Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 10 juli 2014*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling av byggentreprenader — Direktiv 93/37/EEG — Utfästelse att hyra ut byggnader som ännu inte har uppförts — Avgörande från en nationell domstol som vunnit laga kraft — Räckvidden för principen om rättskraft i en situation som är oförenlig med unionsrätten”

I mål C-213/13,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF framställd av Consiglio di Stato (Italien) genom beslut av den 11 januari 2013, som inkom till domstolen den 23 april 2013, i målet

**Impresa Pizzarotti & C. SpA**

mot

**Comune di Bari,**

**Giunta comunale di Bari,**

**Consiglio comunale di Bari,**

ytterligare deltagare i rättegången:

**Complesso Residenziale Bari 2 Srl,**

**Commissione di Manutenzione della Corte d’apppello di Bari,**

**Giuseppe Albenzio**, i egenskap av ”commissario ad acta”,

**Ministero della Giustizia,**

**Regione Puglia,**

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden R. Silva de Lapuerta, vice-ordföranden K. Lenaerts (referent), samt domarna, J. L. da Cruz Vilaça, G. Arestis och J.-C. Bonichot,

generaladvokat: N. Wahl,

* Rättegångsspråk: italienska.

justitiesekreterare: handläggaren A. Impellizzeri,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 27 februari 2014,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Impresa Pizzarotti & C. SpA, genom R. Mastroianni, D. Vaiano och F. Lorusso, avvocati,

— Comune di Bari, genom A. Loiodice, I. Loiodice och R. Lanza, avvocati,

— Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av P. Gentili, avvocato dello Stato,

— Tysklands regering, genom T. Henze och J. Möller, båda i egenskap av ombud,

— Europeiska kommissionen, genom L. Pignataro-Nolin, A. Tokár och A. Aresu, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 15 maj 2014 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

## Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114), och räckvidden för principen om rättskraft i en situation som är oförenlig med unionsrätten.

2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Impresa Pizzarotti & C. SpA (nedan kallat ”Pizzarotti”) och å andra sidan Comune di Bari, Giunta comunale di Bari och Consiglio comunale di Bari. Målet har sin upprinnelse i ett offentligt meddelande om en marknadsundersökning som publicerades i syfte att förse den italienska domstolsadministrationen med ett nytt gemensamt säte för samtliga domstolar i Bari (Italien).

### Tillämpliga bestämmelser

*Direktiv 92/50/EEG*

3 I artikel 1 a i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 139) angavs följande:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) *offentliga tjänsteavtal*: skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet, med undantag av

…

iii) kontrakt avseende förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan …

…”

*Direktiv 93/37/EEG*

4 I artikel 1 a i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, s. 54) anges att med ”offentliga byggentreprenadkontrakt”avses i detta direktiv ”skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en entreprenör och en av de nedan under b upphandlande myndigheterna, som omfattar utförandet eller såväl projekteringen som utförandet av arbeten hänförliga till någon av de i bilaga 2 angivna verksamheterna eller arbete som anges nedan under c, eller utförandet oavsett medel av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven.”

5 Bland de verksamheter som anges i bilaga 2 i nämnda direktiv återfinns ”[b]ygg- och anläggningsarbeten”i klass 50. Denna klass omfattar bland annat ”[a]llmänt bygg- och anläggningsarbete (utan specialisering)” (undergrupp 500.1) samt ”[u]ppförande av bostadslägenheter, kontorsbyggnader, sjukhus och andra byggnader avsedda för bostadsändamål eller ej” (grupp 501).

*Direktiv 2004/18*

6 Artikel 1.2 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”a) *offentliga kontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

b) *offentliga byggentreprenadkontrakt*: offentliga kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I eller av en byggentreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat. …

…”

7 I artikel 16, med rubriken ”Särskilda undantag”, i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:

”Detta direktiv skall inte tillämpas på sådana offentliga tjänstekontrakt som avser

a) förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom; …

…”

**Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

8 Den 14 augusti 2003 publicerade Comune di Bari ett offentligt meddelande om en ”marknadsundersökning” i syfte att snarast möjligt uppföra ett nytt och ändamålsenligt gemensamt säte för samtliga domstolar i Bari. Ett meddelande rörande detta offentliggjordes i Europeiska unionens officiella tidning av den 23 augusti 2003 (EUT S 161).

