Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 15. maj 2014[1]

Sag C-213/13

Impresa Pizzarotti & C. SpA
mod
Comune di Bari

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (Italien))

»Offentlige kontrakter — direktiv 93/37/EØF og 2004/18/EF — begrebet »offentlig bygge- og anlægskontrakt« — indgåelse af en kontrakt om leje af en bygning, som endnu ikke er opført — rækkevidden af princippet om retskraft, når der er tale om en situation, der er i strid med EU-retten«

1. Projektet om opførelse af det nye domstolskompleks i Bari (Italien) med henblik på en rationalisering af udnyttelsen af de ressourcer, som retsinstanserne i Bari råder over, via opførelse af et enkelt tjenestested har på paradoksal vis været skueplads for en omfattende tvist. Herom vidner forhistorien til den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, der indgår i en tvist mellem Impresa Pizzarotti & C. SpA (herefter »Pizzarotti«) og de kompetente lokale italienske myndigheder efter bekendtgørelsen om en markedsundersøgelse vedrørende opførelsen af dette nye domstolskompleks. Denne anmodning indgives samtidig med, at Comune di Bari indgiver en klage til Europa-Kommissionen, en klage, som har givet anledning til, at der er blevet indledt en traktatbrudssag mod Den Italienske Republik på grundlag af artikel 258 TEUF.

2. I den foreliggende sag opfordres Domstolen til i forlængelse af KölnMesse-sagen[2] at præcisere, om en kontrakt om leje af en bygning, der endnu ikke er opført, som den, der er omhandlet i hovedsagen, henhører under reglerne for tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter. Såfremt dette er tilfældet, og såfremt det måtte konkluderes, at en sådan kvalificering hindres af tidligere retskraftige retsafgørelser, anmodes Domstolen om at udtale sig om rækkevidden af princippet om, at der ikke må ændres i en vedtaget retsakt, når der er tale om en situation, som er i strid med EU-retten.

I – **Retsforskrifter**

3. Det fremgår af tiende betragtning til direktiv 92/50/EØF[3], at »aftaler om erhvervelse eller leje af eller rettigheder vedrørende fast ejendom er af en sådan karakter, at det er uhensigtsmæssigt at lade udbudsprocedurerne finde anvendelse herpå«.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Dom Kommissionen mod Tyskland (C-536/07, EU:C:2009:664, herefter »KölnMesse-dommen«).

3 — Rådets direktiv af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

4. I artikel 1, litra a), i direktiv 92/50 defineres »offentlige tjenesteydelsesaftaler« i forbindelse med dette direktiv som »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 [...]«.

5. I artikel 1, litra a), i direktiv 93/37/EØF[4] defineres »offentlige bygge- og anlægskontrakter« i forbindelse med dette direktiv som »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«.

6. Blandt de former for virksomhed, der er omhandlet i bilag II til direktiv 93/37, nævnes under klasse 50 »Bygge- og anlægsvirksomhed«. Denne klasse omfatter navnlig »Bygge- og anlægsvirksomhed (uden specialisering)« (undergruppe 500.1) samt »Opførelse af bygninger (til beboelse eller andet)« (gruppe 501).

7. Følgende fremgår af 24. betragtning til direktiv 2004/18/EF[5]:

»I forbindelse med tjenesteydelser er kontrakter om erhvervelse eller leje af fast ejendom eller rettigheder til fast ejendom af en sådan karakter, at det er uhensigtsmæssigt at lade udbudsreglerne finde anvendelse på dem.«

8. Dette direktivs artikel 1, stk. 2, har følgende ordlyd:

»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.[…]

[…]«

9. Følgende fremgår af direktivets artikel 16 med overskriften »Særlige undtagelser«:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler:

a) om erhvervelse eller leje — uanset finansieringsform — af jord, eksisterende bygninger eller anden fast ejendom eller vedrørende rettigheder hertil […]

a) [...]«

4 — Rådets direktiv af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54).

5 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

II – De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

10. Forhistorien til tvisten i hovedsagen, som den navnlig fremgår af forelæggelsesafgørelsen, er relativt kompliceret. Med henblik på bedømmelsen skal følgende nævnes:

11. Hovedsagen begyndte med Comune di Baris offentliggørelse den 14. august 2003 af en bekendtgørelse om en markedsundersøgelse vedrørende opførelse snarest muligt af et nyt kontorkompleks, som var egnet til at huse alle domstolskontorer med sæde i Bari[6].

