



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

10. juli 2014*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige bygge- og anlægskontrakter — direktiv 93/37/EØF — »skriftlig forpligtelse til at udleje« bygninger, der endnu ikke er opført — national retsafgørelse, som har retskraft — rækkevidden af princippet om retskraft i en situation, som er i strid med EU-retten«

I sag C-213/13,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiglio di Stato (Italien) ved afgørelse af 11. januar 2013, indgået til Domstolen den 23. april 2013, i sagen:

Impresa Pizzarotti & C. SpA

mod

Comune di Bari,

Giunta comunale di Bari,

Consiglio comunale di Bari,

procesdeltagere:

Complesso Residenziale Bari 2 Srl,

Commissione di manutenzione della Corte d'appello di Bari,

Giuseppe Albenzio, i sin egenskab af »commissario ad acta«,

Ministero della Giustizia,

Regione Puglia,

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R. Silva de Lapuerta, Domstolens vicepræsident, K. Lenaerts (refererende dommer), og dommerne J.L. da Cruz Vilaça, G. Arestis og J.-C. Bonichot,

generaladvokat: N. Wahl

justitssekretær: fuldmægtig A. Impellizzeri,

* Processprog: italiensk.

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 27. februar 2014,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Impresa Pizzarotti & C. SpA ved advocati R. Mastroianni, D. Vaiano og F. Lorusso
- Comune di Bari ved advocati A. Loiodice, I. Loiodice og R. Lanza
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato P. Gentili
- den tyske regering ved T. Henze og J. Möller, som befuldmægtigede
- Europa-Kommissionen ved L. Pignataro-Nolin, A. Tokár og A. Aresu, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 15. maj 2014,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114) og af rækkevidden af princippet om retskraft i en situation, som er i strid med EU-retten.
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Impresa Pizzarotti & C. SpA (herefter »Pizzarotti«) og Comune di Bari, Giunta comunale di Bari og Consiglio comunale di Bari efter offentliggørelsen af en meddelelse om en markedsundersøgelse med henblik på at give det italienske justitsvæsen et nyt fælles hovedsæde, der samler alle domstolskontorer med sæde i byen Bari (Italien).

Retsforskrifter

Direktiv 92/50/EØF

- 3 Artikel 1, litra a), i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), bestemte:

»I dette direktiv forstås ved:

- a) *offentlige tjenesteydelsesaftaler* gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed med undtagelse af:

[...]

- iii) aftaler om erhvervelse eller leje – uanset finansieringsform – af jord, eksisterende bygninger eller anden fast ejendom eller vedrørende rettigheder hertil [...]

[...]«

Direktiv 93/73/EØF

- 4 Artikel 1, litra a), i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54) fastsatte, at »[i] dette direktiv forstås ved: »offentlige bygge- og anlægskontrakter« gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som defineret under litra b) på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed eller bygge- og anlægsarbejde som defineret under litra c) eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov«.
- 5 Blandt de i bilag II til direktivet omhandlede former for virksomhed findes under klasse 50 med overskriften »Bygge- og anlægsvirksomhed« »[b]ygge- og anlægsvirksomhed (uden specialisering)« (undergruppe 500.1) og »[o]pførelse af bygninger (til beboelse eller andet)« (gruppe 501).

Direktiv 2004/18

- 6 Artikel 1, stk. 2, i direktiv 2004/18 bestemmer:
- »a) Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.
- b) Ved »offentlige bygge- og anlægskontrakter« forstås offentlige kontrakter om enten udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder vedrørende en af de i bilag I omhandlede aktiviteter eller af bygge- og anlægsarbejde eller om udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed. [...]

[...]«

- 7 Følgende fremgår af direktivets artikel 16, der har overskriften »Særlige undtagelser«:
- »Dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter:
- a) om erhvervelse eller leje – uanset finansieringsform – af jord, eksisterende bygninger eller anden fast ejendom eller vedrørende rettigheder hertil [...]

