



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

10 juli 2014*

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten voor uitvoering van werken — Richtlijn 93/37/EEG — ‚Voorovereenkomst tot verhuur’ van nog te bouwen gebouwen — Nationale rechterlijke beslissing die in gezag van gewijsde is gegaan — Draagwijdte van het beginsel van gezag van gewijsde in een met Unierecht onverenigbare situatie”

In zaak C-213/13,

betreffende een verzoek om een prejudiciële verwijzing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (Italië) bij beslissing van 11 januari 2013, ingekomen bij het Hof op 23 april 2013, in de procedure

Impresa Pizzarotti & C. SpA

tegen

Comune di Bari,

Giunta comunale di Bari,

Consiglio comunale di Bari,

in tegenwoordigheid van:

Complesso Residenziale Bari 2 Srl,

Commissione di manutenzione della Corte d’appello di Bari,

Giuseppe Albenzio, in de hoedanigheid van „commissario ad acta”,

Ministero della Giustizia,

Regione Puglia,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: R. Silva de Lapuerta, kamerpresident, K. Lenaerts (rapporteur), vicepresident van het Hof, J. L. da Cruz Vilaça, G. Arestis en J.-C. Bonichot, rechters,

advocaat-generaal: N. Wahl,

* Procestaal: Italiaans.

griffier: A. Impellizzeri, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 27 februari 2014,

gelet op de opmerkingen van:

- Impresa Pizzarotti & C. SpA, vertegenwoordigd door R. Mastroianni, D. Vaiano en F. Lorusso, advocati,
- de Comune di Bari, vertegenwoordigd door A. Loiodice, I. Loiodice en R. Lanza, advocati,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en J. Möller als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Pignataro-Nolin, A. Tokár en A. Aresu als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 15 mei 2014,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), alsook de draagwijdte van het beginsel van het gezag van gewijsde in een met het Unierecht onverenigbare situatie.
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Impresa Pizzarotti & C. SpA (hierna: „Pizzarotti”) en de Comune di Bari, de Giunta comunale di Bari en de Consiglio comunale di Bari, volgend op de openbare aankondiging door de Comune di Bari van een marktonderzoek teneinde de rechterlijke macht op de kortst mogelijke termijn te voorzien van één nieuw gerechtsgebouw, geschikt om alle te Bari (Italië) zittende rechters onder te brengen.

Toepasselijke bepalingen

Richtlijn 92/50/EEG

- 3 Artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), bepaalde het volgende:

„In de zin van deze richtlijn:

- a) wordt onder ‚overheidsopdrachten voor dienstverlening’ verstaan: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds, met uitsluiting van:

[...]

- iii) opdrachten betreffende de verwerving of huur, ongeacht de financiële modaliteiten ervan, van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken of betreffende de rechten hierop [...]

[...].

Richtlijn 93/37/EEG

- 4 Artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), definieerde „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken”, in de zin van deze richtlijn, als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een sub b omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde of sub c bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet”.
- 5 Tot de werkzaamheden bedoeld in bijlage II bij genoemde richtlijn behoorden, onder klasse 50 „Bouwnijverheid”, de „[a]lgemene bouwnijverheid (zonder bepaalde specialisatie)” (subgroep 500.1) en de „[b]urgerlijke utiliteitsbouw” (groep 501).

Richtlijn 2004/18

- 6 Artikel 1, lid 2, van richtlijn 2004/18 bepaalt het volgende:
 - „a) ‚Overheidsopdrachten’ zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.
 - b) ‚Overheidsopdrachten voor werken’ zijn overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. [...]

[...].

- 7 Artikel 16 van deze richtlijn, „Specifieke uitsluitingen”, luidt:

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

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

[...].

Hoofding en prejudiciële vragen

- 8 Op 14 augustus 2003 heeft de Comune di Bari een aankondiging van een „marktonderzoek” gepubliceerd, teneinde de rechterlijke macht op de kortst mogelijke termijn te voorzien van één nieuw gerechtsgebouw, geschikt om alle te Bari zittende rechters onder te brengen. Deze aankondiging is gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 23 augustus 2003 (PB S 161).