12. Ifølge bekendtgørelsen skulle tilbudsgiverne forpligte sig til at påbegynde arbejdet med opførelse af bygningerne inden den 31. december 2003. I bekendtgørelsen blev der endvidere stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle indlevere tydelige og udtømmende oplysninger om projektets omkostninger og de betalingsvilkår, som skulle gælde for kommunen og justitsministeriet, henset til at de disponible offentlige midler svarede til dels 43,5 mio. EUR, der allerede var tildelt projektet, dels 3 mio. EUR i form af den årlige leje, som Comune di Bari på daværende tidspunkt allerede betalte for leje af de bygninger, hvor domstolskontorerne havde til huse. Denne bekendtgørelse var endelig ledsaget af et dokument, hvori Corte di appello di Bari (Italien) havde fremsat en række krav.

13. Blandt de fire modtagne forslag udvalgte Comune di Bari forslaget fra Pizzarotti ved afgørelse nr. 1045/2003 af 18. december 2003. Det fremgik af denne afgørelse, at en del af bygningerne ville blive solgt til Comune di Bari for et beløb på 43 mio. EUR, og at den resterende del ville blive udlejet til en årlig leje på 3 mio. EUR.

14. Ved skrivelse af 4. februar 2004 meddelte justitsministeriet Comune di Bari, at de disponible offentlige midler var blevet reduceret til 18,5 mio. EUR, og det anmodede kommunen om at undersøge, om det, henset til de modtagne forslag, var muligt at gennemføre projektet inden for denne nye økonomiske ramme. Ved notits af 11. februar 2004 forhørte Comune di Bari sig hos Pizzarotti, om det var muligt at færdiggøre den indledte procedure. Pizzarotti svarede bekræftende på denne forespørgsel og omarbejdede sit tilbud under hensyntagen til nedsættelsen af de disponible offentlige midler.

15. Den offentlige finansiering bortfaldt fuldstændigt i september 2004. Pizzarotti fremlagde et nyt forslag for Comune di Bari, hvori virksomheden redegjorde for muligheden for at opføre bygningerne til udlejning i henhold til virksomhedens oprindelige forslag.

16. Som følge af de kommunale myndigheders passivitet anlagde Pizzarotti sag med påstand om, at myndighedernes manglende reaktion skulle erklæres ulovlig, og at Comune di Bari skulle pålægges at handle.

17. Efter en ugunstig afgørelse i første instans ved Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (den regionale forvaltningsdomstol for Puglien) gav Consiglio di Stato Pizzarotti medhold ved dom nr. 4267/2007. Consiglio di Stato, som var af den opfattelse, at proceduren ikke var afsluttet med godkendelsen af resultaterne af markedsundersøgelsen, fastslog, at Comune di Bari »under overholdelse af rimelighedsprincippet, princippet om god tro og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning bør drage konsekvenserne af sine handlinger og afslutte proceduren på en passende og plausibel måde, idet den i forbindelse med de modtagne forslag skal efterprøve, om det er muligt at udføre bygge- og anlægsarbejdet inden for de ændrede økonomiske grænser«.

6 — Denne udbudsbekendtgørelse blev bl.a. offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 23.8.2003 (EFT S 161).

18. Consiglio di Stato, der 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 Prefetto di Bari (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.

19. Den af Prefetto di Bari bemyndigede commissario ad acta udtalte sig den 21. november 2008 positivt om Pizzarottis forslag, og fastslog derefter, at proceduren vedrørende markedsundersøgelsen var afsluttet med et positivt resultat.

20. Giunta comunale di Bari afsluttede den procedure, der blev indledt med bekendtgørelsen om en markedsundersøgelse, idet den gjorde gældende, at Pizzarottis seneste forslag ikke var foreneligt med angivelserne i den pågældende bekendtgørelse.

21. Både Pizzarotti og Comune di Bari anlagde sag ved Consiglio di Stato. Pizzarotti gjorde gældende, at Comune di Bari, da der ikke var indgået en kontrakt om leje af bygningen, ikke havde opfyldt dom nr. 3817/2008 korrekt. Comune di Bari anfægtede, at det ikke var blevet fastslået, at betingelserne var blevet forværret, hvilket skulle have påvirket afviklingen af proceduren.

22. Med fuldbyrdelsesafgørelse nr. 2153/2010 af 15. april 2010 gav Consiglio di Stato Pizzarotti medhold og forkastede Comune di Baris søgsmål. Consiglio di Stato fandt, at commissario ad actas handlinger var passende om end utilstrækkelige, henset til, at proceduren ikke var blevet afsluttet »på en plausibel og passende måde« som omhandlet i dom nr. 4267/2007. Det fastsatte således en frist på 180 dage til afslutning af proceduren via vedtagelse af de foranstaltninger, der var nødvendige for den konkrete gennemførelse af Pizzarottis forslag.

23. Ved dokument af 27. maj 2010 erklærede commissario ad acta, at »bekendtgørelsen om en markedsundersøgelse af august 2003 ikke [havde] haft et positivt udfald«.