[...]«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 8 Den 14. august 2003 offentliggjorde Comune di Bari en meddelelse om en »markedsundersøgelse« med henblik på inden for en meget kort frist at opføre et nyt fælles, passende og egnet hovedsæde, der skulle huse alle domstolskontorer med sæde i byen Bari. Denne meddelelse blev bl.a. offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* af 23. august 2003 (EUT S 161).
- 9 Denne meddelelse krævede, at tilbudsgiverne påtog sig at påbegynde det planlagte bygge- og anlægsarbejde inden den 31. december 2003. Den krævede klare og udtømmende oplysninger vedrørende de omkostninger, som skulle bæres af den kommunale forvaltning og det italienske justitsministerium, og om betalingsmåden, henset til den omstændighed, at de disponible offentlige midler, der allerede var afsat til projektet, beløb sig til 43,5 mio. EUR, hvortil skulle tilføjes et beløb på 3 mio. EUR svarende til den årlige leje, som Comune di Bari betalte for leje af bygninger, der huser de

nævnte domstolskontorer. Den nævnte meddelelse var suppleret at et bilag, udarbejdet af Corte d'appello di Bari, der havde til formål at give en »officiel og udtømmende oversigt over kravene vedrørende struktur, funktion og organisation« i forbindelse med opførelsen af det planlagte domstolskompleks (herefter »oversigten over krav«).

- 10 Der blev indgivet fire forslag. Comune di Bari valgte ved afgørelse nr. 1045/2003 af 18. december 2003 Pizzarottis forslag. Ifølge dette forslag skulle en del af de opførte bygninger sælges til Comune di Bari for et beløb på 43 mio. EUR, og den resterende del skulle udlejes til Comune di Bari for 3 mio. EUR om året.
- 11 Ministero della Giustizia (justitsministeriet) informerede ved notits af 4. februar 2004 Comune di Bari om, at de offentlige midler, der var til rådighed for det omhandlede projekt, var nedsat til 18,5 mio. EUR, og anmodede kommunen om at undersøge, om det, henset til de modtagne forslag, var muligt at gennemføre dette projekt inden for de grænser, som var fast af den nye økonomiske ramme. Comune di Bari anmodede ved notits af 11. februar 2004 Pizzarotti om at oplyse, om virksomheden var indstillet på at fortsætte den påbegyndte proces. Pizzarotti bekræftede dette, idet virksomheden omarbejdede sit forslag for at tage højde for reduktionen af disponible offentlige midler.
- 12 Den planlagte offentlige finansiering bortfaldt helt i september 2004.
- 13 Pizzarotti forelagde efter dette bortfald et nyt forslag for Comune di Bari, idet virksomheden henviste til den mulighed for at opføre de bygninger, der skulle udlejes, som fremgår af det oprindelige forslag.
- 14 Pizzarotti anlagde som følge af forvaltningens passivitet sag ved Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (forvaltningsdomstol i regionen Puglien) med påstand om, at Comune di Bari blev pålagt at handle.
- 15 Efter nævnte rets frifindelse af Comune di Bari gav Consiglio di Stato (statsrådet) ved dom nr. 4267/2007 Pizzarotti medhold i den appel, som sidstnævnte havde iværksat til prøvelse af dommen afsagt i første instans. Consiglio di Stato, som var af den opfattelse, at proceduren i betragtning af justitsministeriets notits af 4. februar 2004 vedrørende den ændrede økonomiske ramme ikke var blevet afsluttet med godkendelsen af resultatet af markedsundersøgelsen, fastslog, at Comune di Bari »under overholdelse af rimelighedsprincippet, princippet om god tro og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning [burde] drage konsekvenserne af sine handlinger og afslutte proceduren på en plausibel og passende måde, idet den i forbindelse med de modtagne forslag skulle efterprøve, om det var muligt at udføre bygge- og anlægsarbejdet inden for de ændrede økonomiske rammer«.
- 16 Comune di Baris appel af denne dom blev forkastet af Corte suprema di cassazione (kassationsdomstolen) den 23. december 2008.
- 17 Consiglio di Stato, der i mellemtiden var blevet forelagt spørgsmålet om fuldbyrdelsen af sin dom nr. 4267/2007, fastslog ved dom nr. 3817/2008, at Comune di Bari havde udvist passivitet, og pålagde denne kommune at opfylde konklusionen i dom nr. 4267/2007 i sin helhed inden for en frist på 30 dage. Consiglio di Stato udpegede præfekten i Bari til »commissario ad acta«, med henblik på at denne i tilfælde af længerevarende passivitet, eventuelt via en bemyndiget person, kunne foretage alle de nødvendige handlinger for at opfylde denne dom.
- 18 Den 21. november 2008 anerkendte »commissario ad acta«, der var bemyndiget af præfekten i Bari, at Pizzarottis forslag var gyldige, og fastslog følgelig, at den procedure, der var blevet indledt med den omhandlede meddelelse om en markedsundersøgelse, var blevet afsluttet med et positivt resultat.
- 19 Giunta comunale di Bari indstillede denne procedure under påberåbelse af, at Pizzarottis andet forslag ikke var foreneligt med det i nævnte meddelelse angivne.