- 9 De aankondiging stelde als voorwaarde dat de inschrijvers zich ertoe zouden verbinden, vóór 31 december 2003 met de voorgenomen bouwwerkzaamheden te beginnen. Daarin werden duidelijke en volledige gegevens over de kosten ten laste van het gemeentebestuur en van het Italiaanse ministerie van Justitie verlangd, alsmede over de wijze van betaling, in aanmerking genomen dat de reeds aan het project toegewezen beschikbare overheidsmiddelen 43,5 miljoen EUR bedroegen, waaraan nog 3 miljoen EUR diende te worden toegevoegd, te weten de bedragen die de Comune di Bari per jaar uitgaf voor de huur van de onroerende goederen waarin de betrokken gerechten waren ondergebracht. Bij deze aankondiging hoorde een door de Corte d'appello di Bari opgestelde bijlage met als doel om voor een „officieel en volledig pakket van structurele, functionele en organisatorische eisen” (hierna: „pakket van eisen”) voor de verwezenlijking van het geplande gerechtsgebouw te zorgen.
- 10 Hierop zijn vier voorstellen ingediend. Bij besluit nr. 1045/2003 van 18 december 2003 heeft de Comune di Bari dat van Pizzarotti gekozen. Dit voorstel voorzag erin dat een deel van de werken aan de Comune di Bari zou worden verkocht voor een bedrag van 43 miljoen EUR en dat het overblijvende deel aan de Comune zou worden verhuurd voor een huurprijs van 3 miljoen EUR per jaar.
- 11 Bij nota van 4 februari 2004 heeft het ministero della Giustizia (ministerie van Justitie) de Comune di Bari ingelicht dat de beschikbare overheidsmiddelen voor het project naar 18,5 miljoen EUR waren teruggebracht en heeft het verzocht om na te gaan of het, gelet op de ontvangen voorstellen, mogelijk was om het project binnen de grenzen van dat nieuwe budgettaire kader tot een goed einde te brengen. Bij nota van 11 februari 2004 heeft de Comune di Bari bij Pizzarotti geïnformeerd of zij bereid was de ingeleide procedure voort te zetten. Pizzarotti heeft positief op dat verzoek gereageerd en haar offerte aangepast om rekening te houden met de verminderd beschikbare overheidsmiddelen.
- 12 De overheidsfinanciering is in september 2004 volledig geschrapt.
- 13 Na deze schrapping heeft Pizzarotti bij de Comune di Bari een tweede voorstel ingediend, waarin de mogelijkheid werd geopperd om de voor verhuur bestemde werken zoals in haar aanvankelijke voorstel gepland te verwezenlijken.
- 14 Omdat een reactie van de gemeentelijke autoriteiten uitbleef, heeft Pizzarotti bij het Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (regionale bestuursrechtbank voor Puglia) een procedure ingeleid om de Comune di Bari tot handelen te verplichten.
- 15 Na een afwijzend oordeel van dat gerecht heeft de Consiglio di Stato (raad van state) bij arrest nr. 4267/2007 het hoger beroep van Pizzarotti toegewezen. Van oordeel dat de procedure, gelet op de nota van het ministerie van Justitie van 4 februari 2004 volgend op de gewijzigde financiële randvoorwaarden, niet was afgerond door goedkeuring van het resultaat van het marktonderzoek, heeft de Consiglio di Stato beslist dat de Comune di Bari, „met inachtneming van de beginselen van redelijkheid, goede trouw en het vertrouwensbeginsel, gevolg [moest] geven aan haar eigen handelingen, de procedure met een redelijkerwijs passend resultaat af [moest] sluiten en in het kader van de ingediende voorstellen [moest] nagaan of het werk binnen het gewijzigde budgettaire kader [kon] worden verwezenlijkt”.
- 16 De door de Comune di Bari tegen dit arrest ingestelde hogere voorziening is bij beschikking van de Corte suprema di cassazione (hoogerechtshof) van 23 december 2008 afgewezen.
- 17 De Consiglio di Stato, die in de tussentijd was aangezocht in verband met de uitvoering van zijn arrest nr. 4267/2007, heeft bij arrest nr. 3817/2008 het stilzitten van de Comune di Bari vastgesteld en haar gelast het dictum van arrest nr. 4267/2007 binnen een termijn van dertig dagen integraal uit te voeren. Voor het geval het stilzitten zou voortduren, heeft de Consiglio di Stato de prefect van Bari tot „commissario ad acta” (bijzonder commissaris met uitvoerende bevoegdheden) benoemd, zodat deze, eventueel door bemiddeling van een gemachtigde, alle noodzakelijke handelingen ter uitvoering van dat arrest zou verrichten.