24. Pizzarotti anlagde sag til prøvelse af dette dokument, og Consiglio di Stato gav virksomheden medhold ved fuldbyrdelsesafgørelse nr. 8420/2010 af 3. december 2010. Idet Consiglio di Stato fremhævede den usammenhængende karakter af de konklusioner vedrørende bekendtgørelsen om en markedsundersøgelse, 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. Med hensyn til involveringen af en tredjemand, der agerer som køber og udlejer af den faste ejendom, som skal anvendes til domstolskomplekset i Bari, og den skriftlige forpligtelse til at udleje fastslog Consiglio di Stato, at commissario ad actas bedømmelse ikke var baseret på en indgående undersøgelse og dermed var i strid med retskendelsen, der gik ud på at fastslå, om de faktiske og retlige forudsætninger for, at forslaget i realiteten kunne iværksættes, var opfyldt. Hvad angår Pizzarottis forslags påståede manglende overensstemmelse med byplanlægningen bekræftede Consiglio di Stato nødvendigheden af, at commissario ad acta iværksatte de nødvendige procedurer for vedtagelsen af dette forslag efter at have verificeret de øvrige foreskrevne forudsætninger. Commissario ad actas foranstaltning blev følgelig annulleret med den begrundelse, at den tilsidesatte princippet om retskraft.

25. Efterfølgende iværksatte den af Prefetto di Bari udpegede nye commissario ad acta alle de foranstaltninger, der var nødvendige for vedtagelsen af sin afgørelse af 23. april 2012 om »en alternativ byplan« vedrørende Comune di Baris generelle udviklingsplan for så vidt angår de arealer, der var berørt af opførelsen af domstolskomplekset.

26. Pizzarotti anfægtede denne afgørelse ved Consiglio di Stato med den begrundelse, at den svarede til en omgåelse af princippet om retskraft.

27. Den forelæggende ret spørger for det første, om den kontrakt om leje af fremtidig fast ejendom, som påtænkes indgået i form af en skriftlig forpligtelse til at udleje, på trods af, at der foreligger elementer, som kendetegner en lejekontrakt, kan sidestilles med en offentlig bygge- og anlægskontrakt, således at den ikke henhører under det særlige undtagelsestilfælde anført i artikel 16, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18. Den spørger navnlig om rækkevidden af ordene »anden fast ejendom« i denne bestemmelse samt om betydningen af 24. betragtning til dette direktiv.

28. Såfremt den pågældende kontrakt måtte udgøre en bygge- og anlægskontrakt, spørger den forelæggende ret for det andet, om retten i den foreliggende sag 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 indgåelse af offentlige kontrakter. Den forelæggende ret har i denne forbindelse fremhævet, at den i henhold til sin egen praksis kan supplere den oprindelige konklusion i en af dens afgørelser ved en gennemførelsesafgørelse, som giver anledning til »progressiv retskraft«. Den har tilføjet, at princippet om retskraft, som fastlagt i artikel 2909 i codice civile (den italienske borgerlige lovbog), i henhold til Domstolens praksis ikke er til hinder for en korrekt anvendelse af EU-retten på en situation, som er omfattet af en sådan retskraft.

29. Consiglio di Stato har derfor 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?«

30. Parterne i hovedsagen, den italienske og den tyske regering samt Kommissionen har fremsat skriftlige bemærkninger.

31. Et retsmøde blev afholdt den 27. februar 2014, hvori deltog parterne i hovedsagen, den italienske og den tyske regering samt Kommissionen.

III – **Bedømmelse**

A – *Formaliteten*

32. Pizzarotti er af to grunde i tvivl om, hvorvidt denne anmodning om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

33. Virksomheden har for det første gjort gældende, at direktiv 2004/18, som er det eneste, der er nævnt i denne anmodning om præjudiciel afgørelse, ikke finder anvendelse ratione temporis på hovedsagen.

34. For det andet har Pizzarotti gjort gældende, at Domstolens svar ikke vil kunne have nogen indflydelse på løsningen af tvisten i hovedsagen, der er kendetegnet ved flere retsafgørelser [7], som har opnået retskraft i henhold til italiensk ret.

35. Ingen af Pizzarottis anbringender vedrørende sagens formalitet forekommer mig overbevisende.

36. Med hensyn til det første anbringende om, at den forelæggende ret alene har henvist til direktiv 2004/18, som ikke finder anvendelse på den foreliggende sag, mener jeg ikke, at den er tilstrækkelig til, at anmodningen om præjudiciel afgørelse skal afvises.