- 20 Pizzarotti og Comune di Bari anlagde begge sag ved Consiglio di Stato. Pizzarotti gjorde gældende, at Comune di Bari, da der ikke var indgået en kontrakt om opførelsen af det planlagte nye domstolskompleks, ikke havde opfyldt Consiglio di Statos dom nr. 3817/2008 korrekt. Comune di Bari anfægtede, at det ikke var blevet fastslået, at betingelserne for udførelsen af projektet var blevet forværret, hvilket skulle have påvirket afviklingen af proceduren.
- 21 Consiglio di Stato gav ved fuldbyrdelsesafgørelse nr. 2153/2010 af 15. april 2010 Pizzarotti medhold i sit søgsmål og forkastede Comune di Baris søgsmål. Hvad angår »commissario ad actas« handlinger fandt Consiglio di Stato, at disse var utilstrækkelige, henset til, at proceduren ikke var blevet afsluttet »på en plausibel og passende måde« som omhandlet i dom nr. 4267/2007. Consiglio di Stato fastslog, at der skulle træffes de nødvendige foranstaltninger med henblik på den konkrete udførelse af Pizzarottis andet forslag, og den fastsatte en frist på 180 dage til at afslutte proceduren.
- 22 Ved dokument af 27. maj 2010 konkluderede »commissario ad acta«, at »markedsundersøgelsen af august 2003 ikke [havde] haft et positivt udfald«. »Commissario ad acta« anførte til støtte for denne konklusion, at med hensyn til Pizzarottis første forslag, med senere omarbejdninger i løbet af 2004, medførte tabet af en del af den offentlige finansiering, at det ikke var muligt at opnå det mål, som Comune di Bari forfulgte. Hvad angår Pizzarottis andet forslag om udlejning af bygninger, der skulle opføres for private midler, fremhævede »Commissario ad acta«, at dette forslag var helt uegnet til at opnå dette mål.
- 23 Consiglio di Stato, der behandlede et søgsmål anlagt af Pizzarotti til prøvelse af dette dokument, gav ved fuldbyrdelsesafgørelse nr. 8420/2010 af 3. december 2010 Pizzarotti medhold. Idet Consiglio di Stato fremhævede den usammenhængende karakter af de konklusioner vedrørende nævnte meddelelse, der fremgår henholdsvis af dokument af 21. november 2008 og af 27. maj 2010, fandt denne ret, at den eneste konklusion, der kunne komme på tale, var den, der fremgik af dokumentet af 21. november 2008. Consiglio di Stato bekræftede nødvendigheden af, at »commissario ad acta« iværksatte de nødvendige procedurer for vedtagelsen af Pizzarottis andet forslag, og annullerede dokumentet af 27. maj 2010, idet det tilsidesatte princippet om retskraft.
- 24 Den nye »commissario ad acta«, udpeget af præfekten for Bari, traf derefter alle nødvendige foranstaltninger for den 23. april 2010 at vedtage en »alternativ byplan« vedrørende Comune di Baris generelle udviklingsplan for så vidt angår de arealer, der var berørt af opførelsen af det planlagte domstolskompleks.
- 25 Pizzarotti anfægtede denne afgørelse for Consiglio di Stato med den begrundelse, at den tilsidesatte princippet om retskraft.
- 26 Den forelæggende ret har i denne sammenhæng for det første rejst spørgsmålet, om en kontrakt om leje af en fremtidig fast ejendom i form af en skriftlig forpligtelse til at udleje denne ejendom, på trods af at der foreligger elementer, som kendetegner en lejekontrakt, kan sidestilles med en bygge- og anlægskontrakt, der ikke henhører under den specifikke undtagelsesklausul, som fremgår af artikel 16, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18.
- 27 Såfremt nævnte kontrakt måtte udgøre en bygge- og anlægskontrakt, har den forelæggende ret har for det andet rejst det spørgsmål, om retten i det foreliggende tilfælde kan fastslå, at dens dom nr. 4267/2007 er uden retskraft, idet den på grund af senere fuldbyrdelsesafgørelser og dokumenter fra »commissario ad acta« har ført til en situation, som er i strid med EU-rettens bestemmelser om offentlige kontrakter. Den forelæggende ret har i denne henseende fremhævet, at den i henhold til sin egen praksis under visse omstændigheder kan supplere den oprindelige konklusion i en af dens afgørelser ved en gennemførelsesafgørelse, idet denne mulighed medfører, hvad den forelæggende ret kvalificerer som en »progressiv retskraft«.

