



Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Zweite Kammer)

10. Juli 2014*

„Vorabentscheidungsersuchen — Öffentliche Bauaufträge — Richtlinie 93/37/EWG —
,Verpflichtungserklärung zur Vermietung‘ von noch nicht errichteten Gebäuden —
Rechtskräftige nationalgerichtliche Entscheidung — Tragweite der Rechtskraftwirkung im Fall einer
mit dem Unionsrecht unvereinbaren Situation“

In der Rechtssache C-213/13

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Consiglio di Stato (Italien) mit Entscheidung vom 11. Januar 2013, beim Gerichtshof eingegangen am 23. April 2013, in dem Verfahren

Impresa Pizzarotti & C. SpA

gegen

Comune di Bari,

Giunta comunale di Bari,

Consiglio comunale di Bari,

Beteiligte:

Complesso Residenziale Bari 2 Srl,

Commissione di manutenzione della Corte d'appello di Bari,

Giuseppe Albenzio als „Commissario ad acta“,

Ministero della Giustizia,

Regione Puglia

erlässt

DER GERICHTSHOF (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung der Kammerpräsidentin R. Silva de Lapuerta, des Vizepräsidenten des Gerichtshofs K. Lenaerts (Berichterstatter) sowie der Richter J. L. da Cruz Vilaça, G. Arestis und J.-C. Bonichot,

Generalanwalt: N. Wahl,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

Kanzler: A. Impellizzeri, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 2014,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der Impresa Pizzarotti & C. SpA, vertreten durch R. Mastroianni, D. Vaiano und F. Lorusso, avvocati,
- der Comune di Bari, vertreten durch A. Loiodice, I. Loiodice und R. Lanza, avvocati,
- der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von P. Gentili, avvocato dello Stato,
- der deutschen Regierung, vertreten durch T. Henze und J. Möller als Bevollmächtigte,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch L. Pignataro-Nolin, A. Tokár und A. Aresu als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 15. Mai 2014

folgendes

Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114) sowie die Tragweite der Rechtskraftwirkung im Fall einer mit dem Unionsrecht unvereinbaren Situation.
- 2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Impresa Pizzarotti & C. SpA (im Folgenden: Pizzarotti) auf der einen Seite und der Comune di Bari (Gemeinde Bari), der Giunta comunale di Bari (Gemeindeverwaltung Bari) und dem Consiglio comunale di Bari (Gemeinderat Bari) auf der anderen Seite infolge der Veröffentlichung der Bekanntmachung einer Marktuntersuchung, um die italienische Justizverwaltung mit einem einheitlichen Sitz für alle in Bari (Italien) angesiedelten Gerichte auszustatten.

Rechtlicher Rahmen

Richtlinie 92/50/EWG

- 3 Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) bestimmte:

„Im Sinne dieser Richtlinie

- a) gelten als ‚öffentliche Dienstleistungsaufträge‘ die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge, ausgenommen

...

- iii) ungeachtet deren Finanzmodalitäten Verträge über Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen ...;

...“

Richtlinie 93/37/EWG

- 4 Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) definierte „öffentliche Bauaufträge“ im Sinne dieser Richtlinie als „die zwischen einem Unternehmer und einem unter Buchstabe b) näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks im Sinne des Buchstabens c) oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“.
- 5 Unter den in Anhang II dieser Richtlinie genannten Tätigkeiten befinden sich in Klasse 50 („Baugewerbe“) die Untergruppe „Allgemeines Baugewerbe (ohne ausgeprägten Schwerpunkt)“ (Untergruppe 500.1) sowie das „Rohbaugewerbe“ (Gruppe 501).

Richtlinie 2004/18

- 6 Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 bestimmt:
 - „a) ‚Öffentliche Aufträge‘ sind zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie.
 - b) ‚Öffentliche Bauaufträge‘ sind öffentliche Aufträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Planung und die Ausführung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen.

...“

- 7 In Art. 16 („Besondere Ausnahmen“) dieser Richtlinie heißt es:

„Diese Richtlinie findet keine Anwendung auf öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Folgendes zum Gegenstand haben:

- a) Erwerb oder Miete von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen oder Rechte daran ungeachtet der Finanzmodalitäten dieser Aufträge; ...