- 18 Op 21 november 2008 heeft de door de prefect van Bari gemachtigde „commissario ad acta” de geldigheid van de voorstellen van Pizzarotti bevestigd en bijgevolg vastgesteld dat de procedure met betrekking tot het marktonderzoek positief was afgesloten.
- 19 De Giunta comunale di Bari heeft de met de aankondiging van het marktonderzoek ingeleide procedure beëindigd, met als reden dat het tweede voorstel van Pizzarotti niet in overeenstemming was met de in genoemde aankondiging opgenomen aanwijzingen.
- 20 Pizzarotti en de Comune di Bari hebben ieder beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato. Pizzarotti heeft aangevoerd dat de Comune di Bari, bij gebreke van een contractuele verplichting van de Comune di Bari om het voorgenomen nieuwe gerechtsgebouw te realiseren, arrest nr. 3817/2008 niet juist heeft uitgevoerd. De Comune di Bari heeft geklaagd dat ten onrechte niet is vastgesteld dat de omstandigheden waaronder het project moest worden verwezenlijkt, zijn verslechterd, hetgeen een invloed heeft gehad op het verloop van de procedure.
- 21 Bij uitvoeringsarrest nr. 2153/2010 van 15 april 2010 heeft de Consiglio di Stato het beroep van Pizzarotti gegrond verklaard en dat van de Comune di Bari verworpen. Omtrent de handelingen van de „commissario ad acta” heeft de Consiglio di Stato geoordeeld dat deze nog niet volstonden, aangezien een „redelijkerwijs passende conclusie” als bedoeld in arrest nr. 4267/2007 ontbrak. Hij heeft geoordeeld dat de noodzakelijke handelingen voor de concrete verwezenlijking van het tweede voorstel van Pizzarotti moesten worden vastgesteld en een termijn van 180 dagen voor afronding van de procedure gesteld.
- 22 Bij beschikking van 27 mei 2010 heeft de „commissario ad acta” de conclusie getrokken dat „de aankondiging van een marktonderzoek van augustus 2003 [...] niet met een positief resultaat [was] afgesloten”. Ter onderbouwing van deze conclusie stelde hij in de eerste plaats dat de doelstelling van de Commune di Bari niet realiseerbaar was met het eerste voorstel van Pizzarotti zoals geherformuleerd in de loop van 2004, als gevolg van het verlies van een deel van de overheidsfinanciering. Ten aanzien van het tweede voorstel van Pizzarotti, betreffende de huur van gebouwen die met privémiddelen moesten worden gebouwd, benadrukte hij dat dit voor die doelstelling totaal ongepast was.
- 23 Het door Pizzarotti tegen deze beschikking ingestelde beroep heeft de Consiglio di Stato bij uitvoeringsarrest nr. 8420/2010 van 3 december 2010 gegrond verklaard. Met de nadruk op het onsamenhangende karakter van de conclusies met betrekking tot de aankondiging van het marktonderzoek, die respectievelijk zijn opgenomen in de beschikking van 21 november 2008 en in die van 27 mei 2010, heeft deze rechter geoordeeld dat de conclusie die is opgenomen in de eerstgenoemde beschikking, de enige voor de hand liggende is. Hij herhaalde dat de „commissario ad acta” de noodzakelijke procedures moest inleiden om het tweede voorstel van Pizzarotti te aanvaarden en de laatste beschikking van de commissario ad acta nietig verklaard op grond dat deze een schending van het gezag van gewijsde vormt.
- 24 Vervolgens heeft de nieuwe, door de prefect van Bari benoemde „commissario ad acta” alle handelingen verricht die noodzakelijk waren voor de vaststelling van zijn besluit van 23 april 2012, een „stedenbouwkundige variant” van het bestemmingsplan van de Comune di Bari wat de bij de bouw van het gerechtsgebouw betrokken kavels betreft.
- 25 Pizzarotti heeft dat besluit bij de Consiglio di Stato aangevochten op grond dat het strijd was met het beginsel van het gezag van gewijsde.