9 Enligt meddelandet krävdes att anbudsgivarna skulle åta sig att påbörja arbetet med att uppföra de planerade byggnadsverken före den 31 december 2003. Det krävdes tydliga och fullständiga uppgifter om kostnaderna för den kommunala förvaltningen och det italienska justitieministeriet, samt de

betalningsvillkor som skulle gälla med beaktande av att de tillgängliga statliga medel som hade anslagits för projektet uppgick till 43,5 miljoner euro, till vilket skulle läggas ytterligare 3 miljoner euro motsvarande det belopp som Comune di Bari betalade i årlig hyra för de byggnader i vilka de berörda domstolarna var inrymda. Till meddelandet var fogat en bilaga som sammanställts av Corte di appello di Bari. Syftet med denna bilaga var att ge en ”officiell och utömmande ram för de strukturella, funktionella och organisatoriska krav” (nedan kallade ramkrav) som gällde för uppförandet av det planerade domstolskomplexet.

10 Det kom in fyra anbud. Bland dessa valde Comune di Bari Pizzarottis anbud genom beslut nr 1045/2003 av den 18 december 2003. I beslutet angavs att en del av byggnadsverket skulle säljas till Comune di Bari för ett belopp på 43 miljoner euro och att kommunen skulle få hyra övriga delar av byggnadsverket för ett belopp på 3 miljoner euro per år.

11 Genom en skrivelse av den 4 februari 2004 underrättade ministero della Giustizia (justitieministeriet) Comune di Bari om att de tillgängliga statliga medlen hade minskats till 18,5 miljoner euro och begärde att Comune di Bari skulle undersöka om det med beaktande av de inkomna förslagen var möjligt att slutföra projektet inom den nya ekonomiska ramen. Genom en skrivelse av den 11 februari 2004 tillfrågade Comune di Bari Pizzarotti om företaget kunde tänka sig att fortsätta det påbörjade förfarandet. Pizzarotti svarade jakande på denna fråga och omarbetade sitt anbud med beaktande av minskningen av tillgängliga statliga medel.

12 I september 2004 drogs den planerade statliga finansieringen in helt.

13 Efter att den statliga finansieringen dragits in lämnade Pizzarotti ett andra anbud till Comune di Bari, i vilket företaget angav att det var möjligt att uppföra den del av byggnadsverket som var avsett för uthyrning, i enlighet med det ursprungliga förslaget.

14 På grund av de kommunala myndigheternas passivitet väckte Pizzarotti talan vid Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (regional förvaltningsdomstol för Puglia) som syftade till att Comune di Bari skulle föreläggas att vidta åtgärder.

15 Tribunale amministrativo regionale per la Puglia ogillade talan. Pizzarotti överklagade avgörandet från första instans till Consiglio di Stato, som biföll överklagandet genom dom nr 4267/2007. Consiglio di Stato ansåg att med beaktande av justitieministeriets meddelande av den 4 februari 2004 efter ändringarna av den ekonomiska ramen hade förfarandet inte avslutats i och med att resultatet av marknadsundersökningen hade godkänts och beslutade därför att Comune di Bari, ”med iakttagande av skälighetsprincipen, principen om tro och heder och principen om skydd för berättigade förväntningar, [skulle] ta konsekvenserna av sina handlingar och avsluta förfarandet på ett sannolikt ändamålsenligt sätt, varvid möjligheten att uppföra byggnadsverket inom den ändrade ekonomiska ramen [skulle] undersökas mot bakgrund av de mottagna anbuden”.

16 Comune di Bari överklagade domen från Consiglio di Stato men överklagandet avslogs genom beslut av den 23 december 2008 från Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol).