37. Som navnlig Pizzarotti og Kommissionen har fremhævet, fremgår det ganske vist af fast retspraksis [8], at den relevante dato for fastsættelse af den lovgivning, der finder anvendelse på en offentlig kontrakt, er det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger, hvilken procedure der skal følges, og endeligt afgør, hvorvidt der eksisterer en forpligtelse til at gennemføre et forudgående udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig kontrakt. Det følger heraf i den foreliggende sag, at det er afgørelsen af 14. august 2003, der er relevant [9]. På denne dato fandt kun direktiv 93/37, sammenholdt med direktiv 92/50, imidlertid anvendelse.

38. Jeg mener dog, at denne fejlagtige påvisning af den EU-lovgivning, der finder anvendelse i den foreliggende sag, er relativ og uden konsekvenser. De bestemmelser, der er relevante, nemlig artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 og artikel 1, litra a), nr. iii), i direktiv 92/50, er således medtaget med næsten samme ordlyd i direktiv 2004/18, idet sidstnævnte direktiv hovedsageligt bestod i en omarbejdning og en forenkling af den lovgivning, der hidtil havde været gældende.

39. I en sådan situation – der ikke klart indebærer nogen ændringer af den retlige problematik, der blev rejst med forelæggelsesafgørelsen, eller en undersøgelse af retlige spørgsmål, der på ingen måde er blevet drøftet i forbindelse med hovedsagen [10], mener jeg, at det helt klart er muligt at omformulere spørgsmålene, som i realiteten går ud på at opnå en fortolkning af bestemmelserne i direktiv 93/37.

40. Hvad for det andet angår anbringendet om sagens formalitet begrundet med, at der findes retskraftige retsafgørelser, som fratager Domstolens svar enhver nytteværdi i forbindelse med løsningen af tvisten i hovedsagen, kan det heller ikke tages til følge. Vurderingen af konsekvenserne af den materielle eller formelle retskraft i tilknytning til de af den forelæggende ret nævnte afgørelser er netop det centrale i den problematik, som det andet spørgsmål vedrører. Hvis det antages, at Pizzarotti med sine argumenter i realiteten ønsker at sætte spørgsmålstegn ved relevansen af de stillede spørgsmål, er det tilstrækkeligt at fremhæve, at det i princippet udelukkende tilkommer de nationale retter, for hvilke en tvist er indbragt, at afgøre, om de spørgsmål, de stiller Domstolen, er relevante. Domstolen kan kun handle anderledes, når det »klart« fremgår, at den ønskede fortolkning af

7 — Pizzarotti har henvist til to afgørelser: Den første er afgørelse truffet af Tribunale amministrativo regionale per la Puglia den 18.5.2004, som i en sag anlagt af en fravalgt tilbudsgiver fastslog, at bekendtgørelsen om en markedsundersøgelse var rent sonderende og havde til formål at finde frem til passende løsninger på opførelsen af domstolskomplekset i Bari, og derfor ikke indebar nogen forpligtelse for den kommunale forvaltning til senere at tildele en bygge- og anlægskontrakt. Den anden afgørelse er Consiglio di Statos dom nr. 4267/2007, som angiveligt forpligtede den pågældende forvaltning til at afslutte den indledte procedure ved at indgå en kontrakt med Pizzarotti om leje af fremtidig fast ejendom.

8 — Jf. navnlig dom Kommissionen mod Nederlandene (C-576/10, EU:C:2013:510, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

9 — Som Consiglio di Stato har anført, udgør »den markedsundersøgelse, som Comune di Bari har gennemført, udvælgelsen efter denne markedsundersøgelse af virksomheden Pizzarottis projekt, fremlæggelsen af det pågældende projekt for justitsministeren og justitsministeriets notits nr. 249 af 4.2.2004 […] ligeledes faser i en kompleks procedure med henblik på opførelse af et nyt domstolskompleks«.

10 — Domstolen har i denne retning i sin faste praksis fremhævet, at det påhviler Domstolen at fortolke alle de bestemmelser i EU-retten, som de nationale retter skal anvende for at træffe afgørelse i de for dem verserende tvister, også selv om disse bestemmelser ikke udtrykkeligt er omtalt i de præjudicielle spørgsmål, der forelægges Domstolen (jf. bl.a. domme Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, præmis 39, og Worten, C-342/12, EU:C:2013:355, præmis 30).

EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål [11]. Dette ser ikke ud til at være tilfældet.

41. Under disse omstændigheder mener jeg, at anmodningen om præjudiciel afgørelse bør antages til realitetsbehandling.

B – *Det første spørgsmål: eksistensen af en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til direktiv 93/37*

1. Redegørelse for problematikken

42. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret en tydeliggørelse af den juridiske kvalificering i henhold til EU-lovgivningen om offentlige kontrakter af en kontrakt, som den forelæggende ret betegner som en »kontrakt om leje af fremtidig fast ejendom, herunder i den sidst foreslåede form af en skriftlig forpligtelse til at udleje«.

