

112

Subsidieovereenkomst of overheidsopdracht voor werken?

Hof van Justitie EU

11 april 2024, nr. C-28/23, ECLI:EU:C:2024:306

(M. Campos Sánchez-Bordona)

(Concl. A-G M. Campos Sánchez-Bordona)

Noot mr. A. Stellingwerff Beintema

Aanbestedende dienst. Overheidsopdracht. Overheidsopdracht voor werken. Prejudiciële vraag. Uitleg overeenkomst. Unierecht.

[Richtlijn 2014/24 art. 2 lid 1; VWEU art. 108 lid 3]

In 2013 heeft de Slowaakse regering met een particuliere onderneming een 'subsidieovereenkomst' gesloten met het oog op de bouw van het nationale voetbalstadion in Bratislava. In 2016 hebben beide partijen een nieuwe overeenkomst gesloten, waarvan een van de clausules vernoemde onderneming de eenzijdige optie verleende om het stadion onder bepaalde voorwaarden te verkopen aan de staat. In 2016 heeft Slowakije de Europese Commissie overeenkomstig art. 108 lid 3 VWEU in kennis gesteld van de uit die overeenkomsten voortvloeiende, met staatsmiddelen bekostigde steunmaatregelen voor de bouw van het stadion. Op 24 mei 2017 heeft de Commissie die maatregelen verenigbaar met de interne markt verklaard bij besluit SA.46530.

In 2020 hebben de Slowaakse autoriteiten te kennen gegeven dat zij de gesloten overeenkomsten niet wensten na te komen op grond dat deze van meet af aan niet strookten met de Unieregels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Het geschil heeft geleid tot een aantal door beide partijen tegen elkaar aanhangig gemaakte gedingen. In het kader van een van deze gedingen, die de verwijzende rechter niet exact heeft aangeduid, heeft deze rechter verzocht om een prejudiciële beslissing tot uitlegging van Richtlijn 2004/18/EG, 2014/24/EU en 89/665/EEG. Specifiek vraagt hij zich af of de hierboven beschreven overeenkomsten een overheidsopdracht voor werken (waar

voor een openbare aanbesteding uitgeschreven had moeten worden) verhullen, en, indien dat het geval is, of de eventuele nietigverklaring ervan terugwerkende kracht heeft.

BeoordelingEerste prejudiciële vraag

Om te bepalen of dat geheel van overeenkomsten in werkelijkheid een aan Richtlijn 2014/24 onderworpen overheidsopdracht voor werken vormde, moet onder meer worden nagegaan of er tussen NFS en de Slowaakse regering bindende wederzijdse verbintenissen bestonden waaruit bleek dat de opdracht onder bezwarende titel was gegund en die in rechte afdwingbaar waren, of de Slowaakse regering een beslissing invloed heeft uitgeoefend op het ontwerp van het stadionproject en of de Slowaakse regering al dan niet de eigendom van het stadion zou verwerven of zou kunnen beschikken over het bouwwerk. In het kader van die beoordeling kunnen de overwegingen die de Commissie in haar besluit SA.46530 heeft geformuleerd met betrekking tot de inhoud van de subsidieovereenkomst en de aankoopbelofte, die behelzen dat de Slowaakse Staat middels die overeenkomsten staatssteun had verleend die verenigbaar was met de interne markt, niet buiten beschouwing worden gelaten. Op basis van het bovenstaande zal geanalyseerd worden wat de wezenlijke elementen van een overheidsopdracht voor werken zijn en in hoeverre in casu sprake is van deze elementen.

Volgens artikel 2, lid 1, punt 6, van richtlijn 2014/24 „[gelden] [v]oor de toepassing van deze richtlijn [...] de volgende definities: [...] , overheidsopdrachten voor werken': overheidsopdrachten die betrekking hebben op een van de volgende: a) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage II bedoelde activiteiten; b) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van een werk; c) het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk en het ontwerp van het werk."

Om als overheidsopdracht voor werken te worden aangemerkt, moet er een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel zijn gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten, die betrekking heeft op

een van de in het vorige punt bedoelde opdrachten.

Het Hof heeft de kenmerken van dit type opdracht als volgt beschreven:

- „Bij een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken ontvangt de aanbestedende dienst [...] een prestatie die bestaat in de uitvoering van de werken waarover hij wenst te beschikken en die voor hem een rechtstreeks economisch belang inhoudt.”
- „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. 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”
- 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”
- Een overheidsopdracht voor werken „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.

Vanuit een ander oogpunt heeft het Hof verklaard dat het in dit verband 'fundamenteel is dat het werk conform de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen wordt uitgevoerd, terwijl niet van belang is welke middelen daarvoor worden gebruikt'. Daarvan is sprake wanneer de aanbestedende dienst 'maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen'. Ten slotte heeft het Hof voorzien in criteria om te bepalen wanneer de aanbestedende dienst die beslissende invloed uitoefent: daarvan is sprake 'indien kan worden aangetoond dat deze invloed is uitgeoefend op de architectonische structuur van dit gebouw, zoals de afmetingen en de buiten- en draagmuren ervan'.

NFS beoogt dat de kenmerken van een overheidsopdracht ontbreken, aangezien: a) er geen in rechte afdwingbare verbintenis tot het (op eigen kosten) bouwen van het stadion bestaat, b) de subsidieovereenkomst en de aankoopbelofte niet onder bezwarende titel zijn gesloten en de Slowaakse Staat geen rechtstreeks belang aan die overeenkomsten ontleent, en c) het ministerie van Onderwijs geen specifieke technische eisen aan het project heeft gesteld.

In de eerste plaats is niet duidelijk waaruit die prestatie bestaat die de Slowaakse Staat op grond van de subsidieovereenkomst en de aankoopbelofte van NFS kan vorderen, hetgeen aan de verwijzende rechter staat om te verifiëren. In de tweede plaats is er ook geen duidelijkheid over de verbintenis inzake de aanschaf van het stadion. Die verbintenis zou uiteraard niet voortvloeien uit de subsidieovereenkomst, maar, hypothetisch, uit de aankoopbelofte. De verwijzende rechter zal moeten afwegen of NFS, na de bouw van het sportcomplex, een in rechte afdwingbare verplichting had om deze aan de Slowaakse Staat over te dragen, die deze laatste zou kunnen inroepen. In de derde plaats is niet duidelijk of de Slowaakse Staat een rechtstreeks economisch belang ontleende aan de twee litigieuze overeenkomsten nadat de verplichting om de stadionfaciliteiten kosteloos aan de Slowaakse voetbalbond over te dragen uit de subsidieovereenkomst was geschrapt. Het belang (en het daaruit voortvloeiende indirecte voordeel) van de staat lijkt zich te beperken tot de algemene bevordering van de nationale sport. In de vierde plaats is het op zijn minst twijfelachtig of het ministerie van Onderwijs middels de litigieuze overeenkomsten een beslissende invloed op het ontwerp van de werken heeft uitgeoefend. Onder voorbehoud van de wederom door de verwijzende rechter te verrichten verificatie, lijkt alles erop te wijzen dat de enige criteria die in dit verband zijn toegepast de criteria zijn die voortvloeien uit de UEFA-voorschriften voor de bouw van stadions van categorie 4 en de Slowaakse algemene regels inzake sportinfrastructuur.

De loutere omstandigheid dat het ministerie van Onderwijs zitting heeft in een toezichtcommissie betekent niet noodzakelijkerwijs dat het een beslissende invloed heeft uitgeoefend op het ontwerp en de uitvoering van het project.

Samenvattend is de A-G van mening dat het een en ander in te brengen is tegen de kwalificatie van

het litigieuze ‘contractuele geheel’ als een echte overheidsopdracht in de zin van art. 2 lid 1 punt 6 Richtlijn 2014/24. Of deze kwalificatie al dan niet kan worden gegeven zal afhangen van de eindbeoordeling door de verwijzende rechter van bewijselementen die hij zelf niet met voldoende duidelijkheid heeft uiteengezet.

Relevantie van besluit SA.46530

Zeker is dat NFS, als particuliere entiteit, niet onder het begrip ‘aanbestedende dienst’ in de zin van art. 2 lid 1 punt 1 Richtlijn 2014/24 valt. Omdat die entiteit echter door de staat is gedwongen om de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten na te leven (en daartoe staatsmiddelen ontvangt), en die voorwaarde ook door besluit SA.46530 wordt opgelegd, meent de A-G dat, vanuit materieel oogpunt, bij de bouw van het stadion de in die richtlijn vervatte regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten van toepassing werden en NFS zich in een positie bevond die analoog is aan die van een aanbestedende dienst. De Commissie kan actief optreden om de mededinging te waarborgen wanneer de plaatsing van een overheidsopdracht inbreuk maakt op de regels die onder andere Richtlijn 2014/24 bevat om die doelstelling te verwezenlijken. De A-G ziet geen reden waarom zij dat niet zou moeten doen bij het onderzoek van de rechtmatigheid van staatssteunmaatregelen die voortvloeien uit door overheidsinstanties met particuliere entiteiten gesloten overeenkomsten. De A-G stelt met name vast dat de Commissie verplicht was te onderzoeken of de wijze waarop de overheidssteun aan NFS was gestructureerd het bestaan van een in aanbesteding te geven overheidsopdracht verhulde. De A-G overweegt dat uit overweging 8 van besluit SA.46530 blijkt dat zij dit impliciet heeft gedaan.

Conclusie

Een tussen een overheidsinstantie en een particuliere onderneming gesloten subsidieovereenkomst en aankoopbelofte, op grond waarvan aan die onderneming staatsmiddelen worden toegerekend voor de bouw van een sportcomplex respectievelijk de onderneming de eenzijdige optie wordt verleend om dat sportcomplex aan de staat te verkopen, kunnen niet worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht voor werken indien er geen in rechte afdwingbare verbintenis tot verwerving van de infrastructuur door de staat uit

voortvloeit en de staat geen rechtstreeks economisch voordeel verkrijgt of geen beslissende invloed op het ontwerp van de werken heeft uitgeoefend. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of in het geding dat hij moet beslechten aan deze voorwaarden is voldaan.

De overige prejudiciële vragen en de beantwoording daarop zijn hier vanwege verminderde relevantie niet opgenomen. Voor een volledig overzicht zij verwezen naar het vonnis.

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-Generaal

M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA

van 11 april 2024¹

Zaak C-28/23

NFŠ a.s.

tegen

Slovenská republika konajúca prostredníctvom Ministerstva školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky,

Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky

[verzoek van de Okresný súd Bratislava III (rechter in eerste aanleg Bratislava III, Slowakije) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2014/24/EU – Overheidsopdrachten voor werken – Begrip – Onder het mom van andere overeenkomsten gegunde overheidsopdracht voor werken – In rechte afdwingbare wederzijdse verbintenissen – Overeenkomstig de vereisten van de aanbestedende dienst gebouwd gebouw – Beslissende invloed – Relevantie van een besluit van de Europese Commissie waarbij de overeenkomsten verenigbaar met de interne markt zijn verklaard – Richtlijn 89/665/EEG – Toepasselijkheid – Nietigverklaring van een overeenkomst – Gevolgen van de nietigverklaring”

(1) In 2013 heeft de Slowaakse regering met een particuliere onderneming² een „subsidieovereenkomst” gesloten met het oog op de bouw van het nationale voetbalstadion (hierna: „stadion”) in Bratislava (Slowaakse Republiek).