...“

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

- 8 Am 14. August 2003 veröffentlichte die Comune di Bari die Bekanntmachung einer „Marktuntersuchung“ für die schnellstmögliche Errichtung eines neuen einheitlichen, geeigneten und angemessenen Sitzes für sämtliche Gerichte von Bari. Diese Bekanntmachung wurde u. a. im *Amtsblatt der Europäischen Union* vom 23. August 2003 veröffentlicht (ABl. S 161).
- 9 Nach dieser Bekanntmachung hatten sich alle Bewerber zu verpflichten, mit den Bauarbeiten des geplanten Gebäudes vor dem 31. Dezember 2003 zu beginnen. Verlangt waren klare und vollständige Angaben über die zulasten der Gemeindeverwaltung und des italienischen Justizministeriums gehenden Kosten sowie über die Zahlungsmodalitäten unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich die verfügbaren öffentlichen Mittel auf 43,5 Mio. Euro beliefen, die bereits für das Projekt bestimmt waren, zuzüglich 3 Mio. Euro, die der Höhe der jährlich von der Comune di Bari getragenen Miete für die Anmietung der Gebäude entsprechen, in denen die betreffenden Gerichte untergebracht sind. Die Bekanntmachung enthielt einen von der Corte d'appello di Bari verfassten Anhang, mit dem ein „offizieller und vollständiger Rahmen der strukturellen, funktionalen und organisatorischen Anforderungen“ (im Folgenden: Anforderungsrahmen) für die Errichtung des geplanten Gerichtskomplexes zur Verfügung gestellt werden sollte.
- 10 Vier Angebote wurden eingereicht. Mit Entscheidung Nr. 1045/2003 vom 18. Dezember 2003 wählte die Comune di Bari dasjenige von Pizzarotti aus. Dieses Angebot sah vor, dass ein Teil des errichteten Gebäudes an die Comune di Bari für 43 Mio. Euro verkauft würde und dass der übrige Teil an diese für eine jährliche Miete von 3 Mio. Euro vermietet würde.
- 11 Mit Schreiben vom 4. Februar 2004 informierte das Ministero della Giustizia (Justizministerium) die Comune di Bari darüber, dass die verfügbaren öffentlichen Mittel für das betreffende Projekt auf 18,5 Mio. Euro gekürzt worden seien, und forderte sie auf, zu prüfen, ob es in Anbetracht der erhaltenen Angebote möglich sei, das Projekt in den von diesem neuen wirtschaftlichen Rahmen abgesteckten Grenzen erfolgreich durchzuführen. Mit Schreiben vom 11. Februar 2004 forderte die Comune di Bari Pizzarotti auf, ihr mitzuteilen, ob sie bereit sei, das begonnene Verfahren fortzuführen. Pizzarotti bejahte dies und formulierte ihr Angebot um, um der Kürzung der verfügbaren öffentlichen Mittel Rechnung zu tragen.
- 12 Die vorgesehene öffentliche Finanzierung wurde im September 2004 vollständig gestrichen.
- 13 Infolge dieser Streichung reichte Pizzarotti bei der Comune di Bari ein zweites Angebot ein und verwies auf die Möglichkeit der Realisierung des für die Vermietung bestimmten, im ursprünglichen Angebot ins Auge gefassten Gebäudes.
- 14 Aufgrund der Untätigkeit der Verwaltung erhob Pizzarotti beim Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Regionales Verwaltungsgericht für Apulien) Klage auf Verpflichtung der Comune di Bari zum Handeln.
- 15 Der nach Abweisung dieser Klage von Pizzarotti eingelegten Berufung gab der Consiglio di Stato mit Urteil Nr. 4267/2007 statt. Er war der Auffassung, dass das Verfahren unter Berücksichtigung des nach der Änderung des wirtschaftlichen Rahmens ergangenen Schreibens des Justizministeriums vom 4. Februar 2004 nicht durch die Billigung des Ergebnisses der Marktuntersuchung beendet worden sei, und entschied daher, dass die Comune di Bari „unter Beachtung der Grundsätze der Angemessenheit, von Treu und Glauben und des Vertrauensschutzes das Verfahren in nachvollziehbarer Weise angemessen zu Ende bringen muss, indem sie ihre eigenen Handlungen konsequent weiterführt und im Rahmen der eingegangenen Angebote prüft, ob das Gebäude innerhalb des geänderten wirtschaftlichen Rahmens errichtet werden kann“.