43. Det skal nærmere bestemt afgøres, om det forslag, som Comune di Bari har forelagt Pizzarotti, efter at de oprindeligt planlagte offentlige midler bortfaldt (jf. punkt 14 og 15 i dette forslag til afgørelse), skal betragtes som indgåelse af en lejeaftale, der ikke er omfattet af EU-lovgivningen om offentlige kontrakter, eller om den tværtimod forpligter Comune di Bari til at indgå en offentlig bygge- og anlægskontrakt og dermed kræver gennemførelse af en ny procedure.

44. Der er i det væsentlige tale om to forskellige holdninger.

45. Pizzarotti og den italienske regering, der i flere henseender støttes af den tyske regering, har gjort gældende, at den påtænkte kontrakt i hovedsagen ikke opfylder de i den gældende lovgivning opstillede og af Domstolen præciserede kriterier for, at den kan betegnes som en bygge- og anlægskontrakt. Den pågældende kontrakt er omfattet af undtagelsen i artikel 1, litra a), nr. iii), i direktiv 92/50 og i artikel 16, litra a), i direktiv 2004/18.

46. De har for det første gjort gældende, at hovedsagen ikke vedrører opførelse af en bygning, men leje af en bygning. Det fremgår navnlig af bestemmelserne i bekendtgørelsen og af Comune di Baris afgørelse af 18. december 2003 samt af kontraktens bestemte særtræk, der er typiske for en lejekontrakt i henhold til artikel 1571 i codice civile, og som adskiller sig klart fra de særtræk, der var tale om i den sag, der gav anledning til KölnMesse-dommen.

47. De har for det andet gjort gældende, at Comune di Bari i hovedsagen ikke er forpligtet til at betale en økonomisk modydelse for at opnå bygge- og anlægsarbejder, der svarer til dens direkte økonomiske interesse, hvilket fratager kontrakten dens karakter af en gensidigt bebyrdende kontrakt.

48. Pizzarotti og den italienske regering har for det tredje hævdet, at Comuni di Bari ikke har beføjelser til via en domstolsafgørelse at tvinge Pizzarotti til at udføre arbejderne.

49. De har for det fjerde gjort gældende, at Comune di Bari ikke har vedhæftet det af commissione di manutenzione della Corte d'appello di Bari udarbejdede dokument hverken tekniske specifikationer i henhold til punkt 1 i bilag III til direktiv 93/37 eller punkt 1, litra a), i bilag VI til direktiv 2004/18, eller udbudsbetingelserne i henhold til artikel 10 i direktiv 93/37 eller artikel 23 i direktiv 2004/18, hvilket bekræfter, at den ikke havde til hensigt at indgå en offentlig bygge- og anlægskontrakt, men at få udarbejdet en ikke-bindende markedsundersøgelse, som skulle samle de private initiativer, som den

11 — Jf. i denne retning dom Fish Legal og Shirley (C-279/12, EU:C:2013:853, præmis 30).

agtede at vurdere helt uafhængigt og uden nogen forpligtelse til at træffe afgørelse. Pizzarotti og den italienske regering har tilføjet, at den i hovedsagen påtænkte kontrakt under alle omstændigheder er kendetegnet ved fraværet af præcise tekniske specifikationer om den type arbejder, der skal udføres, hvilke forelå i KölnMesse-sagen.

50. Comune di Bari og Kommissionen mener, at den i hovedsagen påtænkte kontrakt er en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til artikel 1, litra a), i direktiv 93/37, som skulle være tildelt under overholdelse af de procedure- og gennemsigtighedsregler, der er fastsat i det pågældende direktiv.

51. Det må konstateres, at den af parterne i hovedsagen og de forskellige intervenienter i den foreliggende retsforhandling fremførte argumentation i det væsentlige vedrører spørgsmålet om, hvorvidt de betingelser, som Domstolen har fremhævet og præciseret, navnlig i KölnMesse-dommen, for at der kan være tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til EU-lovgivningen, er opfyldt i hovedsagen.

52. KölnMesse-sagen vedrørte imidlertid en problematik omkring den juridiske kvalificering af en transaktion, der var forskellig fra den, der er rejst i det første spørgsmål i den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse. I nævnte sag blev Domstolen anmodet om at afgøre, om aspektet »leje« i en kontrakt indgået mellem byen Köln og Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR var vigtigere end målet om udførelse af bygge- og anlægsarbejde. Der var slet ikke tale om den i artikel 1, litra a), nr. iii), i direktiv 92/50 og i artikel 16, litra a), i direktiv 2004/18 omhandlede undtagelse.

