



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)

z dnia 10 lipca 2014 r. \*

Odesłanie prejudycjalne — Zamówienia publiczne na roboty budowlane — Dyrektywa 93/37/EWG — „Zobowiązanie do wynajmu” niewybudowanych jeszcze budynków — Prawomocne orzeczenie sądu krajowego — Zakres zasady powagi rzeczy osądzonej w przypadku sytuacji niezgodnej z prawem Unii

W sprawie C-213/13

mającej za przedmiot wnioszek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (Włochy) postanowieniem z dnia 11 stycznia 2013 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 23 kwietnia 2013 r., w postępowaniu:

**Impresa Pizzarotti & C. SpA**

przeciwko

**Comune di Bari,**

**Giunta comunale di Bari,**

**Consiglio comunale di Bari,**

przy udziale:

**Complesso Residenziale Bari 2 Srl,**

**Commissione di manutenzione della Corte d'appello di Bari,**

**Giuseppe Albenzio,** działającego w charakterze „commissario ad acta”,

**Ministero della Giustizia,**

**Regione Puglia,**

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: R. Silva de Lapuerta, prezes izby, K. Lenaerts (sprawozdawca), wiceprezes Trybunału, J.L. da Cruz Vilaça, G. Arestis i J. C. Bonichot, sędziowie,

rzecznik generalny: N. Wahl,

sekretarz: A. Impellizzeri, administrator,

\* Język postępowania: włoski.

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 27 lutego 2014 r.,  
rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Impresa Pizzarotti & C. SpA przez R. Mastroianniego, D. Vaiano oraz F. Lorusso, avvocati,
- w imieniu Comune di Bari przez A. Loiodice, I. Loiodice oraz R. Lanza, avvocati,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez P. Gentilego, avvocato dello Stato,
- w imieniu rządu niemieckiego przez T. Henzego oraz J. Möllera, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez L. Pignataro-Nolin, A. Tokára oraz A. Aresu, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 15 maja 2014 r.,

wydaje następujący

### Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114), a także zakresu zasady powagi rzeczy osądzonej w przypadku sytuacji niezgodnej z prawem Unii.
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Impresa Pizzarotti & C. SpA (zwaną dalej „Pizzarotti”) a Comune di Bari, Giunta comunale di Bari i Consiglio comunale di Bari, powstałego w wyniku publikacji ogłoszenia o badaniu rynku w celu zapewnienia włoskim organom sądowym wspólnej nowej siedziby, która byłaby w stanie pomieścić wszystkie sądy położone w Bari (Włochy).

### Ramy prawne

*Dyrektywa 92/50/EWG*

- 3 Artykuł 1 lit. a) dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1) stanowił:

„Do celów niniejszej dyrektywy:

- a) »zamówienia publiczne na usługi« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą, z wyłączeniem:

[...]

- (iii) zamówień, których przedmiotem jest, bez względu na sposób finansowania, nabycie, najem lub dzierżawa gruntów, istniejących budynków i innych nieruchomości lub praw do nich;  
[...];

[...]”.

#### *Dyrektywa 93/37/EWG*

- 4 Artykuł 1 lit. a) dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54), definiował „zamówienia publiczne na roboty budowlane” do celów tej dyrektywy jako „umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między wykonawcą a instytucją zamawiającą, określoną w lit. b), których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno wykonanie, jak i zaprojektowanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku II lub obiektu budowlanego, określonego poniżej w lit. c), albo wykonanie, za pomocą jakichkolwiek środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą”.
- 5 Pośród działalności objętych załącznikiem II do tejże dyrektywy w ramach klasy 50, zatytułowanej „Budownictwo i inżynieria lądowa i wodna”, wymienione są „roboty w zakresie budownictwa ogólnego oraz inżynierii lądowej i wodnej (bez szczegółowej specyfikacji)” (podgrupa 500.1), a także „budowa mieszkań, budynków biurowych, szpitali i innych budynków mieszkalnych i niemieszkalnych” (grupa 501).

#### *Dyrektywa 2004/18*

- 6 Artykuł 1 ust. 2 dyrektywy 2004/18 stanowi:

- „a) »Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy.
- b) »Zamówienia publiczne na roboty budowlane« oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku I, lub obiektu budowlanego albo realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą. [...]

[...]”.