- 26 Binnen die context vraagt de verwijzende rechter zich in de eerste plaats af of de overeenkomst voor de huur van een toekomstige onroerende zaak, te sluiten in de vorm van een voorovereenkomst tot verhuur van dat gebouw, ondanks enkele kenmerkende eigenschappen van een huurovereenkomst gelijkstaat aan een opdracht voor de uitvoering van werken die niet onder de specifieke uitsluiting in artikel 16, eerste alinea, sub a, van richtlijn 2004/18 valt.
- 27 Voor het geval de litigieuze overeenkomst een opdracht voor de uitvoering van werken vormt, vraagt de verwijzende rechter zich in de tweede plaats af of hij in het onderhavige geval het gewijsde in zijn arrest nr. 4267/2007 buiten beschouwing kan laten, aangezien het, op grond van latere uitvoeringsarresten en beschikkingen van de „commissario ad acta” zou hebben geleid tot een met het recht van de Unie inzake het plaatsen van overheidsopdrachten onverenigbare situatie. Hij benadrukt in dat opzicht dat hij volgens zijn eigen rechtspraak het oorspronkelijke dictum van een van zijn beslissingen kan aanvullen met een beslissing die daarvan de invulling vormt, hetgeen leidt tot wat hij als een „in stappen gevormd gewijsde” kwalificeert.
- 28 Daarop heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Staat de te sluiten overeenkomst voor de huur van een toekomstige zaak, ook in de laatstelijk voorgestelde vorm van een voorovereenkomst tot verhuur, gelijk aan een opdracht voor de uitvoering van werken, zij het met enkele kenmerkende eigenschappen van een huurovereenkomst, zodat zij niet kan vallen onder de overeenkomsten die krachtens artikel 16 [van richtlijn 2004/18] zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de regeling voor overheidsopdrachten?
- 2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: kan de nationale rechter, inzonderheid deze verwijzende rechter, het eventuele gewijsde in de onderhavige zaak, zoals omschreven in deze [beschikking], buiten beschouwing laten aangezien daardoor een juridische situatie is ontstaan die in strijd is met het [Unierecht] op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, en kan gewijsde dat onverenigbaar is met het [Unie]recht worden uitgevoerd [...]?”

Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen

- 29 Pizzarotti voert twee gronden aan waarom zij ernstig twijfelt over de ontvankelijkheid van de gestelde vragen.
- 30 In de eerste plaats benadrukt zij dat in het verzoek om een prejudiciële beslissing onjuist is vastgesteld welke regelgeving van de Unie op het hoofdgeding van toepassing was. Dit verzoek heeft immers tot doel om uitlegging van richtlijn 2004/18 te verkrijgen, terwijl die is vastgesteld na de datum waarop de Comune di Bari had besloten om het marktonderzoek in kwestie openbaar aan te kondigen, namelijk op 14 augustus 2003, zodat zij op het hoofdgeding niet van toepassing is.
- 31 Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat de toepasselijke richtlijn in beginsel die is welke van kracht was op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen (arrest Commissie/Nederland, C-576/10, EU:C:2013:510, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Niet van toepassing zijn daarentegen de bepalingen van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn na dat moment is verstreken (zie in die zin arrest Commissie/Frankrijk, C-337/98, EU:C:2000:543, punten 41 en 42).
- 32 In de onderhavige zaken waren op 14 augustus 2003, de datum waarop de Comune di Bari een aankondiging van een „marktonderzoek” met het oog op de verwezenlijking van een gerechtsgebouw in Bari heeft bekendgemaakt, de richtlijnen 92/50 en 93/37 van toepassing. Diezelfde richtlijnen waren

van toepassing toen de Commune di Bari in september 2004, na wijziging van de financiële randvoorwaarden als gevolg van de schrapping van de overheidsfinanciering, volgens de aan het Hof voorliggende aanwijzingen heeft gemeend een nieuwe selectieprocedure te moeten inleiden, in plaats van, zonder voorafgaande oproep tot mededinging, direct met Pizzarotti te onderhandelen over de sluiting van een overeenkomst „voor de huur van een toekomstige zaak”.