- 16 Die von der Comune di Bari gegen dieses Urteil erhobene Kassationsbeschwerde wurde mit einem Beschluss der Corte suprema di cassazione vom 23. Dezember 2008 zurückgewiesen.
- 17 Der in der Zwischenzeit wegen der Durchführung seines Urteils Nr. 4267/2007 angerufene Consiglio di Stato stellte mit Urteil Nr. 3817/2008 die Untätigkeit der Comune di Bari fest und gab dieser auf, den Tenor des Urteils Nr. 4267/2007 innerhalb einer Frist von 30 Tagen vollständig durchzuführen. Er ernannte den Präfekten von Bari zum „Commissario ad acta“ (Kommissar für Einzelmaßnahmen), der im Fall einer andauernden Untätigkeit – gegebenenfalls mittels einer beauftragten Person – alle zur Durchführung dieses Urteils erforderlichen Handlungen vornehmen sollte.
- 18 Am 21. November 2008 befand der vom Präfekten von Bari beauftragte „Commissario ad acta“ die Angebote von Pizzarotti für gültig und stellte folglich fest, dass das mit der Bekanntmachung der betreffenden Marktuntersuchung eingeleitete Verfahren positiv geendet habe.
- 19 Die giunta comunale di Bari beendete ihrerseits dieses Verfahren und berief sich dabei auf die fehlende Übereinstimmung des zweiten Angebots von Pizzarotti mit den in der Bekanntmachung enthaltenen Vorgaben.
- 20 Pizzarotti und die Comune di Bari erhoben jeweils Klage beim Consiglio di Stato. Pizzarotti machte geltend, dass die Comune di Bari, da sie sich nicht vertraglich zur Realisierung des geplanten neuen Justizkomplexes verpflichtet habe, das Urteil Nr. 3817/2008 des Consiglio di Stato nicht ordnungsgemäß durchgeführt habe. Die Comune di Bari beanstandete, dass der Verschlechterung der Bedingungen einer Realisierung des Projekts, die für den weiteren Verlauf des Verfahrens entscheidend gewesen sei, nicht Rechnung getragen worden sei.
- 21 Mit der Durchführungsentscheidung Nr. 2153/2010 vom 15. April 2010 gab der Consiglio di Stato der Klage von Pizzarotti statt und wies die Klage der Comune di Bari ab. Das Tätigwerden des „Commissario ad acta“ hielt er wegen des fehlenden „nachvollziehbar angemessenen Abschlusses“ im Sinne seines Urteils Nr. 4267/2007 für unvollständig. Er entschied, dass die zur konkreten Realisierung des zweiten Vorschlags von Pizzarotti erforderlichen Handlungen vorzunehmen seien, und setzte eine Frist von 180 Tagen, um das Verfahren abzuschließen.
- 22 Mit Bescheid vom 27. Mai 2010 kam der „Commissario ad acta“ zu dem Ergebnis, dass „die Bekanntmachung für eine Marktuntersuchung vom August 2003 kein positives Ende gefunden [habe]“. Er begründete dies bezüglich des ersten Angebots von Pizzarotti, wie es im Laufe des Jahres 2004 umformuliert worden war, damit, dass der Verlust eines Teils der öffentlichen Finanzierung die Erreichung des von der Comune di Bari verfolgten Zwecks unmöglich gemacht habe. Bezüglich des zweiten Angebots von Pizzarotti zur Vermietung von Gebäuden, die privat errichtet werden sollten, hob er hervor, dass dies im Hinblick auf den Zweck völlig ungeeignet sei.
- 23 Pizzarotti erhob dagegen Klage beim Consiglio di Stato, der mit der Durchführungsentscheidung Nr. 8420/2010 vom 3. Dezember 2010 stattgegeben werde. Unter Hervorhebung der Inkohärenz der Ergebnisse zu der Bekanntmachung im Bescheid vom 21. November 2008 und in dem vom 27. Mai 2010 war der Consiglio di Stato der Auffassung, dass das einzige Ergebnis, das sich aufgedrängt habe, das im ersten dieser beiden Bescheide sei. Er bekräftigte die Notwendigkeit für den „Commissario ad acta“, die für die Annahme des zweiten Angebots von Pizzarotti notwendigen Verfahren einzuleiten, und erklärte den zweiten Bescheid mit der Begründung für nichtig, dass er die Rechtskraft breche.
- 24 Später ergriff der neue vom Präfekten von Bari ernannte „Commissario ad acta“ alle Maßnahmen, die erforderlich waren, damit eine „städtebauliche Variante“ zum Flächennutzungsplan der Comune di Bari für die von der Errichtung des geplanten Justizkomplexes betroffenen Grundstücke am 23. April 2012 angenommen werden konnte.