- 7 Zgodnie z art. 16 tej dyrektywy, zatytułowanym „Wyłączenia szczególne”:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi:

- a) mających na celu nabycie lub dzierżawę, bez względu na sposób finansowania, gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości albo praw do nich [...];

[...]”.

#### **Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

- 8 W dniu 14 sierpnia 2003 r. Comune di Bari opublikowała ogłoszenie o „badaniu rynku” w celu realizacji w jak najkrótszym terminie wspólnej nowej siedziby, która byłaby w stanie pomieścić wszystkie sądy położone w Bari. Ogłoszenie to zostało opublikowane w szczególności w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* z dnia 23 sierpnia 2003 r. (Dz.U. S 161).

- 9 Zgodnie z treścią ogłoszenia wymagano, aby oferenci zobowiązali się do rozpoczęcia prac budowlanych, zmierzających do realizacji planowanego obiektu budowlanego przed dniem 31 grudnia 2003 r. W ogłoszeniu zażądano ponadto podania pełnych i jasnych informacji co do kwot należnych od administracji gminnej i włoskiego ministerstwa sprawiedliwości, a także zasad płatności, biorąc pod uwagę, że dostępne środki publiczne odpowiadały kwocie w wysokości 43,5 mln EUR, już przydzielonej na przedsięwzięcie, do której należało dodać kwotę w wysokości 3 mln EUR, odpowiadającą rocznym czynszom uiszczanym już przez Comune di Bari za najem nieruchomości stanowiących siedzibę rzeczonych sądów. Do ogłoszenia dołączony był załącznik sporządzony przez Corte d'appello di Bari, mający na celu ustanowienie „urzędowych i wyłącznych ram w zakresie wymogów strukturalnych, funkcjonalnych i organizacyjnych” (zwanym dalej „wymogami”) dotyczących realizacji planowanej siedziby sądów.
- 10 Przedstawione zostały cztery oferty. Decyzją nr 1045/2003 z dnia 18 grudnia 2003 r. Comune di Bari wybrała ofertę Pizzarotti. Oferta ta przewidywała, że część planowanych obiektów budowlanych zostanie sprzedana Comune di Bari za kwotę w wysokości 43 mln EUR, a pozostała część zostanie jej oddana w najem w zamian za roczny czynsz w wysokości 3 mln EUR.
- 11 W piśmie z dnia 4 lutego 2004 r. ministero della Giustizia (ministerstwo sprawiedliwości) poinformowało Comune di Bari, że dostępne środki publiczne zostały obniżone do kwoty w wysokości 18,5 mln EUR i wezwało ją do zbadania, czy mając na względzie otrzymane oferty, jest możliwe zrealizowanie projektu w nowych warunkach ekonomicznych. W piśmie z dnia 11 lutego 2004 r. Comune di Bari zwróciła się do Pizzarotti z pytaniem na temat gotowości tej spółki do kontynuacji wszczętego postępowania. Pizzarotti odpowiedziała przychylnie na to pytanie i zmodyfikowała swoją ofertę odpowiednio do obniżenia dostępnych środków publicznych.
- 12 Finansowanie publiczne zostało całkowicie odwołane we wrześniu 2004 r.
- 13 W wyniku tego Pizzarotti przedstawiła Comune di Bari nową ofertę, obejmującą możliwość zrealizowania obiektu budowlanego przeznaczonego na wynajem, zgodnie z założeniami swojej pierwszej oferty.
- 14 Ze względu na brak reakcji ze strony organów administracji Pizzarotti wniosła do Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (sądu administracyjnego regionu Apulia) skargę zmierzającą do zobowiązania Comune di Bari do działania.
- 15 Po oddaleniu przez ten sąd rzeczony skargi Consiglio di Stato (najwyższy sąd administracyjny) w wyroku nr 4267/2007, uwzględnił odwołanie wniesione przez Pizzarotti od wyroku wydanego w pierwszej instancji. Uznawszy, że mając na uwadze pismo ministerstwa sprawiedliwości z dnia 4 lutego 2004 r. w następstwie zmiany sytuacji gospodarczej, postępowanie nie zostało zakończone zatwierdzeniem wyników badania rynku, Consiglio di Stato orzekł, iż Comune di Bari „z poszanowaniem zasad racjonalności, dobrej wiary i ochrony uzasadnionych oczekiwań, powinna poprzez ukończenie swoich własnych czynności doprowadzić postępowanie do odpowiedniego zakończenia dzięki zbadaniu, na podstawie otrzymanych ofert, możliwości realizacji obiektu w zmienionych warunkach ekonomicznych”.
- 16 Odwołanie wniesione od tego wyroku przez Comune di Bari zostało oddalone postanowieniem Corte suprema di cassazione (sądu kasacyjnego) z dnia 23 grudnia 2008 r.
- 17 Consiglio di Stato, po otrzymaniu powództwa zmierzającego do wykonania wyroku nr 4267/2007, stwierdził w wyroku nr 3817/2008 bezczynność Comune di Bari i nakazał jej wykonanie w całości sentencji wyroku nr 4267/2007 w terminie 30 dni. Sąd ten mianował, na wypadek dalszej bezczynności, prefekta Bari w charakterze „commissario ad acta” z zadaniem podjęcia, ewentualnie za pośrednictwem powołanej osoby, wszystkich czynności niezbędnych do wykonania tego wyroku.