28 Under disse omstændigheder har Consiglio di Stato besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Kan den kontrakt, som påtænkes indgået, om leje af fremtidig fast ejendom, herunder i den sidst foreslåede form af en skriftlig forpligtelse til at udleje, sidestilles med en offentlig bygge- og anlægskontrakt, om end med bestemte særtræk, som kendetegner en lejekontrakt, således at den ikke henhører under de kontrakter, som i henhold til artikel 16 i direktiv 2004/18[...] ikke er underlagt bestemmelserne om offentlige kontrakter?
- 2) Hvis det første spørgsmål besvares bekræftende, kan de nationale domstole, og navnlig den forelæggende ret, da betragte en eventuel dom i sagen – jf. redegørelsen – som værende uden virkning, for så vidt som den har skabt en retlig situation, som er i strid med [de EU-retlige] bestemmelser[...] om offentlige kontrakter, og er det således muligt at fuldbyrde en dom, som er i strid med [EU-]retten?»

Om de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling

- 29 Pizzarotti har henvist til to årssager til, at virksomheden nærer alvorlig tvivl med hensyn til, om de forelagte spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.
- 30 Pizzarotti har for det første anført, at anmodningen om præjudiciel afgørelse definerer de EU-retlige bestemmelser, der finder anvendelse i hovedsagen, urigtigt. Denne anmodning tilsigter således at opnå en fortolkning af direktiv 2004/18, selv om dette direktiv blev vedtaget efter det tidspunkt, hvor Comune di Bari besluttede at offentliggøre meddelelsen om en markedsundersøgelse, dvs. den 14. august 2003, og således ikke finder anvendelse i hovedsagen.
- 31 Det bemærkes i denne henseende, at det direktiv, der skal anvendes, principielt er det direktiv, der er gældende på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger, hvilken procedure der skal følges, og endeligt afgør, hvorvidt der eksisterer en forpligtelse til at foretage et forudgående udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig kontrakt (dom Kommissionen mod Nederlandene, C-576/10, EU:C:2013:510, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis). Derimod finder bestemmelserne i et direktiv, hvor gennemførelsesfristen er udløbet efter dette tidspunkt, ikke anvendelse (jf. i denne retning dom Kommissionen mod Frankrig, C-337/98, EU:C:2000:543, præmis 41 og 42).
- 32 I den foreliggende sag fandt direktiv 92/50 og 93/37 anvendelse den 14. august 2003, som er den dato, hvor Comune di Bari offentliggjorde en meddelelse om en »markedsundersøgelse« med henblik på opførelsen af et domstolskompleks i Bari. De samme direktiver fandt anvendelse, da Comune di Bari efter ændringen af den økonomiske ramme, hvorved den offentlige finansiering helt bortfaldt, i september 2004, ifølge kommunens oplysninger til Domstolen, fandt, at der skulle indledes en ny udvælgelsesprocedure i stedet for at forhandle direkte med Pizzarotti uden et nyt forudgående udbud om indgåelse af en kontrakt om »leje af fremtidig fast ejendom«.
- 33 Derimod fandt direktiv 2004/18 ikke anvendelse på disse tidspunkter, idet fristen for gennemførelsen af dette direktiv således ikke udløb før den 31. januar 2006, jf. direktivets artikel 80, stk. 1.
- 34 Det forholder sig ikke desto mindre således, at begrebet »offentlige bygge- og anlægskontrakter«, som det første spørgsmål omhandler, er defineret i tilsvarende vendinger i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 og i artikel 1, stk. 2, litra a) og b), i direktiv 2004/18. Desuden anvendes i artikel 1, litra a), nr. iii), i direktiv 92/50 og i artikel 16, litra a), i direktiv 2004/18 identiske udtryk for at definere rækkevidden af den undtagelse, som det første spørgsmål også vedrører.