17 Efter att det väckts talan vid Consiglio di Stato om verkställande av dom nr 4267/2007 konstaterade rätten, i dom nr 3817/2008, att Comune di Bari hade utvisat passivitet och ålade den att fullt ut inom 30 dagar genomföra de åtgärder som framgår av domslutet i dom nr 4267/2007. Consiglio di Stato utsåg prefekten i Bari till ”commissario ad acta”, för att denne, eventuellt genom en befullmäktigad person, i fall av fortsatt passivitet skulle vidta alla nödvändiga åtgärder för att verkställa domen.

18 Den 21 november 2008 slog den av prefekten i Bari befullmäktigade ”commissario ad acta” fast att Pizzarottis anbud var giltiga och drog slutsatsen att marknadsundersökningsförfarandet hade gett ett positivt resultat.

19 Giunta comunale di Bari slutförde å sin sida det förfarande som inletts genom meddelandet om marknadsundersökningen, varvid den framhöll att Pizzarottis andra anbud inte var förenligt med de krav som angetts i detta meddelande.

20 Pizzarotti och Comune di Bari väckte båda talan vid Consiglio di Stato. Pizzarotti gjorde gällande att eftersom Comune di Bari inte genom avtal hade förbundit sig att förverkliga planerna på det nya domstolskomplexet hade den inte verkställt Consiglio di Statos dom nr 3817/2008 på ett korrekt sätt. Comune di Bari anförde å sin sida att hänsyn inte hade tagits till de försämrade villkoren för att förverkliga projektet, som påverkade förfarandets gång.

21 Genom verkställighetsbeslut nr 2153/2010 av den 15 april 2010 biföll Consiglio di Stato Pizzarottis talan och ogillade den talan som Comune di Bari väckt. När det gäller de åtgärder som vidtagits av ”commissario ad acta”, ansåg Consiglio di Stato att de åtgärder som hade vidtagits var ofullständiga, eftersom förfarandet inte hade avslutats ”på ett sannolikt ändamålsenligt sätt” i den mening som avsågs i dom nr 4267/2007. Consiglio di Stato fann att nödvändiga åtgärder skulle vidtas för att konkret genomföra Pizzarottis andra anbud och fastställde därför en frist på 180 dagar för att avsluta förfarandet.

22 I en rättsakt av den 27 maj 2010 drog ”commissario ad acta”slutsatsen att ”meddelandet om marknadsundersökning från augusti 2003 … [inte hade] gett något resultat”. Till stöd för denna slutsats gjordes vad gällde Pizzarottis första anbud, såsom detta omformulerats under år 2004, gällande att förlusten av en del av den statliga finansieringen innebar att det mål som Comune di Bari eftersträvade blev ouppnåeligt. Vad gällde Pizzarottis andra anbud, angående uthyrningen av de byggnader som skulle byggas för privata medel, underströk ”commissario ad acta” att detta anbud var totalt olämpligt med tanke på det mål som eftersträvades.

23 Pizzarotti väckte talan mot denna rättsakt och Consiglio di Stato biföll talan genom verkställighetsbeslut nr 8420/2010 av den 3 december 2010. Consiglio di Stato betonade att slutsatserna om marknadsundersökningens resultat i rättsakterna av den 21 november 2008 respektive den 27 maj 2010 inte var konsekventa och ansåg att den enda slutsats som kunde dras var den som angavs i den första rättsakten. Consiglio di Stato bekräftade att ”commissario ad acta” måste inleda nödvändiga förfaranden för att anta Pizzarottis andra förslag, efter att ha granskat övriga lagkrav. Rättsakten av den 27 maj 2010 ogiltigförklarades följaktligen med motiveringen att principen om rättskraft hade åsidosatts.

24 Prefekten i Bari utsåg därefter en ny ”commissario ad acta”som vidtog alla nödvändiga åtgärder för att den 23 april 2012 anta ett beslut om en i förhållande till Comune di Baris strukturplan ”alternativ detaljplan” för de markområden som berördes av uppförandet av det planerade domstolskomplexet.

25 Pizzarotti överklagade detta beslut till Consiglio di Stato med motiveringen att det syftade till att kringgå principen om rättskraft.