(2) In 2016 hebben beide partijen een nieuwe overeenkomst gesloten, waarvan een van de clau-

1 Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 Národný futbalový štadión a.s., waarvan NFŠ a.s. met ingang van 31 december 2015 de rechtsopvolgster is (hierna: „NFŠ”).

sules voornoemde onderneming de eenzijdige optie verleende om het stadion onder bepaalde voorwaarden te verkopen aan de staat.

(3) In 2016 heeft Slowakije de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU in kennis gesteld van de uit die overeenkomsten voortvloeiende, met staatsmiddelen bekostigde steunmaatregelen voor de bouw van het stadion. Op 24 mei 2017 heeft de Commissie die maatregelen verenigbaar met de interne markt verklaard bij besluit State Aid SA.46530 – Slovakia National Football Stadium³.

(4) In 2020 hebben de Slowaakse autoriteiten te kennen gegeven dat zij de gesloten overeenkomsten niet wensten na te komen op grond dat deze van meet af aan niet strookten met de Unieregels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Het geschil heeft geleid tot een aantal door beide partijen tegen elkaar aanhangig gemaakte gedingen.⁴

(5) In het kader van een van deze gedingen, die de verwijzende rechter niet exact heeft aangeduid⁵, heeft deze rechter verzocht om een prejudiciële beslissing tot uitlegging van de richtlijnen

2004/18/EG⁶, 2014/24/EU⁷ en 89/665/EEG⁸. Specifiek vraagt hij zich af of de hierboven beschreven overeenkomsten een overheidsopdracht voor werken (waarvoor een openbare aanbesteding had moeten worden uitgeschreven) verhullen, en, indien dat het geval is, of de eventuele nietigverklaring ervan terugwerkende kracht heeft.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Richtlijn 2014/24

6. Artikel 2 („Definities”) schrijft voor:

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

[...]

5. ‚overheidsopdrachten’: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.

6. ‚overheidsopdrachten voor werken’: overheidsopdrachten die betrekking hebben op een van de volgende:

(a) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage II bedoelde activiteiten;

(b) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van een werk;

(c) het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed

3 Hierna: „besluit SA.46530”.

4 Volgens de verwijzingsbeslissing (punt 20) „[...] zijn [thans] de volgende gerechtelijke geschillen aanhangig: 1) het ministerie [van Onderwijs] en de Slowaakse Republiek vorderen van [NFS] terugbetaling van het volledige subsidiebedrag ten belope van 27 200 000 EUR, vermeerderd met rente en kosten, op grond dat de subsidieovereenkomst absoluut nietig is omdat zij in strijd is met de wet, 2) [NFS] verzoekt het ministerie en de Slowaakse Republiek de inhoud van de niet-afdwingbare bepaling van de voorovereenkomst vast te stellen waarin de procedure voor de berekening van de verkoopprijs van het stadion wordt vastgesteld, 3) [NFS] vordert van de Slowaakse Republiek en het ministerie betaling van een contractuele boete ten bedrage van 48 000 000 EUR omdat de toegezegde overeenkomst tot verkoop van het stadion onder de in de voorovereenkomst vastgestelde voorwaarden niet is gesloten, en 4) in verband met het stadionproject vordert [NFS] van de Slowaakse Republiek en het ministerie betaling van een schadevergoeding ten bedrage van 47 349 262,73 EUR, vermeerderd met rente en kosten.”

5 Zoals de partijen bij het hoofdgeding ter terechtzitting hebben verklaard, gaat het om het tweede in punt 20 van de verwijzingsbeslissing vermelde geding, dat betrekking heeft op de berekening van de verkoopprijs.

6 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 2004, L 134, blz. 114).

7 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18 (PB 2014, L 94, blz. 65).

8 Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 (PB 2014, L 94, blz. 1).

uitoefent op het soort werk en het ontwerp van het werk.
[...]"

2. Richtlijn 89/665

7. In artikel 1 („Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures”) wordt bepaald: „1. [...]

De lidstaten nemen [...] de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld [...].

[...]

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

[...]"

8. In artikel 2 quinquies („Onverbindendheid”) staat te lezen:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat een overeenkomst door een beroepsinstantie die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst onverbindend wordt verklaard of dat de onverbindendheid van de overeenkomst het gevolg is van een besluit van zulke onafhankelijke beroepsinstantie, in de volgende gevallen:

a) indien de aanbestedende dienst een opdracht heeft gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, zonder dat dit op grond van [richtlijn 2014/24] of [richtlijn 2014/23] is toegestaan;
[...]"

B. Slowaaks recht

1. *Zákon z 26. februára 1964 č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (burgerlijk wetboek)*

9. § 39 van *Zákon z 26. februára 1964 č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník*⁹ luidt:

„Een rechtshandeling die naar inhoud of doel in strijd is met het recht, de wet omzeilt of in strijd is met de goede zeden is nietig.”

10. § 40a bepaalt dat, in bepaalde gevallen, de rechtshandeling wordt geacht geldig te zijn, tenzij

degene op wie die rechtshandeling betrekking heeft de nietigheid ervan inroept. De nietigheid van een rechtshandeling kan niet worden ingeroepen door degene die deze heeft veroorzaakt.

2. *Zákon z 18. februára 2015 č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (wet inzake overheidsopdrachten)*

11. § 3, lid 3, van *Zákon z 18. novembra 2015 č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov*¹⁰ luidt:

„Een opdracht voor werken in de zin van deze wet is een opdracht die betrekking heeft op:

(a) hetzij de uitvoering van bouwwerken, hetzij het ontwerp en de uitvoering van bouwwerken die verband houden met een van de in afdeling 45 van de gemeenschappelijke terminologie voor overheidsopdrachten opgesomde activiteiten;
(b) de uitvoering van werken, of het ontwerp en de uitvoering van werken; of
(c) de uitvoering van werken, ongeacht de vorm daarvan zoals vastgesteld door de aanbestedende dienst of entiteit, die een beslissende invloed uitoefent op het soort bouwwerk of bouwproject.”

3. *Zákon 300/2008 Z. z. z 2. júla 2008 o organizácii a podpore športu a o zmene a doplnení niektorých zákonov (wet inzake de organisatie en bevordering van sport)*

12. In artikel 13 van *Zákon 300/2008 Z. z. z 2. júla 2008 o organizácii a podpore športu a o zmene a doplnení niektorých zákonov*¹¹ wordt „sportinfrastructuur van bijzonder belang” gedefinieerd als sportinfrastructuur die nodig is voor internationale sportcompetities en -evenementen en die voldoet aan de eisen van internationale sportbonden, met name wat betreft de capaciteit, de uitrusting, de afmetingen en de technische vereisten voor de bouw ervan, met inbegrip van die welke verband houden met het gebruik door personen met beperkte mobiliteit en oriëntatie, met de veiligheid van de sporters en de toeschouwers en met de opleiding van sportvertegenwoordigers.

9 Wet van 26 februari 1964 tot vaststelling van het burgerlijk wetboek.

10 Wet nr. 343/2015 van 18 november 2015 inzake overheidsopdrachten en tot wijziging en aanvulling van bepaalde wetten.

11 Wet nr. 300/2008 van 2 juli 2008 inzake de organisatie en bevordering van sport.

II. Feiten, geding en prejudiciële vragen

13. Op 10 mei 2006 heeft de Slowaakse regering een besluit vastgesteld met het oog op de bouw van het stadion. In de daaropvolgende jaren zijn volgens de verwijzende rechter andere regeringsbesluiten met betrekking tot het stadion genomen, „waarin werd bepaald dat de investeerder of projectontwikkelaar moest worden geselecteerd in het kader van een openbare aanbestedingsprocedure”.¹²

14. Op 10 juli 2013 heeft de Slowaakse regering, „zonder enige vermelding in een document of register van voorafgaande onderhandelingen, en zonder enige selectieprocedure of openbare aanbesteding”¹³, besluit nr. 400/2013 vastgesteld, waarin het Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (ministerie van Onderwijs, Wetenschap, Onderzoek en Sport van de Slowaakse Republiek; hierna: „ministerie van Onderwijs”) zich ertoe verbond met een bepaalde onderneming (Národný futbalový štadión a.s.) een memorandum af te sluiten tot vastlegging van de voorwaarden voor de toekenning van een subsidie en voor de bouw van het stadion.¹⁴

15. Het memorandum werd op 11 juli 2013 ondertekend.¹⁵

16. Op 15 augustus 2013 hebben het ministerie van Onderwijs en Národný futbalový štadión a.s. een overeenkomst gesloten inzake de voorwaarden voor de toekenning van de subsidie voor de bouw van het stadion.¹⁶

17. Volgens clausule 6, punten 1 en 2, van die overeenkomst verbond het ministerie van Onderwijs zich ertoe om een oproep tot het indienen van een subsidieaanvraag voor de bouw van het stadion te publiceren en met de geselecteerde aanvrager een subsidieovereenkomst te sluiten waarin de rechten, plichten, voorwaarden en verplichtingen van beide partijen zouden worden vastgesteld.¹⁷

18. Op 21 november 2013 hebben het ministerie van Onderwijs en Národný futbalový štadión a.s. de subsidieovereenkomst¹⁸ (inzake de uit de staatsbegroting te bekostigen subsidie) ondertekend.

19. In die overeenkomst verbond het ministerie van Onderwijs zich ertoe om 27 200 000 EUR te verstrekken, als subsidie voor het bouwproject, en verbond Národný futbalový štadión a.s. zich tot medefinanciering van het stadion voor ten minste 60 % van de bouwkosten.

20. Op 10 mei 2016 heeft het ministerie van Onderwijs, namens de Slowaakse Republiek als toekomstige koper, met NFŠ, als toekomstige verkoopster, een nieuwe overeenkomst gesloten¹⁹ (hierna: „aankoopbelofte”), waarin NFŠ de mogelijkheid werd verleend om de eigendom en exploitatie van het stadion door middel van een latere verkoop over te dragen aan de Slowaakse Republiek.²⁰

12 Punt 6 van de verwijzingsbeslissing. De staat had belang bij de bouw van een stadion dat voldoet aan de voorschriften van de UEFA (acroniem van de Engelse benaming „Union of European Football Associations”). Op grond van deze voorschriften zou het gaan om een stadion van categorie 4 dat geschikt is voor de organisatie van sportevenementen en het spelen van wedstrijden door nationale voetbalelftallen van alle categorieën.

13 Punt 7 van de verwijzingsbeslissing.

14 Het project zou onder meer een ondergrondse parkeergarage en een sportpark omvatten.

15 Memorandum o spolupráci pri realizácii výstavby a prevádzke športovej infraštruktúry „Národný futbalový štadión” [memorandum inzake samenwerking bij de bouw en exploitatie van het sportcomplex „Národný futbalový štadión” (nationaal voetbalstadion)].

16 Zmluva o podmienkach poskytnutia dotácie na výstavbu Národného futbalového štadióna (overeenkomst inzake de voorwaarden voor de toekenning van

een subsidie voor de bouw van het nationale voetbalstadion).

17 De oproep werd gepubliceerd op 20 september 2013. Volgens punt 10 van de verwijzingsbeslissing werd Národný futbalový štadión a.s. daarin als enige in aanmerking komende vennootschap aangewezen.

