 6, lid 1, sub a, van de richtlijn wordt genoemd. Zo zou de toepassing van de richtlijn door het opzetten van een reeks opeenvolgende opdrachten kunnen worden omzeild.
- 68 Gelet op het voorgaande, moet op de derde vraag worden geantwoord dat een aanbestedende dienst niet is vrijgesteld van de verplichting om de in de richtlijn vastgestelde procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken toe te passen, op grond dat de betrokken overeenkomst naar nationaal recht enkel kan worden aangegaan met bepaalde rechtspersonen die zelf aanbestedende diensten zijn en op hun beurt deze procedures moeten toepassen voor het plaatsen van eventuele verdere opdrachten.

Kosten

- ⁶⁹ 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 van Justitie (Eerste kamer) verklaart voor recht:

- 1) Een overeenkomst waarbij een eerste aanbestedende dienst een tweede aanbestedende dienst belast met de uitvoering van een bouwwerk vormt een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 1, sub a, van 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, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997, 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.

- 2) Ter bepaling van de waarde van een opdracht in de zin van artikel 6 van richtlijn 93/37, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52, moet rekening worden gehouden met de totale waarde van de opdracht voor de uitvoering van werken vanuit het oogpunt van een potentiële inschrijver, wat niet alleen alle bedragen omvat die de aanbestedende dienst zal moeten betalen, maar ook alle inkomsten die van derden zullen worden verkregen.

- 3) **Een aanbestedende dienst is niet vrijgesteld van de verplichting om de in richtlijn 93/37, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52, vastgestelde procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken toe te passen, op grond dat de betrokken overeenkomst naar nationaal recht enkel kan worden aangegaan met bepaalde rechtspersonen die zelf aanbestedende diensten zijn en op hun beurt deze procedures moeten toepassen voor het plaatsen van eventuele verdere opdrachten.**

ondertekeningen