- 25 Pizzarotti focht diese Entscheidung beim Consiglio di Stato mit der Begründung an, dass sie die Rechtskraft breche.
- 26 In diesem Zusammenhang fragt sich das vorlegende Gericht erstens, ob ein Vertrag über die Vermietung einer zukünftigen Immobilie in Form einer Verpflichtungserklärung zu deren Vermietung trotz des Vorliegens charakteristischer Merkmale eines Mietvertrags einem Bauauftrag gleichkomme, auf den die spezifische Ausschlussklausel in Art. 16 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 keine Anwendung finde.
- 27 Falls dieser Vertrag einen Bauauftrag darstellen sollte, fragt sich das Gericht zweitens, ob es die Rechtskraft seines Urteils Nr. 4267/2007 als unwirksam betrachten könne, da sie aufgrund späterer Durchführungsentscheidungen und von Bescheiden des „Commissario ad acta“ zu einer Situation geführt habe, die mit dem Vergaberecht der Union unvereinbar sei. Nach seiner eigenen Rechtsprechung könne der Consiglio di Stato unter bestimmten Voraussetzungen den ursprünglichen Tenor einer seiner Entscheidungen mit einer Entscheidung, die diese durchführt, ergänzen, wobei es zu einer „stufenweise eintretenden Rechtskraft“ komme.
- 28 Unter diesen Umständen hat der Consiglio di Stato das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:
1. Entspricht der abzuschließende Vertrag über die Vermietung einer zukünftigen Sache, auch in der zuletzt vorgeschlagenen Form einer Verpflichtungserklärung zur Vermietung, einem Bauauftrag, wenn auch mit einigen Merkmalen eines Mietvertrags, so dass er nicht als ein Vertrag angesehen werden kann, der gemäß Art. 16 der Richtlinie 2004/18 von der Anwendung der Regelung über die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen ist?
 2. Kann das nationale Gericht, insbesondere das vorlegende Gericht, im Fall der Bejahung der ersten Frage die gegebenenfalls in Rechtskraft erwachsene Entscheidung über den vorliegenden, in der Sachverhaltsdarstellung beschriebenen Fall als unwirksam betrachten, da durch sie eine mit dem Unionsrecht über die Vergabe öffentlicher Aufträge unvereinbare Rechtslage fortbesteht? Ist es also möglich, eine mit dem Unionsrecht unvereinbare rechtskräftige Entscheidung zu vollstrecken?

Zur Zulässigkeit der Vorlagefragen

- 29 Pizzarotti führt zwei Gründe an, die sie ernsthaft an der Zulässigkeit der Vorlagefragen zweifeln lassen.
- 30 Erstens halte das Vorabentscheidungsersuchen die Unionsregelung fälschlicherweise im Ausgangsverfahren für anwendbar. Das Ersuchen sei darauf gerichtet, eine Auslegung der Richtlinie 2004/18 zu erhalten, obwohl diese nach dem Zeitpunkt erlassen worden sei, zu dem die Comune di Bari entschieden habe, die Bekanntmachung der betreffenden Marktuntersuchung zu veröffentlichen, nämlich am 14. August 2003. Die Richtlinie sei daher nicht auf den Ausgangsrechtsstreit anwendbar.
- 31 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass grundsätzlich diejenige Richtlinie anwendbar ist, die zu dem Zeitpunkt gilt, zu dem der öffentliche Auftraggeber die Art des Verfahrens auswählt und endgültig entscheidet, ob die Verpflichtung zu einem vorherigen Aufruf zum Wettbewerb für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags besteht (Urteil Kommission/Niederlande, C-576/10, EU:C:2013:510, Rn. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung). Unanwendbar sind hingegen die Bestimmungen einer Richtlinie, deren Umsetzungsfrist nach diesem Zeitpunkt abgelaufen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Frankreich, C-337/98, EU:C:2000:543, Rn. 41 und 42).