- 33 Daarentegen was richtlijn 2004/18 op die verschillende data niet van toepassing, omdat de termijn voor omzetting van die richtlijn immers pas op 31 januari 2006 is verstreken, overeenkomstig artikel 80, lid 1, ervan.
- 34 Dit in aanmerking nemend, is het begrip „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken”, waar de eerste vraag op doelt, analoog gedefinieerd in artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37 en in artikel 1, lid 2, sub a en b, van richtlijn 2004/18. Bovendien worden in artikel 1, sub a-iii, van richtlijn 92/50 en artikel 16, sub a, van richtlijn 2004/18 identieke bewoordingen gebruikt om de draagwijdte van de uitsluiting als in die eerste vraag bedoeld te definiëren.
- 35 In die omstandigheden kan het feit dat de verwijzende rechter onjuist heeft vastgesteld welke bepalingen van Unierecht op de onderhavige zaak van toepassing zijn, niet afdoen aan de ontvankelijkheid van de gestelde vragen (zie in die zin arrest *Zurita García en Choque Cabrera*, C-261/08 en C-348/08, EU:C:2009:648, punt 39).
- 36 Pizzarotti stelt in de tweede plaats dat voor het hoofdgeding kenmerkend is dat sprake is van rechterlijke beslissingen, met name die van de Consiglio di Stato, die in gezag van gewijsde zijn gegaan, zodat het verzoek om een prejudiciële beslissing, en met name de eerste vraag, kennelijk niet-ontvankelijk is. Een eventueel antwoord van het Hof op die vraag kan immers geen gevolg voor de oplossing van het geschil in het hoofdgeding hebben, gezien het belang dat in het Unierecht aan het beginsel van het gezag van gewijsde toekomt, in voorkomend geval ook wanneer daardoor een schending van dat recht niet kan worden opgeheven. Bovendien is een overheidsinstantie niet verplicht om terug te komen op een definitief geworden beslissing die in strijd met dat recht blijkt te zijn.
- 37 Een dergelijk betoog heeft echter betrekking op de grond van het hoofdgeding, meer bepaald het voorwerp van de door de verwijzende rechter als tweede gestelde vraag.
- 38 Gelet op een en ander zijn de gestelde vragen ontvankelijk.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

- 39 Met zijn eerste vraag, die moet worden geherformuleerd aan de hand van de bepalingen van Unierecht die *ratione temporis* op het hoofdgeding van toepassing zijn, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37 aldus moet worden uitgelegd dat een voorovereenkomst tot verhuur gelijk staat aan een opdracht voor de uitvoering van werken, zij het met enkele kenmerkende eigenschappen van een huurovereenkomst, zodat zij niet kan vallen onder de uitsluiting bedoeld in artikel 1, sub a-iii, van richtlijn 92/50.
- 40 Dienaangaande moet er meteen al aan worden herinnerd dat de vraag of een transactie een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van de regelgeving van de Unie is, naar Unierecht moet worden beantwoord. De kwalificatie van de voorgenomen overeenkomst als