- 18 W dniu 21 listopada 2008 r. „commissario ad acta” delegowany przez prefekta Bari ustalił, że oferta Pizzarotti była ważna, wobec czego stwierdził, że postępowanie wszczęte w wyniku ogłoszenia dotyczącego badania rynku zostało zakończone w sposób pozytywny.
- 19 Giunta comunale di Bari zakończyła ze swej strony rzeczony postępowanie, stwierdzając brak zgodności drugiej oferty Pizzarotti ze wskazaniami zawartymi w rzeczonym ogłoszeniu.
- 20 Pizzarotti i Comune di Bari wniosły skargi do Consiglio di Stato. Pizzarotti podniosła, że w braku umownego zobowiązania się Comune di Bari w celu realizacji planowanej nowej siedziby sądów, nie wykonała ona prawidłowo wyroku Consiglio di Stato nr 3817/2008. Comune di Bari zakwestionowała brak stwierdzenia pogorszenia się warunków mających wpływ na przebieg postępowania.
- 21 Postanowieniem wykonawczym nr 2153/2010 z dnia 15 kwietnia 2010 r. Consiglio di Stato uwzględnił skargę Pizzarotti i oddalił skargę Comune di Bari. Co się tyczy działania „commissario ad acta”, sąd ten stwierdził, że było ono niepełne z uwagi na brak „odpowiedniego możliwego zakończenia” w rozumieniu wyroku nr 4267/2007. Consiglio di Stato nakazał przyjęcie aktów niezbędnych do realizacji w sposób konkretny drugiej oferty Pizzarotti, wyznaczając termin 180 dni na zakończenie postępowania.
- 22 Decyzją z dnia 27 maja 2010 r. „commissario ad acta” stwierdził, że „ogłoszenie o badaniu rynku z sierpnia 2003 r. [...] nie zakończyło się wynikiem pozytywnym”. W uzasadnieniu tego wniosku podniósł on w odniesieniu do pierwszej oferty Pizzarotti, zmienionej w 2004 r., że utrata części finansowania ze środków publicznych powodowała, że założony przez Comune di Bari cel stał się niemożliwy do osiągnięcia. Co się tyczy drugiej oferty Pizzarotti, dotyczącej najmu budynków, które miały być zrealizowane z prywatnych środków, podkreślił on, że była całkowicie nieodpowiednia w stosunku do tego celu.
- 23 Consiglio di Stato, do którego Pizzarotti wniosła odwołanie od tej decyzji, uwzględnił je postanowieniem wykonawczym nr 8420/2010 z dnia 3 grudnia 2010 r. Podkreślając niespójność wniosków dotyczących tego ogłoszenia, zawartych odpowiednio w decyzji z dnia 21 listopada 2008 r. oraz decyzji z dnia 27 maja 2010 r., stwierdził on, że jedyny ważny wniosek jest zawarty w pierwszej z tych decyzji. Sąd ten potwierdził, że „commissario ad acta” powinien wszcząć procedury niezbędne do przyjęcia drugiej oferty Pizzarotti i uchylił ostatnią z tych decyzji z powodu naruszenia powagi rzeczy osądzonej.
- 24 Następnie nowy „commissario ad acta” mianowany przez prefekta Bari wykonał wszystkie czynności niezbędne do wydania decyzji z dnia 23 kwietnia 2012 r. w sprawie „wariantu planu zagospodarowania przestrzennego” dotyczącego ogólnego planu zagospodarowania przestrzennego Comune di Bari w odniesieniu do gruntów objętych planowaną budową siedziby sądów.
- 25 Pizzarotti zaskarżyła tę decyzję do Consiglio di Stato na tej podstawie, że narusza ona zasadę powagi rzeczy osądzonej.
- 26 W tej sytuacji sąd odsyłający zastanawia się, po pierwsze, czy umowa przyszłego najmu, która ma zostać zawarta w formie zobowiązania do wynajmu tej nieruchomości odpowiada, pomimo obecności elementów charakterystycznych dla umowy najmu, zamówieniu na roboty budowlane, które nie jest objęte stosowaniem klauzuli szczególnych włączeń zawartej w art. 16 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18.
- 27 Po drugie, zakładając, że wskazana umowa stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane, sąd ten zastanawia się, czy może pozbawić skuteczności orzeczenie mające powagę rzeczy osądzonej, którym jest jego własny wyrok nr 4267/2007 w zakresie, w jakim prowadzi on, ze względu na późniejsze postanowienia wykonawcze i czynności „commissario ad acta”, do sytuacji niezgodnej z prawem Unii w dziedzinie udzielania zamówień publicznych. Podkreśla on w tym względzie, że