53. Spørgsmålet i hovedsagen er først og fremmest, som det fremgår af den forelæggende rets formulering, om transaktioner vedrørende fremtidig fast ejendom kan være undtaget fra anvendelsesområdet for de regler om offentlige kontrakter, som er fastsat i disse bestemmelser. Det tyder på, at den forelæggende ret deler det synspunkt, at den påtænkte kontrakt vedrørte en offentlig tjenesteydelsesaftale, som, henset til sine særtræk, kan være undtaget fra anvendelsesområdet for reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter.

54. Jeg vil således i første omgang redegøre for, hvorfor der efter min mening er grund til at mene, at den pågældende undtagelse under alle omstændigheder ikke kan omfatte bygge og anlægsarbejder, hvis opførelse ikke er påbegyndt.

55. Da det vil kunne besluttes, at det ud over det af den forelæggende ret forelagte spørgsmål også er hensigtsmæssigt at udtale sig om, hvorvidt under omstændighederne i den foreliggende sag betingelserne for at fastslå, at der snarere er tale om »en offentlig bygge- og anlægskontrakt« end om en offentlig tjenesteydelsesaftale, er opfyldt, vil jeg imidlertid anføre, hvordan udkastet til den omtvistede kontrakt i hovedsagen efter min mening og i forlængelse af den lære, der kan drages af dom KölnMesse, skal behandles.

2. Bestemmelserne i artikel 1, litra a), nr. iii), i direktiv 92/50 vedrører nødvendigvis transaktioner vedrørende en eksisterende fast ejendom

56. Jeg finder det hensigtsmæssigt at fremhæve et nøgleparameter, som der skal tages hensyn til, når det skal afgøres, om en transaktion henhører under anvendelsesområdet for direktiverne om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter: Hovedformålet med EU-lovgivningen om offentlige kontrakter er at ophæve begrænsningerne for de grundlæggende frihedsrettigheder og at fremme en effektiv konkurrence [12].

12 — Jf. anden og tiende betragtning til direktiv 93/37 og anden betragtning til direktiv 2004/18.

57. Dette mål bringes i fare, såfremt en ordregivende myndighed uden først at have gennemført de i EU-lovgivningen omhandlede fremgangsmåder for indgåelse af kontrakter pålægger en virksomhed at udføre bygge- og anlægsarbejde, uanset hvorfor og i hvilken forbindelse bygge- og anlægsarbejdet skal udføres, og hvorledes det skal anvendes [13].

58. En effektiv forfølgelse af dette mål indebærer nødvendigvis, at der skal anlægges en bred kvalificering af en bestemt transaktion som en bygge- og anlægskontrakt, og at undtagelsestilfældene parallelt hermed skal fortolkes restriktivt.

59. Dette gør sig navnlig gældende, når der er tale om de særlige undtagelser for visse offentlige tjenesteydelsesaftaler som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 92/50 (som i det væsentlige genfindes i artikel 16 i direktiv 2004/18) [14]. Som nævnt i 24. betragtning til direktiv 2004/18, er det visse kontrakters »særlige karakter«, der gør det uhensigtsmæssigt at lade udbudsreglerne finde anvendelse på dem.

60. Udelukkelsen af aftaler om erhvervelse eller leje af fast ejendom [15] i bred forstand kan efter min mening kun omhandle eksisterende ejendomme. Den udbudsprocedure, der følger af anvendelsen af reglerne om offentlige kontrakter, giver således ingen mening, når den vedrører leje eller salg af en eksisterende fast ejendom, der, fordi den er en enhed, er uegnet til en sammenholdelse med andre ejendomme. Det fremgår i øvrigt af visse forarbejder, at udelukkelsen af kontrakter om leje eller erhvervelse af fast ejendom oprindeligt forklaredes ved disse kontrakters lokale og ikke-grænseoverskridende karakter [16]. Da de omhandlede aktiviteter indebærer opførelse af fremtidig fast ejendom og dermed udførelse af bygge- og anlægsarbejder, er den udbudsprocedure og den gennemsigtighed, der kræves i disse regler, på ingen måde uegnede, og de pågældende regler bør finde anvendelse. Henvisningen i de pågældende bestemmelser til »anden fast ejendom« skal efter min mening forstås således, at den vedrører anden fast ejendom end jord og bygninger og ikke fast ejendom, der endnu ikke er opført.

61. Det følger heraf, at undtagelsen vedrørende erhvervelse eller leje af »jord, eksisterende bygninger eller anden fast ejendom« ikke under nogen omstændigheder kan vedrøre fast ejendom, hvis opførelse end ikke er påbegyndt, som det synes at være tilfældet i hovedsagen, uden at det er nødvendigt at udtale sig om, præcist hvornår en fast ejendom bliver eksisterende. Såfremt en offentlig forvaltning med henblik på indførelsen af visse tjenester vælger at erhverve eller leje en bygning, der skal opføres, skal transaktionen underlægges de i den relevante lovgivning fastlagte udbudsprocedurer.