„huurovereenkomst”, waar Pizzarotti en de Italiaanse regering op wijzen, is in dat verband irrelevant (zie in die zin arrest Commissie/Duitsland, C-536/07, EU:C:2009:664, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 41 Wanneer voorts sommige bestanddelen van een overeenkomst betrekking hebben op een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en andere bestanddelen op een ander soort opdracht, moeten de juridische kwalificatie ervan en de daarop toepasselijke regels van Unierecht aan de hand van het hoofdvoorwerp van de overeenkomst worden bepaald (zie in die zin arresten Auroux e.a., C-220/05, EU:C:2007:31, punt 37; Commissie/Italië, C-412/04, EU:C:2008:102, punt 47, en Commissie/Duitsland, EU:C:2009:664, punt 57).
- 42 In het hoofdgeding blijkt uit het aan het Hof voorliggende dossier dat nog niet met de verwezenlijking van het in de overeenkomst bedoelde bouwwerk was aangevangen op het moment dat Pizzarotti aan de Comune di Bari de sluiting van de overeenkomst in kwestie heeft voorgesteld. In die omstandigheden moet worden geoordeeld dat het hoofdvoorwerp van bedoelde overeenkomst in die verwezenlijking is gelegen, die immers het noodzakelijke uitgangspunt is voor de latere verhuur van dat bouwwerk (zie in die zin arrest Commissie/Duitsland, EU:C:2009:664, punt 56).
- 43 Zoals de Duitse regering heeft benadrukt, is voor de conclusie dat sprake is van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van richtlijn 93/37 nog vereist dat de verwezenlijking van het geplande bouwwerk voldoet aan nauwkeurig omschreven eisen van de aanbestedende dienst (arrest Commissie/Duitsland, EU:C:2009:664, punt 55).
- 44 Daarvan is sprake wanneer laatstgenoemde maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen (zie in die zin arrest Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punt 67).
- 45 In het hoofdgeding verwijst het ontwerp van „voorovereenkomst tot verhuur”, die door de verwijzende rechter wordt vermeld als laatste voor de overeenkomst mogelijke vorm die Pizzarotti aan de Comune di Bari heeft voorgesteld, in punt 10 van de considerans naar het pakket van eisen dat door de Corte d’appello di Bari is opgestelde met het oog op de bekendmaking van de aankondiging van het betrokken marktonderzoek. In artikel 7 van het ontwerp van voorovereenkomst behoudt het bestuur zich het recht voor om vóór de aanvaarding van de oplevering van het bouwwerk te verifiëren of dit voldoet aan datzelfde pakket van eisen.
- 46 In dat pakket van eisen zijn de verschillende technische en technologische kenmerken van het geplande bouwwerk nader omschreven alsook, aan de hand van een geheel van statistische gegevens over de gerechtelijke werkzaamheden van het arrondissement Bari (aantal civiele en strafzaken, wekelijkse aantal terechtzittingen per rechterlijke instantie, aantal magistraten op de zetel of het parket, aantal leden van het administratieve personeel, de gerechtelijke politie of de veiligheidsdienst, aantal bij de balie te Bari ingeschreven advocaten, etc.), de specifieke eisen van elk van de rechterlijke instanties die binnen het arrondissement vallen (vereist aantal bureaus en zittingzalen, conferentiezalen, vergaderzalen en archieven, oppervlakte van de ruimten, interne communicatiemiddelen), alsmede enkele gemeenschappelijke eisen, zoals de omvang van de parkeergelegenheden op de parkeerterreinen.
- 47 Anders dan Pizzarotti en de Italiaanse regering betogen, stelt een dergelijk pakket van eisen de Comune di Bari in staat om beslissende invloed op het ontwerp van het te realiseren bouwwerk uit te oefenen.
- 48 Hieruit volgt dat de voorgenomen overeenkomst in het hoofdgeding als hoofdvoorwerp de verwezenlijking van een bouwwerk dat voldoet aan nauwkeurig door de aanbestedende dienst omschreven eisen heeft.

- 49 Het is juist dat het ontwerp van „voorovereenkomst tot verhuur” ook enkele kenmerkende bestanddelen van een huurovereenkomst heeft, zoals de verwijzende rechter opmerkt. Voor het Hof is de nadruk gelegd op het feit dat de financiële tegenprestatie ten laste van het bestuur krachtens artikel 5 van dit ontwerp bestaat in een „jaarlijkse huur” van 3,5 miljoen EUR, te betalen gedurende de looptijd van de overeenkomst van 18 jaar. Volgens de door Pizzarotti en de Italiaanse regering gegeven aanwijzingen zal de totale tegenprestatie van 63 miljoen EUR aanzienlijk lager zijn dan de geschatte totale kosten van het bouwwerk, die om en bij 330 miljoen EUR zouden liggen.
- 50 In dat verband moet er evenwel aan worden herinnerd dat voor de kwalificatie van de betrokken overeenkomst het hoofdvoorwerp daarvan doorslaggevend is, en niet het bedrag van de aan de aannemer te betalen vergoeding of de in dat kader overeengekomen betalingsregeling (arrest Commissie/Duitsland, EU:C:2009:664, punt 61).
- 51 Noch artikel 4 van het „ontwerp van voorovereenkomst”, krachtens welk de overeenkomst automatisch afloopt na 18 jaar, noch de bepaling in het Italiaanse recht over de algemene boekhouding van de Staat waar de Italiaanse regering op wijst, die voorschrijft dat de door overheidsinstanties gesloten overeenkomsten een einde en een bepaalde duur moeten hebben en die verbiedt dat die overeenkomsten een doorlopende last voor de Staat betekenen, staan er voor het overige aan in de weg dat na afloop van de eerste voorgenomen overeenkomst, één of meerdere latere overeenkomsten worden gesloten waarin aan Pizzarotti met het oog op de verwezenlijking van het betrokken bouwwerk de vergoeding voor alle of een aanzienlijk deel van de uitgevoerde werkzaamheden wordt gegarandeerd, zoals ter terechtzitting is gebleken.
- 52 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37 aldus moet worden uitgelegd dat een overeenkomst die als hoofdvoorwerp de verwezenlijking van een bouwwerk dat voldoet aan de door de aanbestedende dienst omschreven eisen heeft, een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken vormt die dus niet valt onder de uitsluiting bedoeld in artikel 1, sub a-iii, van richtlijn 92/50, ook al omvat zij een verbintenis om het betrokken bouwwerk in verhuur te geven.