- 32 In der vorliegenden Rechtssache galten die Richtlinien 92/50 und 93/37 am 14. August 2003, dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bekanntmachung einer „Marktuntersuchung“ durch die Comune di Bari für die Errichtung eines Gerichtskomplexes in Bari. Diese Richtlinien galten, als nach der Änderung des wirtschaftlichen Rahmens durch die vollständige Streichung der öffentlichen Finanzierung die Comune di Bari im September 2004 nach eigenen Angaben der Ansicht war, ein neues Auswahlverfahren einleiten zu müssen, anstatt direkt, ohne einen vorherigen Aufruf zum Wettbewerb, mit Pizzarotti über den Abschluss eines Vertrags über „die Vermietung einer zukünftigen Sache“ zu verhandeln.
- 33 Hingegen war die Richtlinie 2004/18 zu diesen verschiedenen Zeitpunkten nicht anwendbar, da nämlich ihre Umsetzungsfrist gemäß ihrem Art. 80 Abs. 1 erst am 31. Januar 2006 abgelaufen ist.
- 34 Allerdings wird der Begriff „öffentliche Bauaufträge“, auf den die erste Frage abzielt, nahezu wortgleich in Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/37 und in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und b der Richtlinie 2004/18 definiert. Außerdem verwenden Art. 1 Buchst. a Ziff. iii der Richtlinie 92/50 und Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 wortgleiche Wendungen, um die Reichweite des ebenfalls in dieser ersten Frage angesprochenen Ausschlusses zu definieren.
- 35 Unter diesen Umständen kann die fehlerhafte Ermittlung der auf die vorliegende Rechtssache anwendbaren Bestimmungen des Unionsrechts durch das vorliegende Recht die Zulässigkeit der Vorlagefragen nicht berühren (vgl. in diesem Sinne Urteil Zurita García und Choque Cabrera, C-261/08 und C-348/08, EU:C:2009:648, Rn. 39).
- 36 Zweitens macht Pizzarotti geltend, das Ausgangsverfahren sei durch das Vorhandensein rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidungen insbesondere des Consiglio di Stato gekennzeichnet, was das Vorabentscheidungsersuchen, insbesondere die erste Frage, offensichtlich unzulässig mache. Eine Antwort des Gerichtshofs auf diese Frage könnte nämlich unter Berücksichtigung zum einen der unionsrechtlich anerkannten Bedeutung der Rechtskraftwirkung – und sei es auf Kosten der Beseitigung eines Verstoßes gegen das Unionsrecht – und zum anderen des Fehlens einer Verpflichtung der Verwaltungsbehörde, eine endgültige Entscheidung, die sich als unionsrechtswidrig erweise, rückgängig zu machen, auf die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits keine Auswirkung haben.
- 37 Diese Argumentation betrifft jedoch die Begründetheit des Ausgangsverfahrens, genauer gesagt, den Gegenstand der zweiten Vorlagefrage.
- 38 Demzufolge sind die Vorlagefragen zulässig.

Zu den Vorlagefragen

Zur ersten Frage

- 39 Mit seiner ersten Frage, die entsprechend den in zeitlicher Hinsicht auf das Ausgangsverfahren anwendbaren Bestimmungen des Unionsrechts umzuformulieren ist, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/37 dahin auszulegen ist, dass ein Vertrag, der eine Verpflichtung enthält, noch nicht errichtete Gebäude zu vermieten, trotz des Vorliegens charakteristischer Merkmale eines Mietvertrags einen öffentlichen Bauauftrag darstellt und daher nicht unter den in Art. 1 Buchst. a Ziff. iii der Richtlinie 92/50 genannten Ausschluss fällt.