3. Betingelserne for, at der er tale om bygge- og anlægsarbejder, er under alle omstændigheder opfyldt i en situation som den, der er tale om i hovedsagen.

62. Som Domstolen gentagne gange har fastslået, falder kvalificeringen af en offentlig bygge- og anlægskontrakt inden for EU-rettens område, og den skal være uafhængig af kvalificeringen i henhold til national ret [17]. De kontraherende parters eventuelle retlige kvalificeringer af en kontrakt er heller ikke afgørende, når det skal fastslås, om en aftale eller en transaktion henhører under anvendelsesområdet for et direktiv om offentlige kontrakter [18].

13 — Jf. i denne retning generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2006:410, præmis 43).

14 — Jf. ligeledes artikel 10, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18 (EUT L 94, s. 65).

15 — Artikel 1, litra a), nr. iii), i direktiv 92/50 og artikel 16, litra a), i direktiv 2004/18.

16 — Jf. navnlig begrundelsen i forslag til Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter (KOM(90) 372 endelig udg. – SYN 293)), fremsat den 6.12.1990.

17 — Jf. dom Auroux m.fl. (C-220/11, EU:C:2007:31, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

18 — Dom KölnMesse, præmis 54.

63. Hvad angår hovedsagen er den formelle kvalificering af den pågældende kontrakt som en »lejekontrakt« således ikke afgørende. Den omstændighed, at den påtænkte kontrakt, som Pizzarotti og den italienske regering hævder, har visse af de særtræk, som kendetegner en lejekontrakt i forbindelse med et kontorkompleks i henhold til artikel 1571 i codice civile, er på ingen måde relevant.

64. I denne forbindelse er en præcisering påkrævet. Der er ikke tale om at sætte spørgsmålstegn ved den frihed, de nationale offentlige myndigheder har til at vælge den aftalemetode, de finder hensigtsmæssig i forbindelse med udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, eller ved lovligheden af at anvende visse kontraktformer, men om at undgå de risici for omgåelse af reglerne om offentlige kontrakter, som anvendelsen af visse kontraktbestemmelser ville kunne medføre. Med andre ord foregriber EU-lovgivningen om offentlige kontrakter ikke lovligheden af at anvende en lejekontrakt i forbindelse med opførelse af en bygning, når de i denne lovgivning fastsatte regler for offentliggørelse og udbud er overholdt forud for kontraktens indgåelse.

65. Endvidere skal direktivets anvendelsesområde fastsættes alene med henvisning til de objektive betingelser, der udtrykkeligt er fastsat i de direktiver, der er vedtaget på området.

66. Indledningsvis betyder det, at de reelle eller formodede mål, som de offentlige myndigheder forfølger, er irrelevante, når det skal bestemmes, om en kontrakt skal kvalificeres som en bygge- og anlægskontrakt. Der skal således ikke tages hensyn til den omstændighed, hvis den viser sig at være reel, at Comune de Bari fra begyndelsen kun har haft til hensigt at udstyre domstolene med et enkelt domstolskompleks i Bari, uden at det nødvendigvis indebærer udførelse af bygge- og anlægsarbejder.

67. Domstolen har således fremhævet, at definitionen af begrebet »offentlig bygge- og anlægskontrakt« i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 omfatter alle transaktioner, hvor en gensidig bebyrdende kontrakt bliver indgået mellem en ordregivende myndighed og en entreprenør, og som har til formål, at entreprenøren udfører et bygge- og anlægsarbejde i henhold til dette direktivs artikel 1, litra c). Det afgørende kriterium er i den forbindelse, at dette bygge- og anlægsarbejde bliver udført i overensstemmelse med de af den ordregivende myndighed fastlagte behov, mens de midler, der anvendes med henblik på udførelsen, er uden betydning [19]. For at det kan antages, at en ordregivende myndighed har præciseret sine behov i denne bestemmelses forstand, skal sidstnævnte have truffet foranstaltninger med henblik på at definere karakteren af bygge- og anlægsarbejdet eller i det mindste have haft afgørende indflydelse på arbejdets projektering [20].

68. Endelig fremgår det af fast retspraksis, at når en kontrakt både indeholder dele, der angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, og dele, der angår andre kontrakter, er det kontraktens hovedformål, der afgør, hvilke EU-bestemmelser der finder anvendelse [21].

69. I den foreliggende sag foranlediger sagsakterne mig til at mene, at den transaktion, der er tale om i hovedsagen, har alle kendetegnene ved en bygge- og anlægskontrakt, idet dens hovedformål i sidste ende er udførelse af bygge- og anlægsarbejde mod vederlag i overensstemmelse med den ordregivende myndigheds behov.