Tweede vraag

- 53 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of hij een door hem gegeven beslissing die in gezag van gewijsde is gegaan, buiten beschouwing kan laten omdat daardoor een juridische situatie is ontstaan die in strijd is met het recht van de Unie op het terrein van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.
- 54 Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat het bij gebreke van een gemeenschapsregeling ter zake, krachtens het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten een zaak van de interne rechtsorde van die staten is hoe het beginsel van het gezag van gewijsde ten uitvoer wordt gelegd, met inachtneming evenwel van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid (zie in die zin arrest Fallimento Olimpiclub, C-2/08, EU:C:2009:506, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 55 In zijn verzoek om een prejudiciële beslissing geeft de verwijzende rechter aan dat hij volgens zijn eigen rechtspraak onder bepaalde voorwaarden het originele dictum van een van zijn arresten mag aanvullen met uitvoeringsbeslissingen, hetgeen aanleiding geeft tot wat hij als een „in stappen gevormd gewijsde” kwalificeert.
- 56 Indien de beslissing in zijn arrest nr. 4267/2007, die is vermeld in punt 15 van het onderhavige arrest en die volgens de verwijzingsbeslissing het gezag van gewijsde in de onderhavige zaak inperkt, voldoet aan de voorwaarden voor toepassing van deze procedurele mogelijkheid, waarbij het aan de verwijzende rechter staat om dit na te gaan, zal deze rechter, gelet op het gelijkwaardigheidsbeginsel, van die mogelijkheid gebruik moeten maken en daarbij de voorkeur moeten geven, gezien de „talrijke

en verschillende manieren [waarop die beslissing volgens zijn eigen aanwijzingen] kan worden toegepast”, aan de oplossing die overeenkomstig het doeltreffendheidsbeginsel waarborgt dat de regelgeving van de Unie op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in acht wordt genomen.