- 35 Under disse omstændigheder kan det forhold, at den forelæggende ret har defineret de EU-retlige bestemmelser, der finder anvendelse i denne sag, urigtigt, ikke begrunde, at de forelagte spørgsmål afvises (jf. i denne retning dom Zurita García og Choque Cabrera, C-261/08 og C-348/08, EU:C:2009:648, præmis 39).
- 36 Pizzarotti har for det andet anført, at hovedsagen er karakteriseret ved den omstændighed, at der foreligger retsafgørelser, bl.a. fra Consiglio di Stato, som har retskraft, hvorfor det er åbenbart, at anmodningen om præjudiciel afgørelse, og navnlig det første spørgsmål, må afvises. Domstolens besvarelse af dette spørgsmål har således ingen betydning for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, dels henset til den betydning, som princippet om retskraft tillægges i EU-retten, til skade for en mulig eliminering af en tilsidesættelse af denne ret, dels henset til, at der ikke foreligger en forpligtelse for en forvaltningsmyndighed til at genbehandle en endelig afgørelse, som viser sig ikke at være i overensstemmelse med nævnte ret.
- 37 En sådan argumentation omhandler imidlertid realiteten i hovedsagen og nærmere bestemt genstanden for den forelæggende rets andet spørgsmål.
- 38 Henset til det ovenstående kan de forelagte spørgsmål antages til realitetsbehandling.

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

- 39 Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål, som skal omformuleres på grundlag af de bestemmelser i EU-retten, der finder tidsmæssig anvendelse i hovedsagen, nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 skal fortolkes således, at en kontrakt, der indeholder en forpligtelse til at udleje fast ejendom, som endnu ikke er opført, på trods af at der foreligger elementer, som kendetegner en lejekontrakt, udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt, og således ikke henhører under undtagelsen i artikel 1, litra a), nr. iii), i direktiv 92/50.
- 40 Det skal i denne henseende indledningsvis for det første bemærkes, at spørgsmålet, om en transaktion udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt som omhandlet i EU-retten, henhører under EU-retten. Den af Pizzarotti og den italienske regering fremhævede kvalificering af den påtænkte kontrakt som en »lejekontrakt« er ikke afgørende i denne henseende (jf. i denne retning dom Kommissionen mod Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).
- 41 For det andet gælder, at når en kontrakt både indeholder dele, der angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, og dele, der angår andre kontrakter, skal der tages udgangspunkt i kontraktens hovedformål ved dens juridiske kvalificering og ved afgørelsen af, hvilke EU-retlige regler der finder anvendelse (jf. i denne retning domme Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, præmis 37, Kommissionen mod Italien, C-412/04, EU:C:2008:102, præmis 47, og Kommissionen mod Tyskland, EU:C:2009:664, præmis 57).
- 42 For så vidt angår hovedsagen fremgår det af de sagsakter, som Domstolen råder over, at på det tidspunkt, hvor Comune di Bari af Pizzarotti blev foreslået at indgå den omhandlede kontrakt, var udførelsen af det pågældende bygge- og anlægsarbejde endnu ikke påbegyndt. Det må under disse omstændigheder lægges til grund, at hovedformålet med nævnte kontrakt ligger i denne udførelse, som nødvendigvis forudsætter en efterfølgende udlejning af de opførte bygninger (jf. i denne retning dom Kommissionen mod Tyskland, EU:C:2009:664, præmis 56).