26 Den hänskjutande domstolen vill i detta sammanhang, för det första, få klarhet i om ett hyreskontrakt avseende ett ännu ej uppfört byggnadsverk, vilket ska ingås i form av en utfästelse om att hyra ut byggnadsverket, kan likställas med ett byggentreprenadkontrakt, även om det har vissa särdrag som är utmärkande för hyreskontrakt, och således inte omfattas av det särskilda undantag som anges i artikel 16.1 a i direktiv 2004/18.

27 Den hänskjutande domstolen vill för det andra, för det fall kontraktet utgör ett byggentreprenadkontrakt, få klarhet i om den i detta fall kan frånta ett rättskraftigt avgörande dess verkan, i förevarande fall dom nr 4267/2007, eftersom detta avgörande på grund av senare beslut om verkställighet samt rättsakter som antagits av ”commissario ad acta”annars skulle ge upphov till en situation som är oförenlig med unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling. Den

hänskjutande domstolen har betonat att den enligt sin egen praxis, om vissa villkor är uppfyllda, får komplettera det ursprungliga domslutet i sina avgöranden genom ett tillämpningsbeslut, en möjlighet som den kallar för ”stegvis rättskraft”.

28 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen.

”1) Kan ett avtal om hyra av egendom som ska uppföras i framtiden – särskilt i den senast föreslagna formen, det vill säga en utfästelse att hyra ut – likställas med ett avtal om bygg- och anläggningsarbeten, även om det har vissa särdrag som är utmärkande för ett hyresavtal, och kan det således inte anses vara ett sådant avtal som enligt artikel 16 i [direktiv 2004/18] är undantaget från bestämmelserna om offentlig upphandling?

2) Om den första frågan besvaras jakande, kan en nationell domstol, särskilt den hänskjutande domstolen, slå fast att ett eventuellt rättskraftigt avgörande av den tvist som är aktuell i målet och som det redogörs för i detta beslut om hänskjutande inte har någon verkan, eftersom avgörandet skulle ha gett upphov till en situation som är oförenlig med de unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling? Är det i detta hänseende möjligt att verkställa ett rättskraftigt avgörande som är oförenligt med unionsrätten …?”

**Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning**

29 Pizzarotti har anfört två skäl till att bolaget i hög grad betvivlar att de ställda tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning.

30 För det första anser Pizzarotti att uppgifterna i begäran om förhandsavgörande angående vilka unionsrättsliga bestämmelser som är tillämpliga i det nationella målet är felaktiga. Begäran om förhandsavgörande syftar till att erhålla en tolkning av direktiv 2004/18 trots att detta direktiv antogs senare än det datum då Comune di Bari beslutade att publicera den aktuella marknadsundersökningen, närmare bestämt den 14 augusti 2003, och därmed inte är tillämpligt i det nationella målet.

31 Domstolen erinrar härvidlag om att det tillämpliga direktivet i princip är det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av det offentliga kontraktet (dom kommissionen/Nederländerna, C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 52 och där angiven rättspraxis). Efter att fristen för att införliva ett direktiv har löpt ut är däremot bestämmelserna i direktivet inte längre tillämpliga (se, för ett liknande resonemang, dom kommissionen/Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543, punkterna 41 och 42).

32 I förevarande mål var direktiven 92/50 och 93/37 tillämpliga den 14 augusti 2003, det datum då Comune di Bari publicerade ett offentligt meddelande om genomförande av en ”marknadsundersökning”i syfte att uppföra ett domstolskomplex i Bari. Samma direktiv var tillämpliga när, efter att den ekonomiska ramen ändrats genom att den statliga finansieringen helt dragits in, Comune di Bari i september 2004 ansåg att den var tvungen att inleda ett nytt anbudsförfarande snarare än att förhandla direkt med Pizzarotti för att ta fram ett avtal om ”hyra av egendom som ska uppföras i framtiden” utan någon föregående ny inbjudan till anbudsgivning.