18 Zmluva o poskytnutí dotácie zo štátneho rozpočtu (overeenkomst inzake de toekenning van een subsidie uit de staatsbegroting). Volgens punt 11 van de verwijzingsbeslissing „is de subsidie toegekend zonder een selectie uit een groter aantal aanvragers te maken (zonder vergelijkend onderzoek), omdat, volgens de oproep tot het indienen van aanvragen, Národný futbalový štadión a.s., zoals vastgesteld in regeringsbesluit nr. 400/2013, de enige aanvraaggerechtigde entiteit was.

19 Zmluva o budúcej zmluve č. 0385/2016 (letterlijk: „overeenkomst inzake een toekomstige overeenkomst”).

20 Volgens punt 14 van de verwijzingsbeslissing „bevatte de [aankoopbelofte] bijlagen met gedetailleerde speci-

21. Op diezelfde dag (10 mei 2016) hebben het ministerie van Onderwijs en NFS een addendum bij de subsidieovereenkomst van 2013 ondertekend, waarbij een groot deel van de bepalingen van die overeenkomst werd gewijzigd.²¹

22. Voor de inwerkingtreding van de aankoopbelofte moest worden voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden:

- De bekendmaking ervan in het centrale overheidsregister voor overeenkomsten.
- De vaststelling van een besluit van de Commissie inzake de beoordeling van de in de aankoopbelofte en in de subsidieovereenkomst beoogde transacties aan de hand van de criteria voor de verenigbaarheid van staatssteun met de interne markt.
- De inneming van een standpunt over de verenigbaarheid van de in de aankoopbelofte beoogde transacties met de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten door de Úrad pre verejné obstarávanie Slovenskej republiky (toezichthoudende autoriteit voor overheidsopdrachten, Slowakije).

23. Met betrekking tot de tweede en de derde van voornoemde voorwaarden²² wordt in de verwijzingsbeslissing verklaard dat:

- de Commissie de staatssteun bij besluit SA.46530 verenigbaar met de interne markt heeft verklaard in de zin van artikel 107, lid 3, onder c), VWEU, en
- de toezichthoudende autoriteit voor overheidsopdrachten „geen bindend standpunt heeft ingenomen en geen controle op de in de aankoopbelofte beoogde transactie heeft uitgeoefend”²³ De voorzitter van de toezichthoudende autoriteit heeft bij brief van 8 juli 2016 slechts een niet-bindend antwoord ingezonden.

24. Bovengenoemde handelingen hebben geleid tot een aantal gerechtelijke geschillen, waaronder

ficaties van de (materiaal)technische parameters van het [...] stadion”.

21 Zo werd, onder meer, de in de oorspronkelijke overeenkomst vastgelegde mogelijkheid voor de Slovenský futbalový zväz (Slowaakse voetbalbond) om gratis gebruik te maken van bepaalde delen van het stadion door het addendum geschrapt.

22 Verondersteld mag worden dat aan de eerste voorwaarde is voldaan.

23 Verwijzingsbeslissing, punt 17. Dit wordt door NFS echter betwist. Zie voetnoot 27 van deze conclusie.

het geschil dat wordt vermeld in punt 20, onder 2), van de verwijzingsbeslissing en waaruit het verzoek om een prejudiciële beslissing lijkt te zijn voortgekomen.

25. De verwijzende rechter acht het noodzakelijk dat wordt verduidelijkt of de subsidieovereenkomst en de aankoopbelofte die het ministerie van Onderwijs heeft gesloten met een zonder vergelijkend onderzoek geselecteerde privaatrechtelijke entiteit, samen een „overheidsopdracht voor werken” in de zin van artikel 1, lid 2, onder b), van richtlijn 2004/18 of artikel 2, lid 1, punt 6, onder c), van richtlijn 2014/24 vormen, in aanmerking genomen dat:

- de subsidieovereenkomst moet worden aangemerkt als door de Commissie goedgekeurde staatssteun in de zin van artikel 107, lid 3, onder c), VWEU;
- de in de subsidieovereenkomst neergelegde verbintenissen voor de staat een subsidieverplichting impliceren, en voor de privaatrechtelijke entiteit een verplichting om een bouwwerk te bouwen onder de door het ministerie van Onderwijs vastgestelde voorwaarden en om een sportorganisatie in staat te stellen een deel van dat bouwwerk te gebruiken;
- de in de aankoopbelofte neergelegde verbintenissen een eenzijdige optie voor de privaatrechtelijke entiteit omvatten, die overeenkomt met de verplichting van de staat om het bouwwerk op termijn aan te kopen, en
- deze overeenkomsten een naar tijd en voorwerp samenhangend kader van wederzijdse verplichtingen tussen het ministerie van Onderwijs en de privaatrechtelijke entiteit vormen.

26. Voor het geval dat de Unieregels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten van toepassing zijn, wenst de verwijzende rechter te vernemen of de omzeiling van de regels inzake de gunning van overheidsopdrachten voor werken kan leiden tot nietigheid ex tunc van die opdrachten ingevolge artikel 2 quinquies, lid 1, onder d), en lid 2, van richtlijn 89/665.

27. In die omstandigheden heeft de Okresný súd Bratislava III (rechter in eerste aanleg Bratislava III, Slowakije) het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

»

(1) Vormen een subsidieovereenkomst en een aankoopbelofte tussen een ministerie (staat) en een privaatrechtelijke entiteit die is geselecteerd

zonder dat een vergelijkend onderzoek is ingesteld een ‚overheidsopdracht voor werken‘ in de zin van artikel 1, lid 2, onder b), van richtlijn 2004/18 en artikel 2, [lid 1, punt 6], onder c), van richtlijn 2014/24, wanneer de subsidieovereenkomst moet worden aangemerkt als door de Europese Commissie goedgekeurde staatssteun in de zin van artikel 107, lid 3, onder c), VWEU, de in deze overeenkomst neergelegde verbintenissen verband houden met een subsidieverplichting van de staat en een verplichting van de privaatrechtelijke entiteit om een bouwwerk te bouwen onder de door het ministerie vastgestelde voorwaarden en om een sportorganisatie in staat te stellen om een deel van het bouwwerk te gebruiken, en de in de voorovereenkomst neergelegde verbintenissen verband houden met een eenzijdige optie die aan de privaatrechtelijke entiteit wordt verleend in de vorm van een verplichting van de staat om het bouwwerk op termijn terug te kopen, zodat deze overeenkomsten een naar tijd en voorwerp samenhangend kader van wederzijdse verplichtingen tussen het ministerie en de privaatrechtelijke entiteit vormen?

(2) Staan artikel 1, lid 2, onder b), van richtlijn 2004/18 en artikel 2, [lid 1, punt 6], onder c), van richtlijn 2014/24 in de weg aan een nationaalrechtelijke regeling van een lidstaat volgens welke een rechtshandeling die naar inhoud of doel in strijd is met het recht, de wet omzeilt of in strijd is met de goede zeden absoluut (dat wil zeggen van meet af aan/ex tunc) nietig is, wanneer deze inbreuk op het recht bestaat in een wezenlijke schending van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten?

(3) Staat artikel 2 quinquies, lid 1, onder a), en lid 2, van richtlijn 89/665 in de weg aan een nationaalrechtelijke regeling van een lidstaat volgens welke een rechtshandeling die naar inhoud of doel in strijd is met het recht, de wet omzeilt of in strijd is met de goede zeden absoluut (dat wil zeggen van meet af aan/ex tunc) nietig is, wanneer deze inbreuk op het recht, zoals het geval is in het hoofdgeding, bestaat in een wezenlijke schending (omzeiling) van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten?

(4) Moeten artikel 1, lid 2, onder b), van richtlijn 2004/18 en artikel 2, [lid 1, punt 6], onder c), van richtlijn 2014/24 aldus worden uitgelegd dat deze bepalingen zich er ex tunc tegen verzetten dat wordt aangenomen dat een aankoopbelofte zoals

die welke aan de orde is in het hoofdgeding rechtsgevolgen heeft gehad?”

III. Procedure bij het Hof

28. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 24 januari 2023 ingekomen ter griffie van het Hof.

29. NFŠ, het ministerie van Onderwijs, de Tsjechische en de Slowaakse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Op de Tsjechische regering na hebben al deze partijen deelgenomen aan de op 1 februari 2024 gehouden terechtzitting.

IV. Beoordeling

A. Ontvankelijkheid

30. Uit de inhoud van de verwijzingsbeslissing zou kunnen worden afgeleid dat de Slowaakse regering en de vennootschap NFŠ (of haar rechtsvoorgangster) een reeks overeenkomsten hebben gesloten die, als geheel genomen, de kenmerken van een overheidsopdracht hebben. Indien die opdracht is gegund zonder vooraf en in het openbaar aan andere inschrijvers te zijn aangeboden, zou de procedure onregelmatig zijn verlopen en de geldigheid ervan in het geding zijn.²⁴

31. NFŠ is het niet eens met dit standpunt (dat daarentegen wordt gedeeld door de overige partijen en interveniënten in de prejudiciële procedure). Volgens NFŠ vallen de litigieuze overeenkomsten ten eerste niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen 2004/18 en 2014/24 en maken zij ten tweede deel uit van een steunregeling voor de bouw van het stadion die de Slowaakse Staat op rechtmatige wijze heeft toegekend, zoals de Commissie heeft bevestigd na haar onderzoek ervan uit hooft van de artikelen 107 en 108 VWEU.

32. In beginsel geldt voor door nationale rechterlijke instanties ingediende verzoeken om een prejudiciële beslissing een vermoeden van relevantie.²⁵ Voor de ontvankelijkheid van deze verzoeken is het evenwel noodzakelijk dat de verwijzende rechter op afdoende wijze toelicht om

24 Aldus bezien zou het gaan om een kunstmatige constructie die bedoeld is om het feitelijke bestaan van een overheidsopdracht te verhullen teneinde openstelling voor mededinging te omzeilen.

25 Arrest van 24 november 2020, Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte) (C 510/19, ECLI:EU:C:2020:953, punten 25 en 26).

welke redenen de verwijzing volgens hem (en niet alleen volgens de partijen bij het geding) noodzakelijk en relevant is.

33. Gezien de complexiteit van de zaak, is de onderbouwing van de verwijzende rechter in casu van bijzonder belang. In zijn verwijzingsbeslissing beperkt de verwijzende rechter zich echter in wezen tot een weergave van de argumenten van partijen, nadat hij eerst een samenvatting van de feiten en een overzicht van de mogelijk op de zaak van toepassing zijnde regels en rechtspraak heeft gegeven.

34. In onderdeel V van de verwijzingsbeslissing („Motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing en verband tussen de bepalingen van Unierecht en de op de nationale procedure toepasselijke wetgeving”) zet de verwijzende rechter opnieuw de standpunten van partijen uiteen en wijdt hij niet meer dan één punt (punt 64) aan wat zijn twijfels lijken te zijn, welk punt hij vervolgens opneemt in zijn eerste prejudiciële vraag.