- 43 Som den tyske regering har fremhævet, kræves det endvidere for at konkludere, at der foreligger en »offentlig bygge- og anlægskontrakt« som omhandlet i direktiv 93/37, at udførelsen af det planlagte bygge- og anlægsarbejde er i overensstemmelse med de af den ordregivende myndighed fastlagte behov (dom Kommissionen mod Tyskland, EU:C:2009:664, præmis 55).
- 44 Dette er tilfældet, når den ordregivende myndighed har truffet foranstaltninger med henblik på at definere karakteren af bygge- og anlægsarbejdet eller i det mindste har haft afgørende indflydelse på arbejdets projektering (jf. i denne retning dom Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, præmis 67).
- 45 I hovedsagen henviser udkastet til en »skriftlig forpligtelse til at udleje«, som den forelæggende ret har nævnt som værende den sidste form for kontrakt, som Pizzarotti foreslog Comune di Bari, i tiende betragtning til »oversigten over krav«, som var blevet udarbejdet af Corte d'appello di Bari med henblik på offentliggørelsen af den omhandlede meddelelse om en markedsundersøgelse. Artikel 7 i dette udkast forbeholder forvaltningen en ret til før modtagelsen af bygge- og anlægsarbejdet at efterprøve, om de overholder nævnte oversigt over krav.
- 46 Den nævnte oversigt over krav præciserer det planlagte bygge- og anlægsarbejdes forskellige tekniske og teknologiske karakteristika og på grundlag af en række statistiske oplysninger vedrørende domstolsaktiviteter i Bari-distriktet (antal civile og straffesager, antal ugentlige retsmøder pr. ret, antal dommere og offentlige anklagere, antal administrativt personale, politi eller sikkerhedsfolk, antal advokater med bestalling i Bari etc.) de specifikke behov, som hver ret, der henhører under denne retskreds, har (antal nødvendige kontorer og lokaler til retsmøder, konferencer, møder og arkivering, rummenes areal, metoder for intern kommunikation), og visse fælles behov, såsom parkeringskapacitet.
- 47 I modsætning til det, som Pizzarotti og den italienske regering har anført, sætter en sådan oversigt over krav Comune di Bari i stand til at udøve en afgørende indflydelse på bygge- og anlægsarbejdets projektering.
- 48 Det følger heraf, at den i hovedsagen omhandlede kontrakt havde som sit hovedformål at udføre bygge- og anlægsarbejde, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov.
- 49 Udkastet til en »skriftlig forpligtelse til at udleje« indeholder, som den forelæggende ret har bemærket, ganske vist ligeledes visse elementer, som kendetegner en lejekontrakt. For Domstolen blev der lagt særlig vægt på den omstændighed, at forvaltningens finansielle modydelse i henhold til dette udkasts artikel 5 svarer til en »årlig leje« på 3,5 mio. EUR, der skal betales i løbet af de 18 år, som kontrakten løber i. Ifølge de oplysninger, som Pizzarotti og den italienske regering har fremlagt, er denne samlede modydelse på 63 mio. EUR lavere end de samlede anslåede omkostninger ved bygge- og anlægsarbejdet, som er på knap 330 mio. EUR.
- 50 Det skal imidlertid herved bemærkes, at det afgørende med henblik på kvalificeringen af den omhandlede kontrakt er hovedformålet med kontrakten og ikke entreprenørens vederlag eller bestemmelserne vedrørende betalingen af dette (dom Kommissionen mod Tyskland, EU:C:2009:664, præmis 61).
- 51 Hertil kommer, at hverken artikel 4 i udkastet til en »skriftlig forpligtelse til at udleje«, hvorefter kontrakten automatisk afsluttes ved udløbet af en periode på 18 år, eller bestemmelsen i den italienske lovgivning vedrørende det offentlige statsregnskab, som den italienske regering har fremhævet, og som kræver, at kontrakter, der indgås af offentlige myndigheder, skal have et bestemt afslutningstidspunkt og en bestemt varighed, og som forbyder, at disse kontrakter udgør en fortsat byrde for staten, er til hinder for – som det fremgår af drøftelserne under retsmødet – at der efter udløbet af den første påtænkte kontrakt indgås en eller flere efterfølgende kontrakter, som sikrer Pizzarotti vederlag for hele eller en væsentlig del af det udførte arbejde med henblik på udførelsen af det omhandlede bygge- og anlægsarbejde.