33 Däremot var direktiv 2004/18 inte tillämpligt vid dessa tidpunkter eftersom fristen för att införliva detta direktiv inte löpte ut förrän den 31 januari 2006, vilket framgår av artikel 80.1 i direktivet.

34 Begreppet ”offentliga byggentreprenadkontrakt” som förekommer i den första tolkningsfrågan definieras emellertid i motsvarande ordalag i artikel 1 a i direktiv 93/37 och i artikel 1.2 a och b i direktiv 2004/18. Vidare används samma formuleringar i artikel 1 a iii i direktiv 92/50 och artikel 16 a i direktiv 2004/18 för att ange räckvidden för det undantag som också avses med denna första fråga.

35 Under dessa förhållanden kan den hänskjutande domstolens misstag angående vilka unionsrättsliga bestämmelser som är tillämpliga i förevarande mål inte påverka huruvida de ställda frågorna kan tas upp till sakprövning (se, för ett liknande resonemang, dom Zurita García och Choque Cabrera, C-261/08 och C-348/08, EU:C:2009:648, punkt 39).

36 För det andra anser Pizzarotti att det nationella målet kännetecknas av att det finns domstolsbeslut som vunnit laga kraft, bland annat från Consiglio di Stato, vilket gör att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning, i synnerhet vad gäller den första frågan. Ett svar från domstolen på denna fråga kan nämligen inte ha någon inverkan på utgången av den nationella tvisten mot bakgrund av dels den vikt som principen om rättskraft tillmäts i unionsrätten, vilken i förekommande fall ska gå före avhjälpandet av ett åsidosättande av unionsrätten, dels avsaknaden av skyldighet för en myndighet att ändra ett slutligt beslut som visar sig strida med unionsrätten.

37 Ett sådant argument berör dock sakfrågan i det nationella målet och, närmare bestämt, syftet med den hänskjutande domstolens andra fråga.

38 Mot bakgrund av ovanstående kan tolkningsfrågorna tas upp till sakprövning.

## Prövning av tolkningsfrågorna

*Den första frågan*

39 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan – som ska omformuleras med beaktande av vilka bestämmelser i unionsrätten som var tillämpliga i tidsmässigt hänseende i det nationella målet – för att få klarhet i huruvida artikel 1 a i direktiv 93/37 ska tolkas så, att ett avtal som innehåller en utfästelse att hyra ut byggnader som ska uppföras i framtiden utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt även om det har vissa särdrag som är utmärkande för ett hyresavtal, och således inte kan anses vara ett sådant avtal som enligt artikel 1 a iii i direktiv 92/50 är undantaget från bestämmelserna om offentlig upphandling.

40 Domstolen erinrar om att frågan huruvida en transaktion utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt, i den mening som avses i de unionsrättsliga bestämmelserna, ska avgöras enligt unionsrätten. Den kvalificering av det planerade avtalet som ”hyreskontrakt” som Pizzarotti och den italienska regeringen gjort är därvid inte relevant (se, för ett liknande resonemang, dom kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 54 och där angiven rättspraxis).

41 Vidare gäller att det är det huvudsakliga syftet med ett kontrakt som avgör vilka unionsbestämmelser som är tillämpliga, när ett kontrakt innehåller både inslag av offentlig byggentreprenad och av en annan typ av kontrakt (se, för ett liknande resonemang, dom Auroux m.fl., C–220/05, EU:C:2007:31, punkt 37; dom kommissionen/Italien, C-412/04, EU:C:2008:102, punkt 47, och dom kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 57).

42 Vad gäller det nationella målet framgår det av de handlingar som domstolen har tillgång till att uppförandet av de aktuella byggnadsverken inte ens hade påbörjats vid den tidpunkt Pizzarotti föreslog Comune di Bari att ingå det aktuella avtalet. Under dessa omständigheter ska huvudsyftet

med nämnda avtal anses vara detta uppförande, vilket med nödvändighet förutsätter att detta byggnadsverk därefter hyrs ut (se, för ett liknande resonemang, dom kommissionen/Tyskland, EU:C:2009:664, punkt 56).