- 40 Hierzu ist vorab zum einen darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob ein Vorhaben einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne der Unionsvorschriften darstellt oder nicht, in den Bereich des Unionsrechts fällt. Die von Pizzarotti und der italienischen Regierung vorgetragene Qualifizierung des beabsichtigten Vertrags als „Mietvertrag“ ist insoweit nicht entscheidend (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Deutschland, C-536/07, EU:C:2009:664, Rn. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 41 Zum anderen ist bei einem Vertrag, der zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrags und Elemente eines Auftrags anderer Art aufweist, zur Bestimmung seiner rechtlichen Qualifizierung und der anwendbaren Unionsvorschriften auf seinen Hauptgegenstand abzustellen (vgl. in diesem Sinne Urteile Auroux u. a., C-220/05, EU:C:2007:31, Rn. 37, Kommission/Italien, C-412/04, EU:C:2008:102, Rn. 47, und Kommission/Deutschland, EU:C:2009:664, Rn. 57).
- 42 Im Ausgangsverfahren geht aus den dem Gerichtshof vorliegenden Akten hervor, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem der Comune di Bari von Pizzarotti der Abschluss des in Rede stehenden Vertrags angeboten wurde, die Errichtung des Gebäudes, auf das sich der Vertrag bezog, noch nicht begonnen war. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der Hauptgegenstand des Vertrags in dieser Errichtung liegt, die zwangsläufig Voraussetzung für die spätere Vermietung des Gebäudes ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Deutschland, EU:C:2009:664, Rn. 56).
- 43 Wie die deutsche Regierung hervorgehoben hat, muss allerdings, damit ein „öffentlicher Bauauftrag“ im Sinne der Richtlinie 93/37 angenommen werden kann, die Errichtung des geplanten Gebäudes den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen genügen (Urteil Kommission/Deutschland, EU:C:2009:664, Rn. 55).
- 44 Dies ist der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen (vgl. in diesem Sinne Urteil Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, Rn. 67).
- 45 Im Ausgangsverfahren nimmt der Entwurf einer „Verpflichtungserklärung zur Vermietung“, der vom vorlegenden Gericht als die letzte der Comune di Bari von Pizzarotti vorgeschlagene Vertragsform genannt wird, in Punkt 10 Bezug auf den von der Corte d'appello di Bari für die Veröffentlichung der betreffenden Bekanntmachung der Marktuntersuchung verfassten Anforderungsrahmen. Art. 7 des Entwurfs behält der Verwaltung das Recht vor, vor Abnahme des Gebäudes dessen Übereinstimmung mit diesem Anforderungsrahmen zu überprüfen.
- 46 Der Anforderungsrahmen präzisiert die verschiedenen technischen und technologischen Merkmale des geplanten Gebäudes sowie – unter Berücksichtigung einer Gesamtheit statistischer Daten zur Gerichtstätigkeit im Bezirk von Bari (Anzahl der Zivil- und Strafverfahren, wöchentliche Zahl der Sitzungen pro Gericht, Zahl der Richter und Staatsanwälte, Zahl der Mitglieder des Verwaltungspersonals, der Kriminalpolizei oder der Sicherheitsdienste, Zahl der bei der Anwaltskammer von Bari eingeschriebenen Rechtsanwälte usw.) – die spezifischen Bedürfnisse jedes einzelnen Gerichts im Gerichtsbezirk (Zahl der notwendigen Büros und Sitzungssäle, Konferenz-, Besprechungs- und Archivräume, Fläche der Räume, Arten der internen Kommunikation) sowie bestimmte gemeinsame Bedürfnisse wie die Kapazität der Parkplätze.
- 47 Entgegen dem Vorbringen von Pizzarotti und der italienischen Regierung versetzt ein solcher Anforderungsrahmen die Comune di Bari in die Lage, auf die Planung des zu errichtenden Gebäudes entscheidend Einfluss zu nehmen.
- 48 Daraus folgt, dass der im Ausgangsverfahren beabsichtigte Vertrag die Errichtung eines Gebäudes, das den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen genügt, zum Hauptgegenstand hat.

- 49 Zwar enthält, worauf das vorliegende Gericht hinweist, der Entwurf einer „Verpflichtungserklärung zur Vermietung“ auch charakteristische Merkmale eines Mietvertrags. Vor dem Gerichtshof ist besonders hervorgehoben worden, dass die finanzielle Gegenleistung der Verwaltung nach Art. 5 des Entwurfs einer „Jahresmiete“ von 3,5 Mio. Euro entspricht, die während der 18-jährigen Laufzeit des Vertrags zu zahlen ist. Nach Angaben von Pizzarotti und der italienischen Regierung wäre diese Gesamtgegenleistung in Höhe von 63 Mio. Euro deutlich niedriger als die geschätzten Gesamtkosten des Gebäudes, die sich annähernd auf 330 Mio. Euro belaufen sollen.
- 50 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass ausschlaggebend für die Einstufung des betreffenden Vertrags dessen Hauptgegenstand und nicht die Höhe der Vergütung des Unternehmers oder die Art und Weise ihrer Zahlung ist (Urteil Kommission/Deutschland, EU:C:2009:664, Rn. 61).
- 51 Im Übrigen würden nach den Erörterungen in der mündlichen Verhandlung weder Art. 4 des Entwurfs einer „Verpflichtungserklärung zur Vermietung“, wonach der Vertrag nach Ablauf eines 18-jährigen Zeitraums automatisch endet, noch die von der italienischen Regierung hervorgehobene Bestimmung der italienischen Rechtsvorschriften über die allgemeine Rechnungsführung des Staates, die verlangt, dass die von den Behörden geschlossenen Verträge einen feststehenden Endzeitpunkt und eine ganz bestimmte Dauer haben, und die verbietet, dass diese Verträge eine dauerhafte Belastung für den Staat darstellen, es ausschließen, dass nach Ablauf des ersten beabsichtigten Vertrags ein oder mehrere weitere Verträge geschlossen werden, die Pizzarotti die Bezahlung der ganzen oder eines substanziellen Teils der für die Errichtung des betreffenden Bauwerks ausgeführten Arbeiten gewährleisten würden.
- 52 Daher ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/37 dahin auszulegen ist, dass ein Vertrag, der die Errichtung eines Bauwerks, das den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen genügt, zum Hauptgegenstand hat, einen öffentlichen Bauauftrag darstellt und daher nicht unter den Ausschluss in Art. 1 Buchst. a Ziff. iii der Richtlinie 92/50 fällt, auch wenn er eine Verpflichtung enthält, das betreffende Bauwerk zu vermieten.