zgodnie z jego własnym orzecznictwem może on z zachowaniem pewnych warunków uzupełnić pierwotną sentencję swojego orzeczenia orzeczeniem wykonawczym, w wyniku czego powstaje „orzeczenie mające powagę rzeczy osądzonej o treści kształtowanej progresywnie”.

28 W tych okolicznościach Consiglio di Stato postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy umowa przyszłego najmu, która ma zostać zawarta, w szczególności w sugerowanej w ostatniej kolejności formie zobowiązania do wynajmu, odpowiada zamówieniu publicznemu na roboty budowlane, mimo iż posiada pewne elementy charakterystyczne umowy najmu, a zatem nie może być zaliczona do umów wykluczonych z zakresu stosowania przepisów dotyczących [zamówień] publicznych zgodnie z art. 16 [dyrektywy 2004/18]?

2) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, czy sąd krajowy, a w szczególności niniejszy sąd odsyłający, może uznać za nieskuteczne orzeczenie mające powagę rzeczy osądzonej, które zapadło w rozpatrywanej sprawie i zostało przedstawione w niniejszym postanowieniu odsyłającym w zakresie, w jakim prowadzi ono do zaistnienia sytuacji pozostającej w sprzeczności z prawem [Unii dotyczącym] zamówień publicznych i czy zatem możliwe jest wykonanie mającego powagę rzeczy osądzonej orzeczenia pozostającego w sprzeczności z prawem Unii [...]?”.

#### **W przedmiocie dopuszczalności pytań prejudycjalnych**

29 Pizzarotti wskazuje dwa powody, które wywołują u niej poważne wątpliwości co do dopuszczalności przedłożonych pytań.

30 Po pierwsze, twierdzi ona, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w błędny sposób wskazuje przepisy Unii znajdujące zastosowanie w postępowaniu głównym. Celem tego wniosku jest bowiem uzyskanie wykładni dyrektywy 2004/18, podczas gdy została ona przyjęta po dniu, w którym Comune di Bari zdecydowała się na publikację odnośnego ogłoszenia o badaniu rynku, czyli 14 sierpnia 2003 r. i nie znajduje ona zatem zastosowania w postępowaniu głównym.

31 W tym względzie należy przypomnieć, że co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego (wyrok Komisja/Niderlandy, C-576/10, EU:C:2013:510, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo). Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (zob. podobnie wyrok Komisja/Francja, C-337/98, EU:C:2000:543, pkt 41, 42).

32 W niniejszej sprawie dyrektywy 92/50 i 93/37 znajdowały zastosowanie w dniu 14 sierpnia 2003 r., kiedy to Comune di Bari opublikowała ogłoszenie „o badaniu rynku” w celu realizacji siedziby sądów w Bari. Te same dyrektywy znajdowały zastosowanie, gdy po zmianie sytuacji gospodarczej związanej z całkowitym uchycieniem finansowania ze środków publicznych, Comune di Bari we wrześniu 2004 r. uznała, zgodnie z informacjami przedłożonymi Trybunałowi, iż powinna wszcząć nową procedurę selekcji w miejsce bezpośrednich negocjacji z Pizzarotti, z pominięciem nowej uprzedniej procedury przetargowej, dotyczących zawarcia umowy „przyszłego najmu”.