35. In deze omstandigheden is het niet verwonderlijk dat NFŠ zich verzet tegen de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing op grond dat deze niet voldoet aan artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Daarbij benadrukt zij dat „de rechterlijke instantie geen eigen beoordeling geeft” en zich heeft beperkt tot het „kritiekloos aanvaarden en grotendeels overnemen van de door een partij bij het geding voorgestelde tekst”.²⁶

36. NFŠ voert voorts aan dat de verwijzingsbeslissing feitelijke vaststellingen bevat die „onjuist en misleidend” zijn. Anders dan de verwijzende rechter betoogt, verplichtte de subsidieovereenkomst haar op geen enkel moment tot de bouw van het stadion, en het stadion hoefde ook niet te worden gebouwd overeenkomstig de door het ministerie van Onderwijs vastgestelde voorwaarden. Ook kan niet worden gesteld dat de subsidieovereenkomst en de aankoopbelofte, die in de tijd en conceptueel van elkaar gescheiden zijn, „één enkele overeenkomst” vormen. Tot slot heeft de toezichthoudende autoriteit voor overheidsopdrachten volgens NFŠ tot tweemaal toe vastgesteld dat de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten in casu niet zijn geschonden.²⁷

37. Het bezwaar van niet-ontvankelijkheid berust weliswaar op deugdelijke argumenten, maar kan niet slagen, aangezien het Hof beschikt over de minimumelementen die nodig zijn om de verwijzende rechter van een antwoord te voorzien. Wel zullen de onduidelijkheden die de verwijzingsbeslissing bevat moeten worden opgehelderd, waarvan zal afhangen of de Uniewetgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing is.

38. Wat de door NFŠ bekritiseerde beschrijving van de feiten betreft, voel ik mij genoodzaakt de vaste rechtspraak van het Hof in herinnering te brengen: „Aangezien de verwijzende rechter bij uitsluiting bevoegd is de feiten van het bij hem aanhangige geding vast te stellen en te beoordelen, dient het Hof zijn onderzoek in beginsel te beperken tot de elementen die de verwijzende rechter hem ter beoordeling heeft voorgelegd en zich daaraan te houden. Het mag zich enkel laten leiden door de feiten die de verwijzende rechter als vaststaand beschouwt [...]”.²⁸

B. Toepasselijke richtlijn

39. In de verwijzingsbeslissing wordt verwezen naar zowel richtlijn 2004/18 als richtlijn 2014/24, bij welke laatste richtlijn de eerstgenoemde is ingetrokken. Bijgevolg moet worden vastgesteld welke van de twee van toepassing is op het geding, gegeven dat de toepasselijke richtlijn in beginsel die is welke van kracht is op de datum waarop de aanbestedende dienst de te volgen procedure kiest²⁹. Dit criterium kan mutatis mutandis worden toegepast op situaties waarin strikt genomen geen sprake is geweest van een geformaliseerde aanbestedingsprocedure.

40. De twee overeenkomsten (de subsidieovereenkomst en de aankoopbelofte) zijn op respectievelijk 10 juli 2013 en 10 mei 2016 ondertekend. De overeenkomsten zijn dus gesloten aan weerszijden van de uiterste datum voor de omzetting van richtlijn 2014/24, die in artikel 90, lid 1, van die richtlijn is bepaald op 18 april 2016.

41. Om twee redenen neig ik ertoe me te concentreren op richtlijn 2014/24. Ten eerste om het al-

die autoriteit van respectievelijk 8 juli 2016 en 6 september 2019 overgelegd.

28 Arrest van 2 april 2020, *Coty Duitsland* (C 567/18, ECLI:EU:C:2020:267, punt 22).

29 Arrest van 14 januari 2021, *RTS infra en Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel* (C 387/19, ECLI:EU:C:2021:13, punt 23).

26 Opmerkingen van NFŠ, punt 40.

27 NFŠ heeft als bijlagen bij haar opmerkingen de adviezen nr. 91792/2016 en nr. 5931 6000/2019-OD/9 van

gemene uitgangspunt van de verwijzende rechter te eerbiedigen, en ten tweede omdat de definitieve voorwaarden van de subsidieovereenkomst zijn vastgesteld op 10 mei 2016, dat wil zeggen na de inwerkingtreding van die richtlijn.

42. In feite betreft het een kwestie van weinig praktisch belang, aangezien de respectieve definities van „overheidsopdracht” en „overheidsopdracht voor werken” in de twee richtlijnen met elkaar overeenkomen.

C. Eerste prejudiciële vraag

43. In beginsel staat het aan de nationale rechters, en niet aan het Hof, om de bewoordingen van aan hen ter beoordeling voorgelegde overeenkomsten uit te leggen. Zoals ik reeds heb opgemerkt, mag het Hof zich enkel laten leiden door de beschrijving van de feitelijke situatie zoals aan hem verstrekt door de verwijzende rechter.

44. In casu is die situatie echter verre van duidelijk. De verwijzende rechter:

- verklaart dat de subsidieovereenkomst NFŠ verplichtte tot de bouw van het stadion, maar maakt niet duidelijk wat het in rechte afdwingbare gevolg van niet-nakoming van die verplichting zou zijn. Gegeven het ontbreken van nadere aanwijzingen, zou dat bijvoorbeeld alleen de terugbetaling van de subsidie kunnen zijn;
- verklaart dat het stadion moest worden gebouwd in overeenstemming met de door het ministerie van Onderwijs opgelegde voorwaarden, maar licht niet toe in welke mate die voorwaarden zijn gespecificeerd³⁰;
- wijst erop dat de subsidieovereenkomst de kosteloze overdracht van het gebruik van het stadion aan een sportorganisatie omvatte. Die overdracht is echter geschrapt in het addendum van 2016³¹;

30 Volgens punt 14 van de verwijzingsbeslissing ging de aankoopbelofte vergezeld van „bijlagen met gedetailleerde specificaties van de (materiaal)technische parameters van het nationale voetbalstadion”.

31 De verwijzende rechter wijst nadrukkelijk op inhoudelijke punten van de subsidieovereenkomst van 2013, die, zoals hij zelf verklaart, door het addendum van 2016 hun geldigheid hebben verloren (punt 9 juncto punt 15 van de verwijzingsbeslissing). Desondanks acht hij de mogelijkheid voor de Slowaakse voetbalbond om gratis gebruik te maken van het stadion van

- benadrukt dat de aankoopbelofte NFŠ een eenzijdige optie verleent om de staat te verplichten het stadion van haar te kopen. Evenwel is niet toegelicht of de staat op zijn beurt NFŠ kan verplichten om het stadion aan hem over te dragen indien zij die optie ongebruikt laat, en

- verklaart ten slotte dat de overeenkomsten samen een kader van wederzijdse verplichtingen vormen, zonder die verplichtingen nader te preciseren (afgezien van die welke inherent zijn aan het verkrijgen van een subsidie).

45. Al deze onduidelijkheden kunnen van invloed zijn op de beslechting van het hoofdgeding, ook als ervan wordt uitgegaan dat er sprake was van een *geheel van overeenkomsten* tussen NFŠ en de Slowaakse regering.

46. Om te bepalen of dat geheel van overeenkomsten in werkelijkheid een aan richtlijn 2014/24 onderworpen overheidsopdracht voor werken vormde, moet onder meer worden nagegaan of er tussen NFŠ en de Slowaakse regering bindende wederzijdse verbintenissen³² bestonden waaruit bleek dat de opdracht onder bezwarende titel³³ was gegund en die in rechte afdwingbaar waren, of de Slowaakse regering een beslissende invloed heeft uitgeoefend op het ontwerp van het stadionproject en of de Slowaakse regering al dan niet de eigendom van het stadion zou verwerven of zou kunnen beschikken over het bouwwerk.

47. In het kader van die beoordeling kunnen de overwegingen die de Commissie in haar besluit

zwaarwegend belang, wat hij tot uiting brengt in de bewoordingen van de eerste prejudiciële vraag.

32 „[D]e wederkerigheid van een overheidsopdracht [komt] noodzakelijkerwijs tot uiting [...] in het scheppen van juridisch bindende verbintenissen voor elk van de partijen bij de overeenkomst, waarvan de uitvoering in rechte moet kunnen worden gevorderd”. Arrest van 10 september 2020, Tax-Fin-Lex (C 367/19, ECLI:EU:C:2020:685, punt 26).

33 „[M]et de uitdrukking ‚onder bezwarende titel’ [wordt] volgens de gebruikelijke juridische betekenis daarvan een overeenkomst bedoeld waarbij iedere partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een tegenprestatie [...]. De wederkerigheid van de overeenkomst is dus een wezenlijk kenmerk van een overheidsopdracht [...]”. Arrest van 10 september 2020, Tax-Fin-Lex (C 367/19, ECLI:EU:C:2020:685, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

SA.46530 heeft geformuleerd met betrekking tot de inhoud van de subsidieovereenkomst en de aankoopbelofte, die behelzen dat de Slowaakse Staat middels die overeenkomsten staatssteun had verleend die verenigbaar was met de interne markt, niet buiten beschouwing worden gelaten.

48. Hoe dan ook wil ik eraan herinneren dat de loutere toekenning van een overheids subsidie, die gepaard gaat met de overdracht van staatsmiddelen (in casu voor de bouw van een stadion), op zich niet gelijkstaat aan het gunnen van een overheidsopdracht voor werken. Zoals vermeld in overweging 4 van richtlijn 2014/24, „[zijn] [d]e aanbestedingsregels van de Unie [...] niet bedoeld om *alle vormen van besteding van overheids geld* te bestrijken, maar hebben [deze] uitsluitend betrekking op die vormen welke gericht zijn op de verkrijging van werken, leveringen of diensten tegen betaling door middel van een overheidsopdracht”³⁴

49. Op basis van het bovenstaande zal ik analyseren wat de wezenlijke elementen van een overheidsopdracht voor werken zijn en in hoeverre in casu sprake is van deze elementen.

1. *Wezenlijke elementen van de overheidsopdracht voor werken*

50. Volgens artikel 2, lid 1, punt 6, van richtlijn 2014/24 „[gelden] [v]oor de toepassing van deze richtlijn [...] de volgende definities: [...] ,overheidsopdrachten voor werken’: overheidsopdrachten die betrekking hebben op een van de volgende: a) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage II bedoelde activiteiten; b) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van een werk; c) het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk en het ontwerp van het werk”.

51. Om als overheidsopdracht voor werken te worden aangemerkt, moet er een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel zijn gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten, die betrekking heeft op een van de in het vorige punt bedoelde opdrachten.

52. Het Hof heeft de kenmerken van dit type opdracht als volgt beschreven:

- „Bij een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken ontvangt de aanbestedende dienst [...] een prestatie die bestaat in de uitvoering van de werken waarover hij wenst te beschikken en die voor hem een rechtstreeks economisch belang inhoudt.”³⁵
- „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. 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”³⁶
- „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”³⁷
- Een overheidsopdracht voor werken „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.”³⁸

53. Vanuit een ander oogpunt heeft het Hof verklaard dat het in dit verband „[f]undamenteel [...] is dat het werk conform de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen wordt uitgevoerd,

35 Arrest van 22 april 2021, Commissie/Oostenrijk (Verhuur van een nog te bouwen gebouw) (C 537/19, ECLI:EU:C:2021:319, punt 44).

36 Arrest van 25 maart 2010, Helmut Müller (C 451/08, ECLI:EU:C:2010:168; hierna: „arrest Helmut Müller”, punten 50 en 51). In het arrest van 10 november 2022, SHARENGO (C 486/21, ECLI:EU:C:2022:868, punten 66 en 67), is bevestigd dat de „aankoop door middel van een overheidsopdracht van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende diensten” is vereist, alsook dat de aanbestedende dienst zelf voordeel wil halen uit de betrokken opdracht.