Zur zweiten Frage

- 53 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob es seine eigene, gegebenenfalls in Rechtskraft erwachsene Entscheidung, die zu einer mit den Vorschriften der Union über die Vergabe öffentlicher Aufträge unvereinbaren Lage geführt haben soll, als unwirksam betrachten kann.
- 54 Insoweit ist zu beachten, dass es aufgrund fehlender unionsrechtlicher Vorschriften nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie Sache der innerstaatlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ist, die Modalitäten der Wirkung der Rechtskraft festzulegen, wobei jedoch die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität gewahrt sein müssen (vgl. in diesem Sinne Urteil Fallimento Olimpiclub, C-2/08, EU:C:2009:506, Rn. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 55 In seinem Vorabentscheidungsersuchen führt das vorliegende Gericht aus, dass es nach seiner Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen den ursprünglichen Tenor eines seiner Urteile durch Durchführungsentscheidungen ergänzen könne, wobei es zu einer „stufenweise eintretenden Rechtskraft“ komme.
- 56 Wenn, was zu prüfen Sache des vorliegenden Gerichts ist, bezüglich der in seinem Urteil Nr. 4267/2007 enthaltenen Entscheidung, die in Rn. 15 des vorliegenden Urteils erwähnt wird und die nach den Angaben im Vorlagebeschluss die Rechtskraft in der vorliegenden Rechtssache festlegt, die Voraussetzungen für eine Anwendung dieser verfahrensrechtlichen Möglichkeit erfüllt sind, ist es Sache dieses Gerichts, unter Berücksichtigung des Äquivalenzgrundsatzes von dieser Möglichkeit in der Weise Gebrauch zu machen, dass von „den vielfältigen verschiedenen Lösungsmöglichkeiten“, die

nach den eigenen Angaben des Gerichts für diese Entscheidung in Betracht kommen, derjenigen der Vorzug gegeben wird, die im Einklang mit dem Effektivitätsgrundsatz die Beachtung der Vorschriften der Union über die Vergabe öffentlicher Aufträge gewährleistet.