33 Natomiast dyrektywa 2004/18 nie znajdowała zastosowania w tych poszczególnych datach, gdyż zgodnie z jej art. 80 ust. 1 termin na dokonanie jej transpozycji upłynął dopiero 31 stycznia 2006 r.

- 34 Niemniej jednak pojęcie „zamówień publicznych na roboty budowlane”, o którym mowa w pierwszym przedłożonym pytaniu, jest zdefiniowane w analogiczny sposób w art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 i w art. 1 ust. 2 lit. a) i b) dyrektywy 2004/18. Ponadto art. 1 lit. a) ppkt (iii) dyrektywy 92/50 i art. 16 lit. a) dyrektywy 2004/18 posługują się tymi samymi zwrotami w celu zdefiniowania zakresu wyłączenia, o którym mowa również w tym pierwszym pytaniu.
- 35 W tej sytuacji błędne określenie przez sąd odsyłający przepisów prawa Unii znajdujących zastosowanie w niniejszej sprawie nie może wpłynąć na dopuszczalność przedłożonych pytań (zob. podobnie wyrok Zurita García i Choque Cabrera, C-261/08 i C-348/08, EU:C:2009:648, pkt 39).
- 36 Po drugie, Pizzarotti twierdzi, że postępowanie główne charakteryzuje się występowaniem orzeczeń sądowych w szczególności Consiglio di Stato mających powagę rzeczy osądzonej, co powoduje, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest wyraźnie niedopuszczalny, a w szczególności pytanie pierwsze. Odpowiedź Trybunału na to pytanie nie może mieć bowiem żadnego wpływu na rozstrzygnięcie sporu w postępowaniu głównym z uwagi na, po pierwsze, wagę przyznaną w prawie Unii zasadzie powagi rzeczy osądzonej – ewentualnie z pominięciem wyeliminowania sytuacji naruszenia tego prawa – a, po drugie, brak obowiązku po stronie organu administracyjnego zmiany ostatecznej decyzji, która okazałaby się niezgodna z tym prawem.
- 37 Jednakże takie argumenty dotyczą istoty sprawy rozstrzyganej w postępowaniu głównym, a dokładnie przedmiotu drugiego pytania przedłożonego przez sąd odsyłający.
- 38 Uwzględniając powyższe rozważania, przedłożone pytania są dopuszczalne.

## **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

### *W przedmiocie pytania pierwszego*

- 39 W pytaniu pierwszym, które należy przeformułować w związku z przepisami prawa Unii znajdującymi zastosowanie *ratione temporis* w postępowaniu głównym, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 należy interpretować w ten sposób, że umowa obejmująca zobowiązanie do wynajmu nieruchomości, które nie zostały jeszcze wybudowane, stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane, mimo iż posiada pewne elementy charakterystyczne umowy najmu, a zatem nie może być objęta wyłączeniem, o którym mowa w art. 1 lit. a) ppkt (iii) dyrektywy 92/50.
- 40 W tym względzie należy na wstępie przypomnieć, po pierwsze, że kwestia, czy transakcja stanowi bądź nie zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu przepisów Unii, jest objęta zakresem prawa Unii. Nie jest w tym względzie rozstrzygająca podnoszona kwalifikacja umowy jako „umowy najmu”, wskazana przez Pizzarotti i rząd włoski (zob. podobnie wyrok Komisja/Niemcy, C-536/07, EU:C:2009:664, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 41 Po drugie, w wypadku gdy umowa zawiera zarówno elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny rodzaj zamówienia publicznego, to główny przedmiot umowy jest decydujący dla ustalenia mających zastosowanie uregulowań prawa Unii (zob. podobnie wyroki: *Auroux i in.*, C-220/05, EU:C:2007:31, pkt 37; *Komisja/Włochy*, C-412/04, EU:C:2008:102, pkt 47; *Komisja/Niemcy*, EU:C:2009:664, pkt 57).
- 42 W postępowaniu głównym z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, wynika, że w dniu, w którym Pizzarotti zaproponowała Comune di Bari zawarcie omawianej umowy, budowa odnośnego obiektu budowlanego, którego dotyczyła ta umowa, nie została jeszcze rozpoczęta. W tej sytuacji należy uznać, że główny przedmiot umowy stanowi taka budowa, będąca w rzeczywistości konieczną przesłanką późniejszego najmu tego obiektu (zob. podobnie *Komisja/Niemcy*, EU:C:2009:664, pkt 56).