37 Arrest Helmut Müller, punt 52.

38 Ibidem, punt 63.

34 Cursivering van mij.

terwijl niet van belang is welke middelen daarvoor worden gebruikt.³⁹ Daarvan is sprake wanneer de aanbestedende dienst „maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen”.⁴⁰

54. Ten slotte heeft het Hof voorzien in criteria om te bepalen wanneer de aanbestedende dienst die beslissende invloed uitoefent: daarvan is sprake „indien kan worden aangetoond dat deze invloed is uitgeoefend op de architectonische structuur van dit gebouw, zoals de afmetingen en de buiten- en draagmuren ervan”.⁴¹ Daarentegen kunnen „de specificaties van de krachtens de wettelijke voorschriften geldende technische normen[,] of dat de kenmerken van het gebouw [zullen] overeenstemmen met de op de betrokken markt gebruikelijke ‚stand van de techniek’[,] niet worden beschouwd als maatregelen [...] om invloed uit te oefenen op het ontwerp van het [gebouw]”.⁴²

2. *Beoordeling van deze elementen in het hoofdinge*

55. NFŠ betoogt dat de kenmerken van een overheidsopdracht ontbreken, aangezien: a) er geen in rechte afdwingbare verbintenis tot het (op eigen kosten) bouwen van het stadion bestaat, b) de subsidieovereenkomst en de aankoopbelofte niet onder bezwarende titel zijn gesloten en de Slowaakse Staat geen rechtstreeks economisch belang aan die overeenkomsten ontleent, en c) het ministerie van Onderwijs geen specifieke technische eisen aan het project heeft gesteld.

56. Ook voert NFŠ aan dat zij bij de bouw van het stadion de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten materieel heeft nageleefd, aangezien zij de betrokken werken openbaar heeft aanbesteed.⁴³ De verplichting om bij de met

staatsmiddelen bekostigde bouw van het stadion de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten in acht te nemen, is neergelegd in de subsidieovereenkomst en in besluit SA.46530, overweging 8.

57. Ik van mijn kant erken dat ik op basis van de verwijzingsbeslissing en het verdere verloop van de prejudiciële procedure geen categorisch oordeel over de aard van het litigieuze „contractuele geheel” kan vormen.

58. In de eerste plaats is niet duidelijk waaruit de prestatie bestaat die de Slowaakse Staat op grond van de subsidieovereenkomst en de aankoopbelofte van NFŠ kan vorderen, hetgeen aan de verwijzende rechter staat om te verifiëren.

59. Noch uit de schriftelijke opmerkingen, noch uit de mondelinge uiteenzettingen die ter terechtzitting zijn gegeven, kan worden afgeleid dat de Slowaakse Staat beschikte over een rechtsmiddel om NFŠ te dwingen het stadion te bouwen indien die onderneming uiteindelijk zou besluiten dat niet te doen. Iets anders is dat NFŠ in dat geval de subsidie niet zou hebben ontvangen, zou hebben verloren of verplicht zou moeten terugbetalen. Dit staat op zichzelf echter los van de vervulling van een overheidsopdracht voor werken.

60. Zoals ik reeds heb opgemerkt, is het voor de totstandkoming van een echte overheidsopdracht voor werken juist noodzakelijk dat de geselecteerde inschrijver zich ertoe verbindt om de *te verwerven* werken uit te voeren en dat deze verbintenis in rechte afdwingbaar is. De aanbestedende dienst (in dit geval het ministerie van Onderwijs) moet het onroerende goed waarop de werken betrekking hebben *verwerven* en zo nodig van de geselecteerde inschrijver eisen dat hij het aan hem overdraagt, indien hij over een rechtstitel beschikt op grond waarvan hij over de werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming.

61. In de tweede plaats is er ook geen duidelijkheid over de verbintenis inzake de aanschaf van het stadion. Die verbintenis zou uiteraard niet voortvloeien uit de subsidieovereenkomst, maar,

voor werken die zij met verschillende ondernemers heeft gesloten. Ter terechtzitting heeft NFŠ, zonder op dit punt op tegenspraak te stuiten, verklaard dat de aanbesteding, die openstond voor iedere gegadigde, is bekendgemaakt in de officiële publicatiebladen van de Europese Unie en de Slowaakse Republiek.

39 Arrest van 29 oktober 2009, Commissie/Duitsland (C 536/07, ECLI:EU:C:2009:664, punt 55).

40 Punt 44 van het arrest van 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti (C 213/13, ECLI:EU:C:2014:2067), waarin het arrest Helmut Müller wordt aangehaald.

41 Arrest van 22 april 2021, Commissie/Oostenrijk (Verhuur van een nog te bouwen gebouw) (C 537/19, ECLI:EU:C:2021:319, punt 53).

42 Ibidem, punt 83.

43 In punt 52 en voetnoot 42 van haar schriftelijke opmerkingen verwijst NFŠ naar de website van de toezichthoudende autoriteit voor overheidsopdrachten, waar een overzicht wordt gegeven van de opdrachten

hypothetisch, uit de aankoopbelofte. De verwijzende rechter zal moeten afwegen of NFŠ, na de bouw van het sportcomplex, een in rechte afdwingbare verplichting had om deze aan de Slowaakse Staat over te dragen, die deze laatste zou kunnen inroepen.

62. Alles wijst erop, en ter terechtzitting is dit ook naar voren gebracht⁴⁴, dat de aankoopbelofte NFŠ de mogelijkheid verleende om ofwel eigenaar van het stadion te blijven en het te blijven exploiteren (of die exploitatie uit te besteden aan derden), ofwel, indien dat gunstiger voor haar zou zijn, het stadion over te dragen aan de Slowaakse Staat.

63. In besluit SA.46530 heeft de Commissie uitdrukkelijk melding gemaakt van de aan NFŠ verleende mogelijkheid om het sportcomplex desgewenst (maar zonder daartoe verplicht te zijn) aan de Slowaakse Staat te verkopen. Alleen in dat geval zou de staat eigenaar van het stadion worden.⁴⁵

64. In de derde plaats is niet duidelijk of de Slowaakse Staat een *rechtstreeks economisch belang* ontleende aan de twee litigieuze overeenkomsten nadat de verplichting om de stadionfaciliteiten kosteloos aan de Slowaakse voetbalbond over te dragen uit de subsidieovereenkomst was geschrapt.⁴⁶ Het belang (en het daaruit voortvloeiende indirecte voordeel) van de staat lijkt zich te beperken tot de algemene bevordering van de nationale sport.⁴⁷

44 Daarnaar gevraagd door het Hof, heeft zowel NFŠ als het ministerie van Onderwijs zich aangesloten bij deze beoordeling en toegegeven dat de uitoefening van de (eenzijdige) verkoopoptie afhangt van de wil van NFŠ.

45 Overweging 22 van besluit SA.46530.

46 In punt 41 van haar schriftelijke opmerkingen minimaliseert de Commissie het belang van die schrapping, ook al wordt het contractuele geheel daardoor ontdaan van het veronderstelde tastbare specifieke nut voor de Slowaakse Staat (indien die voorwaarde was gehandhaafd, zou het nut overigens zijn toegekomen aan de Slowaakse voetbalbond, die niet kan worden gelijkgesteld met de staat).

47 In besluit SA.46530 wordt erkend dat de bevordering van sport en de bevordering van andere, al dan niet commerciële evenementen, zoals culturele evenementen, als doelstellingen die onder artikel 165 VWEU en artikel 167, lid 4, VWEU vallen, behoren tot de doelstellingen van gemeenschappelijk belang op grond waarvan staatssteun overeenkomstig artikel 107, lid 3, onder c), VWEU verenigbaar met de interne markt wordt verklaard.

65. In de vierde plaats is het op zijn minst twijfelachtig of het ministerie van Onderwijs middels de litigieuze overeenkomsten een *beslissende invloed op het ontwerp van de werken* heeft uitgeoefend. Onder voorbehoud van de wederom door de verwijzende rechter te verrichten verificatie, lijkt alles erop te wijzen dat de enige criteria die in dit verband zijn toegepast de criteria zijn die voortvloeien uit de UEFA-voorschriften voor de bouw van stadions van categorie 4 en de Slowaakse algemene regels inzake sportinfrastructuur.

66. Uit een analyse van de UEFA-criteria⁴⁸ blijkt dat deze bestaan uit een reeks verplicht na te komen parameters voor de structurele minimumeisen waaraan een stadion moet voldoen om in een bepaalde categorie te worden ingedeeld.⁴⁹ Die criteria staan echter een verscheidenheid aan architectonische oplossingen toe, die kunnen worden toegepast binnen zeer ruime marges van professionele creativiteit.

67. Het ontwerp van voetbalstadions volgens de UEFA-criteria laat in ruime mate alternatieven toe voor de vormgeving van zowel de buitenzijde als de binnenruimten. Deze criteria bevatten mijns inziens dan ook niet de gedetailleerde technische oplossingen die een echte opdrachtgever kan opleggen aan een opdrachtnemer.

68. Het ministerie van Onderwijs heeft zich bij de verwijzende rechter⁵⁰ ook beroepen op een Slowaakse regel inzake sportinfrastructuur⁵¹. Deze regel stelt echter vereisten van algemene aard vast, en bevat dus geen specifieke voorschriften voor een specifiek stadion.

69. De loutere omstandigheid dat het ministerie van Onderwijs zitting heeft in een toezichtcommissie⁵² betekent niet noodzakelijkerwijs dat het een beslissende invloed heeft uitgeoefend op het ontwerp en de uitvoering van het project. In de schriftelijke opmerkingen van dat ministerie wordt geen melding gemaakt van deze omstandigheid en worden de UEFA-voorschriften ge-

48 <https://www.jalgpall.ee/docs/Stadium%20regulations%202018.pdf>.

49 Artikel 1.02 van de UEFA-voorschriften inzake stadioninfrastructuur. De verschillende structurele criteria worden weergegeven in tabellen met de gradatie van die criteria tussen de verschillende categorieën.

50 Punt 22 van de verwijzingsbeslissing.

51 Artikel 13 van wet nr. 300/2008 van 2 juli 2008 betreffende de organisatie en de bevordering van de sport.

52 Punt 24 van de verwijzingsbeslissing.

noemd als factor waaruit de invloed van de regering op het project blijkt.⁵³

70. Samenvattend ben ik van mening dat het een en ander in te brengen is tegen de kwalificatie van het litigieuze „contractuele geheel” als een echte overheidsopdracht in de zin van artikel 2, lid 1, punt 6, van richtlijn 2014/24. Of deze kwalificatie al dan niet kan worden gegeven zal afhangen van de eindbeoordeling door de verwijzende rechter van bewijselementen die hij zelf niet met voldoende duidelijkheid heeft uiteengezet.

3. *Relevantie van besluit SA.46530*

71. De Commissie speelt een centrale rol in het stelsel voor toezicht op staatssteun dat is ingesteld bij de artikelen 107 en 108 VWEU, welke bepalingen onder hoofdstuk I („Regels betreffende de mededinging”) van titel VII van het VWEU vallen.

72. In casu heeft de Commissie, zoals ik reeds heb uiteengezet, de subsidieovereenkomst en de aankoopbelofte onderzocht. In besluit SA.46530 heeft de Commissie de betrokken staatssteun beoordeeld⁵⁴ en verenigbaar met de interne markt verklaard.