- 57 Zoals de Comune di Bari heeft opgemerkt, zou die oplossing erin kunnen bestaan dat in aanvulling op die beslissing wordt gelast dat de procedure rond het marktonderzoek worden afgesloten zonder enig voorstel te kiezen, zodat een nieuwe procedure kan worden ingeleid die de regelgeving van de Unie op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in acht neemt.
- 58 Indien de verwijzende rechter daarentegen zou moeten oordelen dat de juiste toepassing van die regelgeving, gelet op de interne procedureregels, in strijd komt met het gewijsde in zijn arrest nr. 4267/2007 of met de uitvoeringsbeslissingen bij dat arrest die hij op 15 april en 3 december 2010 heeft vastgesteld, moet worden herinnerd aan het belang dat het beginsel van het gezag van gewijsde zowel in de rechtsorde van de Unie als in de nationale rechtsorden heeft. Om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtspleging te garanderen, is het immers van belang dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of nadat de beroepstermijnen zijn verstreken, niet meer opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld (arresten Kapferer, C-234/04, EU:C:2006:178, punt 20; Commissie/Luxembourg, C-526/08, EU:C:2010:379, punt 26, en ThyssenKrupp Nirosta/Commissie, C-352/09 P, EU:C:2011:191, punt 123).
- 59 Derhalve gebiedt het recht van de Unie een nationale rechter niet, nationale procedureregels die een rechterlijke beslissing gezag van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een schending van het recht van de Unie in een nationale situatie door de betrokken beslissing kunnen worden opgeheven (zie in die zin arresten Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, punten 46 en 47; Kapferer, EU:C:2006:178, punten 20 en 21; Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, punten 22 en 23; Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, punten 35-37, en Commissie/Slowakije, C-507/08, EU:C:2010:802, punten 59 en 60).
- 60 Het Unierecht vereist dus niet dat een rechterlijke instantie uit principe terugkomt op haar in gezag van gewijsde gegane beslissing om rekening te houden met de uitlegging die het Hof na vaststelling van die beslissing aan een relevante bepaling van Unierecht heeft gegeven.
- 61 Het arrest Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434), dat de verwijzende rechter heeft aangehaald, kan aan die analyse niet afdoen. Het Hof heeft immers in een zeer bijzondere context, waarin de beginselen die van toepassing zijn op de verdeling van de bevoegdheden tussen de lidstaten en de Europese Unie op staatssteungebied aan de orde waren, in wezen geoordeeld dat het Unierecht zich verzet tegen de toepassing van een bepaling van nationaal recht waarin het beginsel van het gezag van gewijsde is neergelegd, zoals artikel 2909 van het Italiaans burgerlijk wetboek, voor zover toepassing daarvan in de weg staat aan de terugvordering van staatssteun die in strijd met het Unierecht is verleend en waarvan de onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt bij een definitief geworden besluit van de Europese Commissie is vastgesteld (zie in die zin arrest Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, punt 25). In de onderhavige zaak zijn echter geen dergelijke vragen naar de bevoegdheidsverdeling aan de orde.
- 62 Dit in aanmerking nemend moet, wanneer de toepasselijke nationale procedureregels voorzien in de mogelijkheid voor de nationale rechter om onder bepaalde voorwaarden terug te komen op een in gezag van gewijsde gegane beslissing om een situatie met het nationale recht verenigbaar te maken, die mogelijkheid, gelet op de beginselen van de gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, ook bestaan – mits aan die voorwaarden is voldaan – om de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie weer in overeenstemming te brengen met de regelgeving van het Unierecht op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.

- 63 In dat verband moet worden benadrukt dat die regelgeving essentiële regels van Unierecht bevat, in die zin dat zij ervoor moet zorgen dat de beginselen van gelijke behandeling van de inschrijvers en transparantie met het oog op een openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten worden toegepast (zie in die zin arresten Commissie/Portugal, C-70/06, EU:C:2008:3, punt 40; Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punt 55; Commissie/Cyprus, C-251/09, EU:C:2011:84, punten 37-39, en Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punt 28).
- 64 Gelet op een en ander moet op de tweede vraag worden geantwoord dat een nationale rechter, zoals de verwijzende rechter, die in laatste aanleg uitspraak heeft gedaan zonder het Hof krachtens artikel 267 VWEU om een prejudiciële beslissing te verzoeken, hetzij het gewijsde in zijn beslissing die heeft geleid tot een met de Unieregelgeving op het gebied van de overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken onverenigbare situatie moet aanvullen, hetzij op die beslissing moet terugkomen om rekening te houden met een later door dat Hof aan die regelgeving gegeven uitlegging, voor zover het toepasselijke nationale procesrecht dit toestaat.

Kosten

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

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, moet aldus worden uitgelegd dat een overeenkomst die als hoofdvoorwerp de verwezenlijking van een bouwwerk dat voldoet aan de door de aanbestedende dienst omschreven eisen heeft, een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken vormt, die dus niet valt onder de uitsluiting bedoeld in artikel 1, sub a-iii, van richtlijn 92/50/EG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, ook al omvat zij een verbintenis om het betrokken bouwwerk in verhuur te geven.**
- 2) **Een nationale rechter, zoals de verwijzende rechter, die in laatste aanleg uitspraak heeft gedaan zonder het Hof van Justitie van de Europese Unie krachtens artikel 267 VWEU om een prejudiciële beslissing te verzoeken, moet hetzij het gewijsde in zijn beslissing die heeft geleid tot een met de Unieregelgeving op het gebied van de overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken onverenigbare situatie aanvullen, hetzij op die beslissing terugkomen om rekening te houden met een later door dat Hof aan die regelgeving gegeven uitlegging, voor zover het toepasselijke nationale procesrecht dit toestaat.**

ondertekeningen