43 Som den tyska regeringen har påpekat krävs det även att det planerade byggnadsverket motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten angett för att det ska kunna gå att sluta sig till att det rör sig om ett ”offentligt byggentreprenadkontrakt”, i den mening som avses i direktiv 93/37 (se dom kommissionen/Tyskland, EU:C:2009:664, punkt 55).

44 Detta är fallet när den upphandlande myndigheten har vidtagit åtgärder för att specificera byggentreprenaden eller åtminstone för att utöva ett bestämmande inflytande på dess projektering (se, för ett liknande resonemang, dom Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 67).

45 I det nationella målet hänvisar utkastet till ”utfästelsen att hyra ut”, som enligt den hänskjutande domstolen var den sista utformningen av det avtal som Pizzarotti föreslog Comune di Bari, i skäl 10, till de ”ramkrav” som fastställts av Corte d’appello di Bari för publiceringen av det aktuella meddelandet om en marknadsundersökning. I artikel 7 i detta utkast till rättsakt förbehålls administrationen rätten att, innan den godkänner byggnadsverket, kontrollera huruvida det uppfyller nämnda ramkrav.

46 I ramkraven anges de tekniska specifikationerna för det planerade byggnadsverket och ett antal statistiska uppgifter angående den dömande verksamheten för domkretsen Bari (antal civilmål och brottmål, antal förhandlingar per vecka per domstol, antal domare och åklagare, den administrativa personalens storlek, antalet kriminalpoliser eller säkerhetsvakter, antalet advokater som tillhör advokatsamfundet i Bari och så vidare) vilka föranleder specifika behov för var och en av de domstolar som finns i denna domkrets (antal kontor och förhandlingssalar, sammanträdessalar, mötesrum och förvaringsrum, rummens storlek, interna kommunikationer), samt vissa gemensamma behov, såsom parkeringsplatsernas kapacitet.

47 Tvärtemot vad Pizzarotti och den italienska regeringen anser ger sådana ramkrav Comune di Bari möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över utformningen av det byggnadsverk som ska uppföras.

48 Det huvudsakliga syftet med det planerade avtalet i det nationella målet var således uppförandet av ett byggnadsverk som motsvarade de behov som angavs av den upphandlande myndigheten.

49 Som den hänskjutande domstolen har påpekat har förvisso utkastet till ”utfästelsen att hyra ut”även vissa särdrag som kännetecknar ett hyresavtal. Vid domstolen har det särskilt påpekats att de kostnader som uppkommer för administrationen, enligt artikel 5 i detta utkast, motsvarar en ”årlig hyra” på 3,5 miljoner euro som ska betalas under de 18 år som avtalet gäller. Enligt de uppgifter som lämnats av Pizzarotti och den italienska regeringen, är detta totala vederlag på sammanlagt 63 miljoner euro betydligt lägre än den beräknade totalkostnaden för byggnadsverket på cirka 330 miljoner euro.

50 Domstolen erinrar dock härvidlag om att den avgörande faktorn vid kvalificeringen av ett kontrakt såsom det förevarande är dess huvudsakliga syfte, inte hur stor ersättning leverantören får eller hur denna betalning sker (dom kommissionen/Tyskland, EU:C:2009:664, punkt 61).

51 Av diskussionerna under förhandlingen framgick att varken artikel 4 i utkastet till ”utfästelsen att hyra ut” – enligt vilken avtalet automatiskt upphör att gälla när en period på 18 år löpt ut – eller bestämmelsen i den italienska lagstiftningen angående statens allmänna räkenskaper, vilken har åberopats av den italienska regeringen – enligt vilken avtal som ingåtts av myndigheter ska ha en fastställd löptid och slutdatum och som förbjuder avtal som medför en fortgående kostnad för staten

– utgör hinder för att när det första planerade avtalet löpt ut, sluta ett eller flera senare avtal vilka säkerställer att Pizzarotti erhåller betalning för samtliga, eller en betydande del av, de arbeten som utförts i syfte att uppföra det aktuella byggnadsverket.