73. De Commissie betoogt voor het Hof dat zij in besluit SA.46530 niet heeft onderzocht of de procedurele regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten zijn nageleefd.⁵⁵ Deze stelling moet echter worden genuanceerd in het licht van de dwingende bewoordingen van overweging 8 van dat besluit⁵⁶, die de Commissie zelf ter terechtzitting heeft omschreven als een noodzakelijke

voorwaarde voor de verenigbaarheid van de steun met de interne markt.

74. Uit die overweging blijkt dat voor de Commissie doorslaggevend was dat de *bouw* van het stadion (die eigen is aan een – publiek- dan wel privaatrechtelijke – opdracht voor werken) zou worden onderworpen aan een aanbestedingsprocedure met inachtneming van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

75. Zeker is dat NFŠ, als particuliere entiteit, niet onder het begrip „aanbestedende dienst” in de zin van artikel 2, lid 1, punt 1, van richtlijn 2014/24 valt. Omdat die entiteit echter door de staat is gedwongen om de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten na te leven (en daartoe staatsmiddelen ontvangt), en die voorwaarde ook door besluit SA.46530 wordt opgelegd, meen ik dat, vanuit materieel oogpunt, bij de bouw van het stadion de in die richtlijn vervatte regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten van toepassing werden en NFŠ zich in een positie bevond die analoog is aan die van een aanbestedende dienst.

76. Met de Uniewetgeving inzake het plaatsen van overheidsopdrachten wordt beoogd „dat overheidsopdrachten worden opengesteld voor mededinging”.⁵⁷ Dit komt tot uitdrukking in artikel 18 van richtlijn 2014/24, dat een verbod om „de mededinging op kunstmatige wijze te beperken” oplegt. Van het kunstmatig beperken van de mededinging wordt geacht sprake te zijn indien de aanbesteding is ontworpen „met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen”.

77. De Commissie kan actief optreden om de mededinging te waarborgen wanneer de plaatsing van een overheidsopdracht inbreuk maakt op de regels die onder andere richtlijn 2014/24 bevat om die doelstelling te verwezenlijken.⁵⁸ Ik zie

53 Punt 10 van de schriftelijke opmerkingen van het ministerie van Onderwijs. De Slowaakse Republiek beperkt zich in zijn schriftelijke opmerkingen tot een laconieke verwijzing naar het feit dat de werken moesten worden uitgevoerd in overeenstemming met de eisen van de aanbestedende dienst (punt 11).

54 Volgens de Commissie bestond de steun uit twee submaatregelen: de rechtstreekse subsidie van 27,2 miljoen EUR en de aan NFŠ verleende optie om het stadion binnen een termijn van vijf jaar na de bouw ervan te verkopen aan de Slowaakse Republiek. Die optie was door een onafhankelijke entiteit gewaardeerd op 8,76 miljoen EUR (overweging 13 van besluit SA.46530).

55 Punt 57 van haar schriftelijke opmerkingen.

56 „The construction works financed through the grant described in the section below will be subject to a competitive process, respecting the applicable procurement rules.”

57 Overweging 1 van richtlijn 2014/24. Verwijzingen naar de openstelling voor mededinging, daadwerkelijke en effectieve mededinging en het voorkomen van vervalsing van de mededinging zijn te vinden in zowel de preamble als verschillende artikelen van die richtlijn.

58 Dit heeft de Commissie ook gedaan in de zaak Commissie/Oostenrijk (Verhuur van een nog te bouwen gebouw) (C 537/19, ECLI:EU:C:2021:319), waarin de vraag aan de orde was of een bepaalde overheidsopdracht voor werken was gegund onder het mom van een langlopende huurovereenkomst voor een gebouw.

geen reden waarom zij dat niet zou moeten doen bij het onderzoek van de rechtmatigheid van staatssteunmaatregelen die voortvloeien uit door overheidsinstanties met particuliere entiteiten gesloten overeenkomsten.

78. Ik stel met name vast dat de Commissie verplicht was te onderzoeken of de wijze waarop de overheidssteun aan NFŠ was gestructureerd het bestaan van een in aanbesteding te geven overheidsopdracht verhulde. Naar mijn mening blijkt uit overweging 8 van besluit SA.46530 dat zij dit impliciet heeft gedaan.

79. Ten slotte is besluit SA.46530 gebaseerd op de premisse dat er geen *verplichting* bestond om de eigendom van het stadion over te dragen aan de Slowaakse Republiek.⁵⁹ Deze veronderstelling, waarnaar ik reeds heb verwezen, kan niet in twijfel worden getrokken door de verwijzende rechter, die de beoordeling van de Commissie met betrekking tot de factoren die bepalend zijn voor het bestaan van staatssteun dient te respecteren.

80. Bij de beoordeling van de omstandigheden van het geding moet dus rekening worden gehouden met besluit SA.46530 van de Commissie.

4. *Tussenconclusie*

81. Een tussen een overheidsinstantie en een particuliere onderneming gesloten subsidieovereenkomst en aankoopbelofte, op grond waarvan aan die onderneming staatsmiddelen worden toegekend voor de bouw van een sportcomplex respectievelijk de onderneming de eenzijdige optie wordt verleend om dat sportcomplex aan de staat te verkopen, kunnen niet worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht voor werken indien er geen in rechte afdwingbare verbintenis tot verwerving van de infrastructuur door de staat uit voortvloeit en de staat geen rechtstreeks economisch voordeel verkrijgt of geen beslissende invloed op het ontwerp van de werken heeft uitgeoefend. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of in het geding dat hij moet beslechten aan deze voorwaarden is voldaan.

D. Tweede, derde en vierde prejudiciële vraag

82. Deze vragen veronderstellen dat de litigieuze overeenkomsten samen een overheidsopdracht voor werken vormen die had moeten worden onderworpen aan de voorschriften van richtlijn

2014/24. Ter wille van het argument zal ik mijn overwegingen stoelen op deze werkhypothese.

83. Na die premisse te hebben vastgesteld, verklaart de verwijzende rechter dat de litigieuze overeenkomsten op grond van de nationale bepalingen met terugwerkende kracht nietig zijn indien zij ernstige inbreuk maken op de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten door deze te omzeilen. De verwijzende rechter wenst in essentie te vernemen of die nationale bepalingen verenigbaar zijn met richtlijn 2014/24 [artikel 2, lid 1, punt 6, onder c)] en met richtlijn 89/665 [artikel 2 quinquies, lid 1, onder a), en lid 2].

84. Het betreft hier mijns inziens geen hypothetische vragen, aangezien de uitkomst van het hoofdgeding tot op zekere hoogte kan afhangen van de beantwoording ervan.

1. *Toepasselijkheid van richtlijn 89/665*

85. Naar mijn oordeel is richtlijn 89/665 niet van toepassing op deze zaak, aangezien die richtlijn betrekking heeft op beroepsmechanismen tegen „door de aanbestedende diensten genomen besluiten”. Die mechanismen zijn ingesteld voor „eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht [...] en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd”.

86. Artikel 2 quinquies van richtlijn 89/665 regelt de onverbindendheid (van opdrachten) die door een van de aanbestedende dienst onafhankelijke beroepsinstantie kan worden uitgesproken wanneer die dienst een opdracht heeft gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht [lid 1, onder a)], en schrijft voor dat de gevolgen van deze onverbindendheid worden bepaald door het nationaal recht (lid 2).

87. Indien het door de Slowaakse autoriteiten (in concreto het ministerie van Onderwijs) ingenomen standpunt zou worden gevolgd, zouden het deze autoriteiten zelf zijn die inbreuk hebben gemaakt op de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten door geen aanbestedingsprocedure uit te schrijven voor de litigieuze overeenkomsten.

88. Richtlijn 89/665 is niet in het leven geroepen om overheidsinstanties te beschermen tegen inbreuken die zij zelf hebben begaan, maar om eenieder die door het optreden van die aanbestedende diensten is benadeeld in staat te stellen dergelijke inbreuken aan te vechten.

89. Artikel 2 quinquies van richtlijn 89/665 veronderstelt dat een persoon die gerechtigd is om de

59 Zoals door NFŠ wordt betoogd in de punten 71-74 van haar schriftelijke opmerkingen.

gedraging van een aanbestedende dienst aan te vechten, gebruik heeft gemaakt van het desbetreffende rechtsmiddel. Indien de beroepsinstantie de overeenkomst aan het einde van de beroepsprocedure onverbindend verklaart, komen de bepalingen van de verschillende leden van dat artikel in het spel. Richtlijn 89/665 voorziet, nogmaals, echter niet in de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om haar eigen besluiten aan te vechten.

90. Een andere kwestie is of het nationale recht een overheidsinstantie (of een bestuursrechtelijke beroepsinstantie) wegens biedt om de rechtmatigheid van eerder door haar genomen besluiten te toetsen.⁶⁰ Die eventualiteit wordt niet beheerst door richtlijn 89/665, maar door de toepasselijke nationale regels, aan de hand waarvan moet worden bepaald in hoeverre de uitzondering op de klassieke regel *venire contra factum proprium nulli conceditur*⁶¹ aanvaardbaar is.

91. Richtlijn 89/665 strekt niet tot een volledige harmonisatie en ziet bijgevolg niet op „alle mogelijke beroepsprocedures op het gebied van overheidsopdrachten”⁶². De lidstaten beschikken over een beoordelingsmarge om rechtsmiddelen in te stellen die de zuiverheid van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten waarborgen.

2. Onverbindendheid van overheidsopdrachten die zijn gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht

92. De oplossingen die uit richtlijn 89/665 kunnen worden afgeleid met betrekking tot de onver-

bindendheid van overheidsopdrachten zouden mogelijk kunnen worden toegepast op procedures waarin, met andere middelen dan die waarin die richtlijn voorziet, nietigverklaring kan worden verkregen van zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht gegunde opdrachten.

93. In mijn conclusie in de zaak CROSS Zlín⁶³ heb ik deze kwestie geanalyseerd aan de hand van argumenten die mogelijk kunnen worden toegepast op de vragen van de verwijzende rechter, ook al is richtlijn 89/665 niet rechtstreeks van toepassing op de onderhavige zaak. In die conclusie heb ik als volgt betoogd:

- „De rechterlijke beslissing waarbij de gunning van een overheidsopdracht nietig wordt verklaard, moet in beginsel tot gevolg hebben dat de overeenkomst geen gevolgen kan hebben. De nietigverklaring van de gunning heeft dan terugwerkende kracht (ex tunc) tot het moment van de gunning.”⁶⁴
- „Dit algemene criterium staat niettemin afwijkingen toe, waar richtlijn 89/665 in voorziet (met name voor reeds gesloten overeenkomsten inzake overheidsopdrachten) met het oog op de nadelen die voortvloeien uit de onverbindendverklaring. [...] Zo kunnen de lidstaten in geval van niet-naleving van formele vereisten „oordelen dat het niet passend is het beginsel van onverbindendheid toe te passen. Voor die gevallen moeten de lidstaten de mogelijkheid hebben alternatieve sancties op te leggen.”⁶⁵
- Een vonnis waarbij een beroep tot nietigverklaring wordt toegewezen, kan zien op een reeds gesloten overeenkomst zonder dat de aan de nietigheid ervan verbonden gevolgen tot het uiterste worden doorgevoerd, door toepassing van variabele oplossingen naargelang van de situatie in kwestie.⁶⁶

60 Of, zoals hier het geval lijkt te zijn, om zich te beroepen op de onrechtmatigheid van haar besluiten als verweer tegen een vordering tot naleving van de inhoud ervan.