- 43 Jak podkreślił zatem rząd niemiecki, dla uznania, iż występuje „zamówienie publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu dyrektywy 93/37, konieczne jest również, aby budowa planowanego obiektu spełniała wymogi określone przez instytucję zamawiającą (wyrok Komisja/Niemcy, EU:C:2009:664, pkt 55).
- 44 Jest tak w sytuacji gdy instytucja zamawiająca podjęła kroki mające na celu zdefiniowanie cech obiektu budowlanego, albo przynajmniej, wywarcie decydującego wpływu na jego projektowanie (zob. podobnie wyrok Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, pkt 67).
- 45 W postępowaniu głównym projekt „zobowiązania do wynajmu”, wskazany przez sąd odsyłający jako sugerowana w ostatniej kolejności forma umowy proponowanej Comune di Bari przez Pizzarotti, w pkt 10 odnosi się do wymogów ustanowionych przez Corte d’appello di Bari do celów publikacji odnośnego ogłoszenia o badaniu rynku. Artykuł 7 tego projektu zastrzega administracji prawo zweryfikowania przed odebraniem obiektu budowlanego jego zgodności z tymi wymogami.
- 46 Wymogi te określają różne właściwości techniczne i technologiczne planowanego obiektu budowlanego, a także, w zależności od ogółu danych statystycznych dotyczących działalności sądowej okręgu w Bari (liczby spraw cywilnych i karnych, tygodniowej liczby rozpraw, liczby pracowników personelu administracyjnego, policji sądowej lub służb bezpieczeństwa, liczby adwokatów należących do izby adwokackiej w Bari), szczególne potrzeby każdego sądu należącego do tego okręgu sądowego (liczbę koniecznych biur oraz sali rozpraw, sali konferencyjnych, sali narad i archiwów, powierzchnię pomieszczeń, sposób wewnętrznej komunikacji) oraz pewne wspólne potrzeby, takie jak wielkość i dostępność powierzchni parkingowych.
- 47 Wbrew temu, co twierdzi Pizzarotti i rząd włoski, takie wymogi powodują, że Comune di Bari może wywierać decydujący wpływ na projektowanie obiektu budowlanego, który ma być wzniesiony.
- 48 Wynika stąd, że głównym przedmiotem umowy badanej w postępowaniu głównym jest budowa obiektu budowlanego spełniającego wymogi określone przez instytucję zamawiającą.
- 49 Bez wątplenia, jak zauważa sąd odsyłający, projekt „zobowiązania do wynajmu” obejmuje również elementy charakterystyczne umowy najmu. Przed Trybunałem podkreślony został fakt, że wynagrodzenie obciążające organy administracji odpowiada zgodnie z art. 5 tego projektu „rocznemu czynszowi” w wysokości 3,5 mln EUR płatnemu przez 18 lat okresu obowiązywania umowy. Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Pizzarotti i rząd włoski, to całkowite wynagrodzenia w kwocie 63 milionów EUR jest wyraźnie niższe niż całkowity koszt obiektu budowlanego, wynoszący prawie 330 mln EUR.
- 50 Należy jednak przypomnieć w tym zakresie, że decydującym elementem do celów kwalifikacji danej umowy jest główny przedmiot umowy, a nie kwota wynagrodzenia wykonawcy czy sposób jego uregulowania (wyrok Komisja/Niemcy, EU:C:2009:664, pkt 61).
- 51 Ponadto ani art. 4 projektu „zobowiązania do wynajmu”, zgodnie z którym umowa wygasa automatycznie po upływie 18 lat, ani przepis włoskiego ustawodawstwa dotyczący ogólnej rachunkowości państwa, na który akcent położył rząd włoski, a który wymaga, aby umowy zawierane z władzami publicznymi miały określony termin i okres obowiązywania, oraz który zakazuje, aby umowy te obciążały państwo w trwały sposób, nie stoją na przeszkodzie, jak wynika z debaty przeprowadzonej na rozprawie, zawarciu po wygaśnięciu pierwszej zakładanej umowy, jednej lub wielu kolejnych umów gwarantujących Pizzarotti wynagrodzenie za całość lub istotną część robót budowlanych wykonanych w celu realizacji odnośnego obiektu budowlanego.
- 52 W świetle powyższych uwag na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 należy interpretować w ten sposób, że umowa, której głównym przedmiotem jest wykonanie obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą stanowi



zamówienie publiczne na roboty budowlane i nie jest zatem objęta wyłączeniem, o którym mowa w art. 1 lit. a) ppkt (iii) dyrektywy 92/50, nawet jeśli obejmuje ona zobowiązanie do wynajmu odnośnego obiektu budowlanego.