52 Henset til det ovenstående skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 skal fortolkes således, at en kontrakt, der som sit hovedformål har udførelse af bygge- og anlægsarbejde, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov, udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt og henhører således ikke under undtagelsen i artikel 1, litra a), nr. iii), i direktiv 92/50, selv om den indeholder en forpligtelse til at udleje de ved dette arbejde opførte bygninger.

Det andet spørgsmål

53 Den forelæggende ret ønsker med det andet spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om den kan betragte en afgørelse, som den har truffet, og som har ført til en situation, som er i strid med de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter, som værende uden retskraft.

54 Det bemærkes i denne henseende, at hvis der ikke findes EU-retlige bestemmelser på området, tilkommer det medlemsstaterne i deres interne retsorden at fastsætte fremgangsmåderne for gennemførelse af princippet om retskraft i medfør af princippet om medlemsstaternes procesautonomi, dog under overholdelse af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet (jf. i denne retning dom Fallimento Olimpclub, C-2/08, EU:C:2009:506, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis).

55 Den forelæggende ret har i anmodningen om præjudiciel afgørelse angivet, at den i henhold til sin egen praksis under visse omstændigheder kan supplere den oprindelige konklusion i en af dens domme ved gennemførelsesafgørelser, idet denne mulighed medfører, hvad den forelæggende ret kvalificerer som en »progressiv retskraft«.

56 Hvis den afgørelse, der er indeholdt i denne rets dom nr. 4267/2007, som er nævnt i den foreliggende doms præmis 15, og som ifølge forelæggelsesafgørelsen begrænser retskraften i den foreliggende sag, opfylder betingelserne for anvendelsen af dette processuelle instrument, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, tilkommer det nævnte ret under hensyn til ækvivalensprincippet at anvende nævnte instrument ved blandt »de mange og forskellige gennemførelsesmuligheder«, som denne afgørelse efter den forelæggende rets egne oplysninger kan være genstand for, at give forrang til den, som i overensstemmelse med effektivitetsprincippet sikrer overholdelsen af de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter.

57 Som Comune di Bari har bemærket, kunne denne løsning bestå i som supplement til den nævnte afgørelse at bestemme, at markedsundersøgelsen skal afsluttes uden at vælge noget forslag, hvilket ville gøre det muligt at indlede en ny procedure under overholdelse af de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter.

58 Hvis den forelæggende ret derimod måtte konstatere, at den korrekte anvendelse af disse bestemmelser, henset til de nationale processuelle regler, som finder anvendelse, hindres af retskraften af den forelæggende rets dom nr. 4267/2007 eller af de afgørelser til fuldbyrdelse af denne dom, som den vedtog den 15. april og den 3. december 2010, må opmærksomheden henledes på vigtigheden af retskraftprincippet både inden for Unionens retsorden og i de nationale retsordener. Såvel hensynet til at sikre en stabil retstilstand og stabile retlige relationer som retsplejehensyn gør det påkrævet, at retsafgørelser, der er blevet endelige, efter at de hjemlede appelmuligheder er udnyttet, eller efter at appelfristerne er udløbet, ikke længere kan anfægtes (domme Kapferer, C-234/04, EU:C:2006:178, præmis 20, Kommissionen mod Luxembourg, C-526/08, EU:C:2010:379, præmis 26, og ThyssenKrupp Nirosta mod Kommissionen, C-352/09 P, EU:C:2011:191, præmis 123).