61 Niemand mag handelen in strijd met zijn eigen eerdere handeling. Het staat aan de Slowaakse rechters om § 40a van het Slowaakse burgerlijk wetboek, krachtens hetwelk de nietigheid (van een rechtshandeling) niet kan worden ingeroepen door de partij die de nietigheid heeft veroorzaakt, uit te leggen. Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van de Slowaakse regering evenwel zijn twijfels geuit over de nationale wetgeving ter zake.

62 Arrest van 14 mei 2020, T-Systems Magyarország (C 263/19, ECLI:EU:C:2020:373), punt 53, dat op zijn beurt verwijst naar arrest van 26 maart 2020, HUNGEOD e.a. (C 496/18 en C 497/18, ECLI:EU:C:2020:240), punt 73.

63 Conclusie in de zaak CROSS Zlín (C 303/22, ECLI:EU:C:2023:652).

64 Ibidem, punt 78.

65 Ibidem, punt 79.

66 Ibidem, punten 80 en 81.

94. Uit het onderzoek van artikel 2, lid 7, artikel 2 quinquies, leden 1 tot en met 3, en artikel 2 sexies, lid 1, van richtlijn 89/665 volgt dat⁶⁷:

- een nationale regeling in bepaalde omstandigheden kan voorschrijven dat een rechterlijke beslissing waarbij de gunning van een overheidsopdracht nietig wordt verklaard: a) terugwerkende kracht heeft en ex tunc alle contractuele verbintenissen tenietdoet, of b) niet noodzakelijkerwijs hoeft te leiden tot het wegnemen van alle gevolgen van die overeenkomst, en
- de onverbindendheid van overeenkomsten in stand blijft wanneer een nationale rechterlijke instantie van een lidstaat (die daar in zijn wetgeving in heeft voorzien) een beslissing geeft waarbij de gunning van een opdracht nietig wordt verklaard en er gevolgen ex tunc aan haar uitspraak worden verbonden.

95. Bijgevolg staat niets eraan in de weg dat het nationale recht bepaalt dat een rechterlijke beslissing waarbij de onverbindendheid wordt vastgesteld van een opdracht voor werken die zonder voorafgaande openbare aanbesteding is gegund, terwijl die openbare aanbesteding verplicht was omdat de opdracht aan de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten had moeten worden onderworpen, terugwerkende kracht heeft.

V. Conclusie

96. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging om de Okresný súd Bratislava III het volgende antwoord te verstrekken:

„Artikel 2, lid 1, punt 6, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG

moet aldus worden uitgelegd dat een tussen een overheidsinstantie en een particuliere onderneming gesloten subsidieovereenkomst en aankoopbelofte, op grond waarvan aan die onderneming staatsmiddelen worden toegekend voor de bouw van een sportcomplex respectievelijk de onderneming de eenzijdige optie wordt verleend om dat sportcomplex aan de staat te verkopen, niet kunnen worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht voor werken indien er geen in rechte afdwingbare verbintenis tot ver-

werving van de infrastructuur door de staat uit voortvloeit en de staat geen rechtstreeks economisch voordeel verkrijgt of geen beslissende invloed op het ontwerp van de werken heeft uitgeoefend. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of deze omstandigheden zich in casu voordoen.

Niets staat eraan in de weg dat het nationale recht bepaalt dat een rechterlijke beslissing waarbij de onverbindendheid wordt vastgesteld van een opdracht voor werken die zonder voorafgaande openbare aanbesteding is gegund, terwijl die openbare aanbesteding verplicht was omdat de opdracht aan de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten had moeten worden onderworpen, terugwerkende kracht heeft.”

NOOT

Subsidie en/of overheidsopdracht?

In casu staat de vraag centraal of sprake is van een ‘overheidsopdracht voor werken’ als een aanbestedende dienst eerst aan een particuliere entiteit subsidie verleent om een voetbalstadion te realiseren, en vervolgens met deze entiteit een overeenkomst sluit op grond waarvan de betreffende aanbestedende dienst verplicht is het gerealiseerde voetbalstadion te kopen als dit aan haar aangeboden wordt. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de feiten, zo blijkt uit de conclusie van de A-G. Wat valt er uit deze conclusie in samenhang met de reeds bestaande jurisprudentie te leren?

Les 1: Beoordeel het ‘contractuele geheel’

Niet elke afzonderlijke overeenkomst moet worden getoetst aan het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’. Gekeken moet worden naar het ‘contractuele geheel’.¹ Dat is ook logisch, want anders zou eenvoudig aan een Europese aanbestedingsplicht ontkomen kunnen worden door verplichtingen te splitsen in afzonderlijke overeenkomsten.

In dat opzicht is het recente vonnis van de Voorzieningenrechter te Limburg², die oordeelde ‘dat

1 Randnr. 70 Conclusie A-G.

2 V.zr. Rb. Limburg, 16 mei 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:2481, r.o. 4.7.

67 Ibidem, punten 83-87.

de “realisatie van tijdelijke huisvesting voor de Oekraïense vluchtelingen door de levering en plaatsing van modulaire woningen en daarbij behorende noodzakelijke (maatschappelijke) diensten” of “het geheel van contractuele betrekkingen”, zoals Flexhotels stelt, als zodanig niet het voorwerp van aanbesteding kan zijn, omdat het moet gaan om een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten – waarna hij de gesloten overeenkomsten afzonderlijk toetst – opmerkelijk. De Voorzieningenrechter oordeelt per gesloten overeenkomst of sprake is van een overheidsopdracht (wat niet het geval is) in plaats van ‘door de constructie’ heen te kijken of de overeenkomsten tezamen voldoen aan de (hierna volgende) criteria van het begrip ‘overheidsopdracht’.

Les 2: Een subsidierelatie kan ook een ‘overheidsopdracht’ zijn

Het Hof van Justitie oordeelde reeds in het IBA Molecular-arrest dat een subsidierelatie ook een ‘overheidsopdracht’ kan zijn.³ De nationale juridische kwalificatie van een relatie is niet bepalend.⁴ De relatie moet worden getoetst aan de definitie van overheidsopdracht, zoals ingevuld door het Hof van Justitie.

In het geval van het verstrekken van een subsidie ten behoeve van een te realiseren werk moet dus aan de hand van de volgende cumulatieve criteria worden beoordeeld of de subsidierelatie tevens is aan te merken als ‘overheidsopdracht voor werken’:

(1) De aanbestedende dienst heeft rechtstreeks economisch belang bij het te realiseren werk. Bijvoorbeeld omdat hij eigenaar wordt van het werk of daarover kan beschikken. Of omdat hij economische voordelen kan halen uit het toekomstig gebruik van het werk of de toekomstige opdracht van het werk. Of omdat hij financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen (!). Of omdat hij risico’s loopt bij economische mislukking van het werk;⁵ én

(2) De aanbestedende dienst heeft maatregelen genomen om de kenmerken van het werk te defi-

niëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen;⁶ én

(3) De aannemer heeft zich direct of indirect verbonden tot uitvoering van het te realiseren werk. De aanbestedende dienst kan dit juridisch afdwingen.⁷ Dit wordt ook wel de bouwplicht of realisatieplicht genoemd.

Aan de eerste voorwaarde wordt in het geval van subsidieverstrekking in mijn optiek per definitie voldaan. Immers, door middel van de subsidieverstrekking neemt de aanbestedende dienst deel aan de verwezenlijking van het werk. Toch is volgens de A-G niet duidelijk of in casu sprake is van een rechtstreeks economisch belang. De A-G lijkt zich (naar mijn mening ten onrechte) te concentreren op de vraag of de aanbestedende dienst voordeel haalt uit het te realiseren werk. Uit het Müller-arrest blijkt immers reeds dat ook als een aanbestedende dienst garant staat of een financiële bijdrage levert aan de realisatie aan de eerste voorwaarde wordt voldaan.⁸ Van ‘voordeel’ is in dat geval geen sprake.

In het geval van de tweede voorwaarde moet worden beoordeeld of de eisen die de aanbestedende dienst stelt verder gaan dan eisen die gewoonlijk aan het te realiseren bouwwerk worden gesteld. In casu stelt de aanbestedende dienst geen verdergaande eisen dan dat moet worden voldaan aan de UEFA-criteria en aan de Slowaakse regel inzake sportinfrastructuur. De A-G oordeelt dan ook terecht dat niet aan de tweede voorwaarde wordt voldaan.

Bij de derde voorwaarde moet worden getoetst of sprake is van een bouwplicht. Oftewel: beschikt de aanbestedende dienst over een rechtsmiddel om de subsidieontvanger te dwingen om het werk te realiseren als de subsidieontvanger uiteindelijk zou besluiten om dit niet te doen? Is er enkel een verplichting om de subsidie terug te betalen als het werk niet wordt gerealiseerd, dan wordt aan deze voorwaarde niet voldaan. De subsidierelatie wordt dan ook wel een ‘zuivere subsidie’ genoemd. De A-G beoordeelt allereerst of een dergelijke verplichting is opgenomen in

3 HvJ EU, 18 oktober 2018, C-606/17, r.o. 32.

4 HvJ EU, 18 januari 2007, C-220/05, Auroux, r.o. 40.

5 HvJ EU, 25 maart 2010, C-451/08, Müller; HvJ EU, 22 april 2021, C-537/19, Commissie/Oostenrijk; HvJ 10 november 2022, C-486/21, Sharengo.

6 HvJ EU, 25 maart 2010, C-451/08, Müller; HvJ EU, 29 oktober 2009, C-536/07, Commissie/Duitsland; HvJ EU, 10 juli 2014, C-213/13, Impresa Pizzarotti; HvJ EU, 22 april 2021, C-537/19, Commissie/Oostenrijk.

7 HvJ EU, 25 maart 2010, C-451/08, Müller.

8 HvJ EU, 25 maart 2010, C-451/08, Müller, r.o. 52.

de subsidieovereenkomst. Dit lijkt niet het geval te zijn. Vervolgens beoordeelt de A-G of een dergelijke verplichting is opgenomen in de aankoopbelofte. Ook dit lijkt niet het geval te zijn. Dit zou betekenen dat ook aan de derde voorwaarde niet wordt voldaan. Is niet enkel sprake van een aankoopplicht, maar ook sprake van verkoopplicht (koopoptie), dan wordt naar mijn mening evenmin aan deze voorwaarde voldaan. Immers, ook dan kan de aanbestedende dienst niet afdwingen dat het werk daadwerkelijk wordt gerealiseerd.

Kortom, nu niet aan alle voornoemde cumulatieve criteria wordt voldaan is 'het contractuele geheel' niet aan te merken als overheidsopdracht voor werken.

De vraag of een subsidierelatie tevens een 'overheidsopdracht voor diensten' behelst kwam aan de orde in een recent arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch.⁹ In casu verstrekte de gemeente Heerlen subsidie aan een stichting ten behoeve van de renovatie van gevels van zes winkelpanden en 'De Worstenhemel'.

Uit het IBA Molecular-arrest kan al worden afgeleid dat de voornoemde criteria ook moeten worden nagelopen om te beoordelen of de subsidierelatie tevens is aan te merken als een 'overheidsopdracht voor leveringen'. Hieruit kan naar mijn mening gerechtvaardigd worden afgeleid dat dezelfde criteria dus ook gelden bij de beoordeling of de subsidierelatie kwalificeert als een 'overheidsopdracht voor diensten'.