*W przedmiocie pytania drugiego*

- 53 W pytaniu drugim sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy może on pozbawić skutków wydane przez niego orzeczenie mające powagę rzeczy osądzonej, które prowadziłyby do sytuacji niezgodnej z przepisami Unii dotyczącymi zamówień publicznych na roboty budowlane.
- 54 W tym względzie należy przypomnieć, że w braku przepisów Unii w tym zakresie tryb wykonania zasady powagi rzeczy osądzonej należy do wewnętrznego porządku prawnego państw członkowskich na mocy zasady ich autonomii proceduralnej przy poszanowaniu jednakże zasad równoważności i skuteczności (zob. podobnie wyrok *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 55 We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający zauważa, że zgodnie z jego własnym orzecznictwem może on z zachowaniem pewnych warunków uzupełnić pierwotną sentencję swojego orzeczenia orzeczeniem wykonawczym, w wyniku czego powstaje zdaniem tego sądu „orzeczenie mające powagę rzeczy osądzonej o treści kształtowanej progresywnie”.
- 56 Jeżeli – co powinien ustalić sąd odsyłający – orzeczenie zawarte w jego wyroku nr 4267/2007, o którym mowa w pkt 15 niniejszego wyroku i które zgodnie z postanowieniem odsyłającym posiada powagę rzeczy osądzonej w niniejszej sprawie, spełnia przesłanki zastosowania tego trybu postępowania, sąd ten w świetle zasady równoważności powinien zastosować wskazany tryb postępowania, przyznając pierwszeństwo spośród „licznych i różnych sposobów wykonania”, które zgodnie z tym, co twierdzi, odnoszą się do tego orzeczenia, temu, który zgodnie z zasadą skuteczności gwarantuje zachowanie przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane.
- 57 Jak zauważyła *Comune di Bari*, rozwiązanie to może polegać na nakazaniu, w uzupełnieniu rzeczzonego orzeczenia, zakończenia postępowania w sprawie badania rynku bez wybrania żadnej oferty, co umożliwiłoby wszczęcie nowego postępowania z zachowaniem przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane.
- 58 Jeżeli natomiast sąd odsyłający miałby uznać, że prawidłowe zastosowanie tych przepisów napotyka przeszkodę, w świetle obowiązujących krajowych zasad proceduralnych, w postaci powagi rzeczy osądzonej wyroku nr 4267/2007 lub orzeczeń wykonawczych do tego wyroku, wydanych przez ten sąd w dniach 15 kwietnia i 3 grudnia 2010 r., należy przypomnieć znaczenie, jakie zasada powagi rzeczy osądzonej ma zarówno w porządku prawnym Unii, jak i w krajowych porządkach prawnych. Dla zapewnienia bowiem stabilności prawa i stosunków prawnych, jak też prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości istotne jest, aby orzeczenia sądowe, które stały się prawomocne po wyczerpaniu przysługujących środków odwoławczych lub po upływie przewidzianych dla tych środków terminów, były niepodważalne (wyroki: *Kapferer*, C-234/04, EU:C:2006:178, pkt 20; *Komisja/Luksemburg*, C-526/08, EU:C:2010:379, pkt 26; *ThyssenKrupp Nirosta/Komisja*, C-352/09 P, EU:C:2011:191, pkt 123).
- 59 W rezultacie prawo Unii nie zobowiązuje zatem sądu krajowego do zaprzestania stosowania krajowych zasad proceduralnych nadających powagę rzeczy osądzonej danemu orzeczeniu, nawet jeśli umożliwiłoby to usunięcie sytuacji w porządku krajowym, która jest niezgodna z tym prawem (zob. podobnie wyroki: *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, pkt 46, 47; *Kapferer*, EU:C:2006:178, pkt 20, 21; *Fallimento Olimpiclub*, EU:C:2009:506, pkt 22, 23; *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, pkt 35–37, a także *Komisja/Słowacja*, C-507/08, EU:C:2010:802, pkt 59, 60).