- 57 Wie die Comune di Bari bemerkt hat, könnte diese Lösung darin bestehen, in Ergänzung zu der genannten Entscheidung die Beendigung des Verfahrens der Marktuntersuchung anzuordnen, ohne dass ein Angebot ausgewählt wird, was die Einleitung eines neuen Verfahrens unter Beachtung der Vorschriften der Union über die Vergabe öffentlicher Aufträge ermöglichen würde.
- 58 Sollte das vorlegende Gericht hingegen zu der Auffassung gelangen, dass der korrekten Anwendung dieser Vorschriften nach den anwendbaren innerstaatlichen Verfahrensbestimmungen die Rechtskraft seines Urteils Nr. 4267/2007 oder der von ihm am 15. April und 3. Dezember 2010 erlassenen Durchführungsentscheidungen zu diesem Urteil entgegensteht, ist auf die Bedeutung hinzuweisen, die die Rechtskraft sowohl in der Unionsrechtsordnung als auch in den nationalen Rechtsordnungen hat. Zur Gewährleistung des Rechtsfriedens und der Beständigkeit rechtlicher Beziehungen sowie einer geordneten Rechtspflege sollen nämlich nach Ausschöpfung des Rechtswegs oder nach Ablauf der entsprechenden Rechtsmittelfristen unanfechtbar gewordene Gerichtsentscheidungen nicht mehr in Frage gestellt werden können (Urteile Kapferer, C-234/04, EU:C:2006:178, Rn. 20, Kommission/Luxemburg, C-526/08, EU:C:2010:379, Rn. 26, und ThyssenKrupp Nirosta/Kommission, C-352/09 P, EU:C:2011:191, Rn. 123).
- 59 Daher gebietet es das Unionsrecht einem nationalen Gericht nicht, von der Anwendung innerstaatlicher Verfahrensvorschriften, aufgrund deren eine Gerichtsentscheidung Rechtskraft erlangt, abzusehen, selbst wenn dadurch einer mit dem Unionsrecht unvereinbaren nationalen Situation abgeholfen werden könnte (vgl. in diesem Sinne Urteile *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, Rn. 46 und 47, *Kapferer*, EU:C:2006:178, Rn. 20 und 21, *Fallimento Olimpiclub*, EU:C:2009:506, Rn. 22 und 23, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, Rn. 35 bis 37, sowie *Kommission/Slowakei*, C-507/08, EU:C:2010:802, Rn. 59 und 60).
- 60 Das Unionsrecht verlangt also nicht, dass ein Rechtsprechungsorgan eine in Rechtskraft erwachsene Entscheidung nach einer späteren Auslegung einschlägiger unionsrechtlicher Bestimmung durch den Gerichtshof grundsätzlich rückgängig zu machen hat, um dieser Auslegung Rechnung zu tragen.
- 61 Das vom vorlegenden Gericht angeführte Urteil *Lucchini* (C-119/05, EU:C:2007:434) ist nicht geeignet, diese Beurteilung zu entkräften. Der Gerichtshof hat nämlich in einem ganz besonders gelagerten Fall, in dem es um die grundsätzliche Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen ging, sinngemäß entschieden, dass das Unionsrecht der Anwendung einer auf die Verankerung des Grundsatzes der Rechtskraft abzielenden Vorschrift des nationalen Rechts wie Art. 2909 des italienischen *Codice civile* entgegensteht, soweit ihre Anwendung die Rückforderung einer unter Verstoß gegen das Unionsrecht gewährten Beihilfe behindern würde, deren Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt durch eine bestandskräftig gewordene Entscheidung der Europäischen Kommission festgestellt worden war (vgl. in diesem Sinne Urteil *Fallimento Olimpiclub*, EU:C:2009:506, Rn. 25). Die vorliegende Rechtssache wirft jedoch keine solchen Fragen nach der Verteilung von Zuständigkeiten auf.
- 62 Besteht für das nationale Gericht nach den anwendbaren innerstaatlichen Verfahrensvorschriften unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, eine rechtskräftig gewordene Entscheidung rückgängig zu machen, um die Situation mit dem nationalen Recht in Einklang zu bringen, muss daher, sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, nach den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, damit die Vereinbarkeit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Situation mit der Regelung der Union über die Vergabe öffentlicher Aufträge wiederhergestellt wird.

- 63 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass diese Regelung insofern bedeutsame unionsrechtliche Bestimmungen enthält, als sie dazu bestimmt ist, die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz zum Zweck der Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten zu gewährleisten (vgl. in diesem Sinne Urteile Kommission/Portugal, C-70/06, EU:C:2008:3, Rn. 40, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, Rn. 55, Kommission/Zypern, C-251/09, EU:C:2011:84, Rn. 37 bis 39, sowie Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, Rn. 28).
- 64 Nach alledem ist auf die zweite Frage zu antworten, dass, sofern ein nationales Gericht wie das vorliegende, das letztinstanzlich entschieden hat, ohne dass der Gerichtshof zuvor nach Art. 267 AEUV mit einem Vorabentscheidungsersuchen befasst wurde, nach den anwendbaren innerstaatlichen Verfahrensvorschriften hierzu befugt ist, seine rechtskräftig gewordene Entscheidung, die zu einer mit den Vorschriften der Union über die Vergabe öffentlicher Aufträge unvereinbaren Situation geführt hat, entweder ergänzen oder rückgängig machen muss, um einer später vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung dieser Vorschriften Rechnung zu tragen.

Kosten

- 65 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem beim vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Zweite Kammer) für Recht erkannt:

- 1. Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge ist dahin auszulegen, dass ein Vertrag, der die Errichtung eines Bauwerks, das den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen genügt, zum Hauptgegenstand hat, einen öffentlichen Bauauftrag darstellt und daher nicht unter den Ausschluss in Art. 1 Buchst. a Ziff. iii der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge fällt, auch wenn er eine Verpflichtung enthält, das betreffende Bauwerk zu vermieten.**
- 2. Sofern ein nationales Gericht wie das vorliegende, das letztinstanzlich entschieden hat, ohne dass der Gerichtshof der Europäischen Union zuvor nach Art. 267 AEUV mit einem Vorabentscheidungsersuchen befasst wurde, nach den anwendbaren innerstaatlichen Verfahrensvorschriften hierzu befugt ist, muss es seine rechtskräftig gewordene Entscheidung, die zu einer mit den Vorschriften der Union über die Vergabe öffentlicher Aufträge unvereinbaren Situation geführt hat, entweder ergänzen oder rückgängig machen, um einer später vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung dieser Vorschriften Rechnung zu tragen.**

Unterschriften