Het gerechtshof oordeelt allereerst dat in feite sprake was van subsidieverlening aan particuliere pandeigenaren voor de gevelrenovatie en niet – zoals appellante stelt – aan de stichting voor door de stichting te verlenen diensten. De stichting zou kennelijk slechts een tussenpersoon zijn, die zou zijn ingeschakeld door de particuliere pandeigenaren (althans de subsidie namens deze pandeigenaren hebben ontvangen). Het gerechtshof beoordeelt vervolgens of aan de voornoemde criteria wordt voldaan. Het gerechtshof komt tot de conclusie dat dit niet het geval is. De gemeente bepaalt niet de specificaties van de renovatie. Dit doen de pandeigenaren. Aan voorwaarde 2 wordt dus niet voldaan. Ook rust op de

pandeigenaren geen plicht om de gevels te renoveren. Aan voorwaarde 3 wordt dus evenmin voldaan. Er is dus sprake van een 'zuivere' subsidie.

Maar zelfs al is een overeenkomst aan te merken als 'zuivere' subsidie, dan nog kan op de subsidieontvanger een aanbestedingsplicht rusten.

Met de enkele constatering dat de overeenkomst of 'het contractuele geheel' geen 'overheidsopdracht' behelst ben je er nog niet.

Les 3: Een particuliere subsidieontvanger kan ook aanbestedingsplichtig zijn

Volgens de A-G heeft de Commissie impliciet onderzocht of de wijze waarop de overheidssteun was gestructureerd het bestaan van een in aanbesteding te geven overheidsopdracht verhulde.

Dit leidt zij af uit het feit dat de Commissie in haar staatssteunbesluit doorslaggevend acht dat de *bouw* van het werk wordt onderworpen aan een aanbestedingsprocedure met inachtneming van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Vanuit materieel oogpunt bevindt de particuliere subsidieontvanger zich dus in een positie die analoog is aan die van de aanbestedende dienst.

Het lijkt erop alsof de A-G hiermee wil zeggen dat de Commissie zou hebben gemeend dat de constructie is aan te merken als overheidsopdracht voor werken, waarbij de op de aanbestedende dienst rustende aanbestedingsplicht is doorgelegd naar de subsidieontvanger. Het Hof van Justitie biedt deze doorlegmogelijkheid in het Scala-arrest.¹⁰ In mijn optiek wijst niets erop dat de Commissie met de voornoemde voorwaarde ook heeft bedoeld te bewerkstelligen dat met het doorleggen van een aanbestedingsplicht aan Richtlijn 2014/24/EU wordt voldaan. Immers, in het Auroux-arrest zwakt het Hof van Justitie de mogelijkheid tot doorleggen af, nu de aanbestedingsrichtlijn daarin niet voorziet. Het Hof van Justitie acht dit met name bezwaarlijk in het geval dat de tot aanbesteding verplichte opdrachtnemer niet de totale oorspronkelijke opdracht aan onderaannemers uitbesteedt (en dus zal kunnen aanbesteden).¹¹ Volgens A-G Kokott inzake het Auroux-arrest is de mogelijkheid tot doorleg-

9 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 16 april 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:1284, zie ook eerste aanleg ECLI:NL:RBLIM:2021:5358 en ECLI:NL:RBLIM:2022:7783.

10 HvJ EU, 12 juli 2001, C-399/98, Scala, r.o. 100.

11 HvJ EU, 18 januari 2007, C-220/05, Auroux, r.o. 65 t/m 67.

gen enkel beperkt tot de situaties dat de aanbestedende dienst geen vrije keuze heeft om de opdracht aan een andere onderneming te gunnen.¹² Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de Nederlandse situatie waarbij een onderneming, die de grond waarop het aanbestedingsplichtige werk gerealiseerd moet worden voor 100% in eigendom heeft, en zich op grond van het onteigeningsrecht¹³ kan beroepen op het zelfrealisatiebeginsel. In dat geval botst de aanbestedingsplicht met het zelfrealisatiebeginsel. Mij valt op dat de A-G niet verwijst naar artikel 13 Richtlijn 2014/24/EU, dat particuliere subsidieontvangers verplicht om een opdracht voor bijvoorbeeld de realisatie van een sportaccommodatie (of diensten die daarmee samenhangen) Europees aan te besteden als (i) die voor meer dan 50% wordt gesubsidieerd door een aanbestedende dienst, en (ii) de waarde van de opdracht de toepasselijke drempelwaarde overschrijdt. Op zich terecht, want de subsidie betrof hier 'slechts' 40% van de bouwkosten. Maar dit is wel iets waar subsidieontvangers (en ook aanbestedende diensten) rekening mee moeten houden.

Les 4: De rechtsbeschermingsrichtlijn beschermt aanbestedende diensten niet

Tot slot wijst de A-G erop dat rechtsbeschermingsrichtlijn 98/665 niet in het leven is geroepen om overheidsinstanties te beschermen tegen inbreuken die zij zelf hebben begaan, maar om een ieder die door het optreden van die aanbestedende diensten is benadeeld in staat te stellen dergelijke inbreuken aan te vechten. Mogelijk biedt de nationale wet- en regelgeving deze mogelijkheid wel. Maar in dat geval moet volgens de A-G worden bepaald in hoeverre de uitzondering op de klassieke regel *venire contra factum proprium nulli conceditur* (oftewel dat 'niemand mag handelen in strijd met zijn eigen eerdere handeling') aanvaardbaar is.

Die klassieke regel biedt perspectief voor ondernemingen die opeens worden geconfronteerd met aanbestedende diensten die onder een overeenkomst uit willen komen met een beroep op het aanbestedingsrecht. In de nationale jurispru-

dentie zien we deze situatie namelijk vaker, waarbij enkel op basis van de inhoud wordt beoordeeld of sprake is van een aanbestedingsplicht, zonder eerst te oordelen of de aanbestedende dienst hier wel een beroep op toekomt.¹⁴ Dit geldt temeer nu een overeenkomst die in strijd met een Europese aanbestedingsplicht is gesloten naar Nederlands recht niet nietig is, maar vernietigbaar.¹⁵

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Een subsidierelatie die onder de subsidietitel van de Awb valt kan onder omstandigheden ook een Europees aanbestedingsplichtige overheidsopdracht zijn. Gekeken moet worden of het contractuele geheel (les 1) voldoet aan de in les 2 genoemde cumulatieve voorwaarden. Aan de aanbestedingsplicht kan in principe niet worden ontkomen door de aanbestedingsplicht door te leggen aan de subsidieontvanger(les 3). Het is de vraag of aanbestedende diensten die onder een subsidieverstrekking uit willen komen zelf een beroep kunnen doen op een beweerdelijke strijd met het aanbestedingsrecht (les 4).

mr. A. Stellingwerff Beintema
partner bij Maasdam Broers Fischer advocaten

12 Conclusie A-G Kokott, 15 juni 2006, C-220/05, r.o. 75 en 76.

13 Oftewel: er wordt voldaan aan de voorwaarden in artikel 77 e.v. van de Onteigeningswet.

14 Gerechtshof Den Haag, 19 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1463; Rb. Noord-Nederland, 10 juli 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2661.

15 HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826, Uneto/De Vliert; art. 4.15 AanbW 2012.

113

Wezenlijke wijziging van een concessie

Hof van Justitie EU
4 juli 2024, nr. C-728/22, nr. C-729/22,
nr. C-730/22, ECLI:EU:C:2024:582
(L. Medina)
(Concl. A-G L. Medina)

**Concessie. Nationale procedureregels.
Wezenlijke wijziging.**

[Richtlijn 2014/23 art. 43; Richtlijn 89/665;
VWEU art. 49, art. 56]

De onderhavige zaken betreffen drie verzoeken om een prejudiciële beslissing van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië). Deze rechter wenst van het Hof te vernemen of bepaalde kenmerken van de regeling van de 'technische verlenging' die in Italië van toepassing is op verlopen concessies voor het bingospel verenigbaar zijn met het Unierecht, en met name met Richtlijn 2014/23, Richtlijn 89/665 en art. 49 VWEU.

De regeling van de 'technische verlenging' is in 2013 door de Italiaanse wetgever vastgesteld en is sindsdien van kracht als overgangmaatregel in afwachting van een nieuwe aanbestedingsprocedure voor de hernieuwde gunning van die concessies. Krachtens deze regeling moeten exploitanten van bingohallen een maandelijkse vergoeding betalen. De betaling van deze vergoeding was geen voorwaarde voor de oorspronkelijke gunning van hun concessies en de vergoeding kent een vast tarief, ongeacht de financiële draagkracht van de marktdeelnemers in de sector. Bovendien is deze vergoeding sinds de vaststelling ervan geleidelijk verhoogd. De deelname aan die regeling en daarmee de betaling van de maandelijkse vergoeding vormen tevens een voorwaarde voor de deelname aan een toekomstige aanbestedingsprocedure, die sinds december 2014 herhaaldelijk is uitgesteld en momenteel nog niet is vastgesteld.

De verzoeken om een prejudiciële beslissing zijn ingediend in het kader van gedingen die bij de nationale rechter aanhangig zijn gemaakt door twee verenigingen van exploitanten van wedden-

schapsactiviteiten (bingoactiviteiten), en door verschillende exploitanten van deze sector die individueel optreden. Zij zijn van mening dat zij zwaar zijn getroffen door de regeling van de 'technische verlenging', voornamelijk na de COVID-19-pandemie. Zij komen in wezen op tegen het besluit van de Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (agentschap voor douane en monopolies, Italië; hierna: ADM), waarbij de ADM zich onbevoegd heeft verklaard om de door de Italiaanse wetgever vastgestelde voorwaarden voor de regeling van de 'technische verlenging' te schorsen of te wijzigen.

Deze zaken bieden het Hof de gelegenheid om zich uit te spreken over de werkingssfeer van Richtlijn 2014/23 en over de discretionaire bevoegdheid die aanbestedende diensten van de lidstaten eventueel moeten uitoefenen om de voorwaarden van een concessie te heroverwegen wanneer onvoorziene omstandigheden die niet aan de concessiehouders toerekenbaar zijn, het economische evenwicht van de exploitatie van een dienst verstoren. Voorts stellen zij het Hof in staat te bepalen binnen welke grenzen een concessie kan worden gewijzigd zonder een nieuwe gunningsprocedure overeenkomstig deze richtlijn.

Beoordeling**Eerste prejudiciële vraag in de zaken C-728/22 en C-729/22**

Voor de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag in de zaken C-728/22 en C-729/22 moet de werkingssfeer van Richtlijn 2014/23 worden onderzocht. In wezen wenst de verwijzende rechter te vernemen of concessies die vóór de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn en vóór het verstrijken van de uiterste datum voor de omzetting ervan zijn gegund, niettemin onder deze richtlijn kunnen vallen.

De AG concludeert dat deze richtlijn – onder voorbehoud van de beoordeling door de verwijzende rechter – moet worden geacht van toepassing te zijn op de concessies waar het in de hoofdgedingen om gaat, aangezien de voorwaarden van de oorspronkelijke gunning ingrijpend zijn gewijzigd door de vaststelling van de regeling van de 'technische verlenging' en de latere wijzigingen ervan. De AG geeft het Hof dan ook in overweging om de eerste prejudiciële vraag in de zaken C-728/22 en C-729/22 aldus te beantwoorden dat Richtlijn