52 Mot denna bakgrund ska den första frågan besvaras enligt följande: Artikel 1 a i direktiv 93/37 ska tolkas så, att ett avtal som i huvudsak syftar till uppförandet av ett byggnadsverk som motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten har angett utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt och avtalet omfattas således inte av det undantag från bestämmelserna om offentlig upphandling som föreskrivs i artikel 1 a iii) i rådets direktiv 92/50 trots att avtalet innehåller en utfästelse om att hyra ut det aktuella byggnadsverket.

*Den andra frågan*

53 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida den kan slå fast att ett eventuellt rättskraftigt avgörande som den meddelat inte har någon verkan när detta avgörande medfört att det uppkommit en situation som är oförenlig med unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling av byggnadsverk.

54 Domstolen erinrar härvidlag om att eftersom det saknas unionslagstiftning på området bestäms formerna för att genomföra principen om rättskraft av medlemsstaternas nationella rättsordningar enligt principen om medlemsstaternas processuella autonomi. Likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen ska dock iakttas (se, för ett liknande resonemang, dom Fallimento Olimpiclub, C-2/08, EU:C:2009:506, punkt 24 och där angiven rättspraxis).

55 Den hänskjutande domstolen har i sin begäran om förhandsavgörande angett att den enligt sin egen praxis under vissa villkor har befogenhet att komplettera det ursprungliga domslutet i sina domar genom beslut om genomförande, vilket innebär att domen får det som den hänskjutande domstolen kallar ”stegvis rättskraft”.

56 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att undersöka huruvida avgörandet i dess dom nr 4267/2007, som nämns i punkt 15 i förevarande dom, och som enligt beslutet om hänskjutande begränsar rättskraften i det aktuella målet, omfattas av tillämpningsvillkoren för denna processuella regel. Om så är fallet ska den hänskjutande domstolen med beaktande av likvärdighetsprincipen tillämpa nämnda processuella regel och välja det av ”de många olika sätt att genomföra beslutet” som enligt vad den hänskjutande domstolen själv har uppgett finns, som i enlighet med effektivitetsprincipen säkerställer iakttagandet av unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling av byggentreprenader.

57 Som Comune di Bari har påpekat kan en sådan lösning bestå i att som komplement till nämnda beslut besluta att marknadsundersökningsförfarandet ska avslutas genom att inget förslag godtas vilket skulle göra det möjligt att inleda ett nytt förfarande under iakttagande av unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling av byggentreprenader.

58 Om däremot den hänskjutande domstolen finner att den korrekta tillämpningen av unionsrättens bestämmelser med beaktande av tillämpliga nationella bestämmelser går emot rättskraften av dess dom nr 4267/2007 eller av genomförandebesluten avseende denna dom som den meddelade den 15 april och den 3 december 2010, erinrar domstolen om att principen om rättskraft äger stor betydelse i såväl unionsrätten som de nationella rättsordningarna. För att säkerställa såväl en stabil rättsordning och stabila rättsförhållanden som en god rättskipning är det nämligen viktigt att domstolsavgöranden som vunnit laga kraft efter det att tillgängliga rättsmedel har uttömts eller fristerna för dessa har löpt ut inte längre kan angripas (dom Kapferer, C-234/04, EU:C:2006:178,

punkt 20; dom kommissionen/Luxemburg, C-526/08, EU:C:2010:379, punkt 26, och dom ThyssenKrupp Nirosta (tidigare ThyssenKrupp Stainless)/kommissionen, C-352/09 P, EU:C:2011:191, punkt 123).

59 En nationell domstol är följaktligen inte enligt unionsrätten alltid skyldig att underlåta att tillämpa nationella processregler som leder till att domstolsavgöranden vinner laga kraft, även om detta skulle kunna bringa ett åsidosättande av unionsrätten att upphöra (se, för ett liknande resonemang dom Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, punkterna 46 och 47; dom Kapferer, EU:C:2006:178, punkterna 20 och 21; dom Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, punkterna 22 och 23; dom Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, punkterna 35–37, och dom kommissionen/Slovakien, C-507/08, EU:C:2010:802, punkterna 59 och 60).