59 Følgelig er en national ret ikke efter EU-retten forpligtet til at undlade at anvende nationale processuelle regler, hvorved en retsafgørelse tillægges retskraft, uanset at dette ville gøre det muligt at afhjælpe en national situation, der er i strid med EU-retten (jf. i denne retning domme Eco Swiss,

C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 46 og 47, Kapferer, EU:C:2006:178, præmis 20 og 21, Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, præmis 22 og 23, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, præmis 35-37, og Kommissionen mod Slovakiet, C-507/08, EU:C:2010:802, præmis 59 og 60).

- 60 EU-retten kræver således ikke, at en retsinstant for at tage hensyn til fortolkningen af en relevant bestemmelse i EU-retten, som er vedtaget af Domstolen efter en af nævnte retsinstant truffet retskraftig afgørelse, i princippet skal genoptage denne afgørelse.
- 61 Dom Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434), som den forelæggende ret har henvist til, kan ikke ændre denne analyse. Det var således i en helt særlig situation, som omhandlede de principper, der gælder for kompetencefordelingen mellem medlemsstaterne og Den Europæiske Union på statsstøtteområdet, at Domstolen i det væsentlige fastslog, at EU-retten er til hinder for anvendelsen af en national bestemmelse som artikel 2909 i den italienske borgerlige lovbog, som har til formål at sikre princippet om retskraft, idet anvendelsen af denne bestemmelse var til hinder for tilbagesøgning af en statsstøtte, som var tildelt i strid med EU-retten, og hvis uforenelighed med fællesmarkedet var blevet fastslået i en endelig afgørelse fra Europa-Kommissionen (jf. i denne retning dom Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, præmis 25). Den forelæggende sag rejser imidlertid ikke sådanne spørgsmål om kompetencefordeling.
- 62 Såfremt de anvendelige nationale processuelle regler imidlertid indeholder en mulighed for, at den nationale ret under visse omstændigheder kan genoptage en retskraftig afgørelse for at bringe situationen i overensstemmelse med national ret, skal denne mulighed i overensstemmelse med ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet anvendes, hvis disse betingelser er opfyldt, med henblik på at bringe situationen i hovedsagen i overensstemmelse med de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter.
- 63 Det skal i denne henseende fremhæves, at de nævnte bestemmelser indeholder centrale regler i EU-retten, idet de har til formål at sikre anvendelsen af princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og princippet om gennemsigtighed med henblik på at sikre en ufordrejet konkurrence i alle medlemsstaterne (jf. i denne retning domme Kommissionen mod Portugal, C-70/06, EU:C:2008:3, præmis 40, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, præmis 55, Kommissionen mod Cypern, C-251/09, EU:C:2011:84, præmis 37-39, og Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 28).
- 64 Henset til det ovenstående skal det andet spørgsmål besvares med, at i det omfang de anvendelige nationale processuelle regler giver mulighed herfor, skal en national ret som den forelæggende ret, der som sidste instans har truffet afgørelse, uden at Domstolen forinden har været forelagt en præjudiciel anmodning i henhold til artikel 267 TEUF, enten supplere den retskraftige afgørelse, der har ført til en situation, som er i strid med de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter, eller genoptage denne afgørelse for at tage hensyn til en fortolkning af denne lovgivning, som Domstolen har foretaget efterfølgende.

Sagens omkostninger

- 65 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Anden Afdeling) for ret:

- 1) **Artikel 1, litra a), i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at en kontrakt, der som sit hovedformål har udførelse af bygge- og anlægsarbejde, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov, udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt og henhører således ikke under undtagelsen i artikel 1, litra a), nr. iii), i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, selv om den indeholder en forpligtelse til at udleje de ved dette arbejde opførte bygninger.**
- 2) **I det omfang de anvendelige nationale processuelle regler giver mulighed herfor, skal en national ret som den forelæggende ret, der som sidste instans har truffet afgørelse, uden at Den Europæiske Unions Domstol forinden har været forelagt en præjudiciel anmodning i henhold til artikel 267 TEUF, enten supplere den retskraftige afgørelse, der har ført til en situation, som er i strid med de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter, eller genoptage denne afgørelse for at tage hensyn til en fortolkning af denne lovgivning, som Domstolen har foretaget efterfølgende.**

Underskrifter