- 60 Prawo Unii nie wymaga zatem, aby w celu uwzględnienia wykładni odpowiedniego przepisu tego prawa przyjętej przez Trybunał po wydaniu przez organ sądowy orzeczenia posiadającego powagę rzeczy osądzonej, organ ten był co do zasady zobowiązany do zmiany tego orzeczenia.
- 61 Wyrok *Lucchini* (C-119/05, EU:C:2007:434), na który powołuje się sąd odsyłający, nie może podważyć tych ustaleń. To bowiem w bardzo szczególnej sytuacji, w której rozpatrywano zasady podziału kompetencji pomiędzy państwami członkowskimi a Unią Europejską w dziedzinie pomocy państwa, Trybunał orzekł w istocie, że prawo Unii sprzeciwia się stosowaniu przepisu krajowego, takiego jak art. 2909 włoskiego kodeksu cywilnego, który ustanawia zasadę powagi rzeczy osądzonej w zakresie, w jakim jego stosowanie uniemożliwiłoby odzyskanie pomocy państwa przyznanej z naruszeniem prawa Unii i której niezgodność ze wspólnym rynkiem została stwierdzona w ostatecznej decyzji Komisji Europejskiej (zob. podobnie wyrok *Fallimento Olimpiclub*, EU:C:2009:506, pkt 25). Niniejsza sprawa nie dotyczy jednak takich kwestii podziału kompetencji.
- 62 W związku z tym, jeżeli obowiązujące krajowe zasady proceduralne obejmują możliwość, z zachowaniem pewnych warunków, dokonania przez sąd krajowy zmiany orzeczenia posiadającego moc rzeczy osądzonej w celu doprowadzenia do sytuacji zgodnej z prawem krajowym, możliwość ta zgodnie z zasadami równoważności i skuteczności powinna zostać wykorzystana w pierwszej kolejności, jeśli warunki te zostały spełnione, w celu doprowadzenia sytuacji będącej przedmiotem postępowania głównego do stanu zgodnego z przepisami Unii w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane.
- 63 W tym względzie należy podkreślić, że rzeczony przepisy obejmują istotne zasady prawa Unii w zakresie, w jakim mają one na celu zapewnienie stosowania zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości w celu otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (zob. podobnie wyroki: *Komisja/Portugalia*, C-70/06, EU:C:2008:3, pkt 40; *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 55; *Komisja/Cypr*, C-251/09, EU:C:2011:84, pkt 37–39; a także *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 28).
- 64 W świetle powyższych uwag na pytanie drugie należy odpowiedzieć, że o ile obowiązujące krajowe zasady proceduralne zezwalają na to, sąd krajowy, taki jak sąd odsyłający, który rozstrzygał w ostatniej instancji, bez uprzedniego zwrócenia się do Trybunału o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE, powinien uzupełnić wydane przez ten sąd orzeczenie posiadające powagę rzeczy osądzonej, które prowadziło do sytuacji niezgodnej z przepisami Unii dotyczącymi zamówień publicznych na roboty budowlane, lub dokonać zmiany tego orzeczenia, uwzględniając wykładnię tych przepisów dokonaną następnie przez Trybunał.

### **W przedmiocie kosztów**

- 65 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Artykuł 1 lit. a) dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane interpretować w ten sposób, że umowa, której głównym przedmiotem jest wykonanie obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane i nie jest zatem objęta wyłączeniem,**

**o którym mowa w art. 1 lit. a) ppkt (iii) dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, nawet jeśli umowa ta obejmuje zobowiązanie do wynajmu odnośnego obiektu budowlanego.**

- 2) **O ile obowiązujące krajowe zasady proceduralne zezwalają na to, sąd krajowy, taki jak sąd odsyłający, który rozstrzygał w ostatniej instancji, bez uprzedniego zwrócenia się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE, powinien uzupełnić wydane przez ten sąd orzeczenie posiadające powagę rzeczy osądzonej, które prowadziło do sytuacji niezgodnej z przepisami Unii dotyczącymi zamówień publicznych na roboty budowlane, lub dokonać zmiany tego orzeczenia, uwzględniając wykładnię tych przepisów dokonaną następnie przez wskazany Trybunał.**

Podpisy