60 Unionsrätten kräver således inte att en rättslig myndighet ska riva upp sitt beslut för att beakta tolkningen av en relevant unionsrättslig bestämmelse som EU-domstolen gjort efter att beslutet från denna rättsliga myndighet har vunnit laga kraft.

61 Domen Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434), som åberopats av den hänskjutande domstolen, påverkar inte denna bedömning. Nämnda dom rörde en alldeles speciell situation, i vilken principer om kompetensfördelningen mellan medlemsstaterna och Europeiska unionen vad gäller statligt stöd var aktuella. Domstolen fann att unionsrätten utgjorde hinder för att tillämpa en sådan bestämmelse i nationell rätt i vilken principen om rättskraft stadfästs, såsom artikel 2909 i den italienska civillagen, om tillämpningen utgör ett hinder för att återvinna statligt stöd som har beviljats i strid med unionsrätten och vars oförenlighet med den gemensamma marknaden har slagits fast i ett beslut från Europeiska kommissionen som har vunnit laga kraft (se, för ett liknande resonemang, dom Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, punkt 25). I förevarande mål uppkommer dock inte några sådana frågor om kompetensfördelning.

62 Om det emellertid i de tillämpliga nationella processuella bestämmelserna föreskrivs en rätt för den nationella domstolen att under vissa villkor ändra ett lagakraftvunnet avgörande för att situationen ska bli förenlig med den nationella rätten, ska denna möjlighet ges företräde i enlighet med likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen, förutsatt att dessa villkor är uppfyllda, i syfte att göra situationen i det nationella målet förenlig med unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling av byggentreprenader.

63 Det ska härvidlag understrykas att nämnda lagstiftning innehåller grundläggande unionsrättsliga bestämmelser eftersom den syftar till att säkerställa tillämpningen av principerna om likabehandling av anbudsgivare och om öppenhet så att konkurrensen inte snedvrids i någon medlemsstat (se, för ett liknande resonemang, dom kommissionen/Portugal, C-70/06, EU:C:2008:3, punkt 40; dom Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 55; dom kommissionen/Cypern, C-251/09, EU:C:2011:84, punkterna 37–39, och dom Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 28).

64 Mot denna bakgrund ska den andra frågan besvaras enligt följande: Under förutsättning att det är tillåtet enligt tillämpliga nationella processuella bestämmelser ska en nationell domstol, såsom den hänskjutande domstolen, som dömt i sista instans utan att förhandsavgörande inhämtats från EU-domstolen i enlighet med artikel 267 FEUF, antingen komplettera det lagakraftvunna avgörandet som föranlett en situation som är oförenlig med unionsrättens bestämmelser om offentliga upphandlingar av byggnadsverk eller ändra detta avgörande för att beakta en senare tillkommen tolkning av dessa bestämmelser från Europeiska unionens domstol.

**Rättegångskostnader**

65 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

1) **Artikel 1 a i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader ska tolkas så, att ett avtal som har som huvudsakligt syfte att uppföra ett byggnadsverk som motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten har angett utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt och avtalet omfattas således inte av det undantag från bestämmelserna om offentlig upphandling som föreskrivs i artikel 1 a iii) i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster trots att avtalet innehåller en utfästelse att hyra ut det aktuella byggnadsverket.**

2) **Under förutsättning att det är tillåtet enligt tillämpliga nationella processuella bestämmelser ska en nationell domstol, såsom den hänskjutande domstolen, som dömt i sista instans utan att förhandsavgörande inhämtats från Europeiska unionens domstol i enlighet med artikel 267 FEUF, antingen komplettera det lagakraftvunna avgörandet som föranlett en situation som är oförenlig med unionsrättens bestämmelser om offentliga upphandlingar av byggnadsverk eller ändra detta avgörande för att beakta en senare tillkommen tolkning av dessa bestämmelser från Europeiska unionens domstol.**

Underskrifter