70. For det første fremgår det af disse sagsakter, at målet med hele den procedure, der her er tale om, og som blev indledt med offentliggørelsen af en udbudsbekendtgørelse den 14. august 2003, bestod i opførelse i overensstemmelse med de kompetente offentlige myndigheders ønsker af nye lokaler, som samlet skulle huse alle domstolskontorer med sæde i byen Bari.

19 — Dom KölnMesse, præmis 55.

20 — Dom Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, præmis 67).

21 — Jf. bl.a. dom KölnMesse, præmis 57.

71. Dette fremgår først og fremmest af udbudsbekendtgørelsen om en markedsundersøgelse (»Ricerca di mercato«) af 14. august 2003, hvor det navnlig anføres, at »den bydende ved fremsættelsen af sit bud forpligter sig til at påbegynde bygge- og anlægsarbejdet inden den 31. december i indeværende år«.

72. Det fremgår dernæst af ledsagedokumentet til denne udbudsbekendtgørelse om en markedsundersøgelse udarbejdet af Corte d'appello di Bari og godkendt af commissione di manutenzione [dokument med titlen »Quadro esigenziale« (oversigt over krav)], hvis relevans i tilknytning til behandlingen af den påtænkte kontrakt, der ikke stilles spørgsmålstegn ved [22], at de kompetente offentlige myndigheder har specificeret en række strukturelle, funktionelle og organisatoriske krav, som det fælles domstolskompleks i henhold til de gældende bestemmelser skal opfylde og en række statistiske oplysninger om judiciel virksomhed i Bari. Disse krav, der fylder mange sider, overstiger efter min mening langt de krav, som en lejer sædvanligvis stiller til en nybygget ejendom af en vis størrelse [23].

73. Endelig henvises der i kommunalrådets afgørelse nr. 1045/2003 af 18. december 2003 om udvælgelse af det af Pizzarotti indgivne bud udtrykkeligt til »opførelse af et fælles kontorkompleks« for domstolene.

74. Mere overordnet mener jeg, at det umiddelbare formål og dermed hovedformålet med en kontrakt om udførelse af bygge- og anlægsarbejder, som endnu ikke er påbegyndt, i henhold til direktiv 93/37 og direktiv 2004/18 i princippet og i forlængelse af den lære, der kan drages af KölnMesse-dommen, ikke kan kvalificeres som leje af en ejendom, uanset den kontraktbestemmelse, der er valgt i henhold til national ret. Hovedformålet med denne kontrakt kan således kun rent logisk være opførelse af disse bygninger, som senere skulle stilles til rådighed for den ordregivende myndighed ved en kontrakt betegnet »lejekontrakt« [24].

75. For at vende tilbage til hovedsagen er det indlysende, at Pizzarotti på ingen måde kunne opfylde kravet i udkastet til en skriftlig forpligtelse til at udleje om at stille den specifikke bygning til rådighed i det pågældende område uden først at opføre det.

76. De mange tekniske specifikationer i referencedokumenterne viser, at 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. Dette og den omfattende tvist, der er resultatet af den manglende indgåelse af den planlagte kontrakt i hovedsagen understreger efter min opfattelse klart, at Pizzarotti ikke ville have udført det pågældende bygge- og anlægsarbejde, medmindre Comune di Bari havde fastsat specifikke krav, og medmindre Comune di Bari havde accepteret det forslag til udførelse, der blev fremsat som svar på udbudsbekendtgørelsen om en markedsundersøgelse.

77. For det andet mener jeg, at det er temmelig indlysende, at den i hovedsagen omhandlede kontrakt, selv om den på dette punkt adskiller sig fra KölnMesse-sagen [25], er gensidigt bebyrdende.

78. Det fremgår ganske vist, at den betaling i form af en årlig leje, som Comune di Bari skulle betale i de 18 år, den pågældende kontrakt løb, langt fra dækker udgifterne til udførelse af bygge- og anlægsarbejderne.

22 — I tiende betragtning til og artikel 7 i udkastet til en skriftlig forpligtelse til at udleje af maj 2012 henvises der til denne oversigt over krav.

23 — Dom KölnMesse, præmis 58.

24 — Ibidem, præmis 56.

25 — I denne sag nævnte den tyske regering den omstændighed, at det samlede beløb, som Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8 11 GbR skulle betale i leje, og som i sidste ende beløb sig til omkring 600 mio. EUR, var langt højere end udgifterne til udførelse af bygge- og anlægsarbejderne, der beløb sig til omkring 235 mio. EUR.

79. Denne konstatering kan dog på ingen måde afkræfte, at den pågældende kontrakt er gensidigt bebyrdende.

80. Det beløb, der skal betales som modydelse for bygge- og anlægsydelserne, kan således ikke tillægges nogen afgørende vægt, når der skal sondres mellem en offentlig tjenesteydelseskontrakt og en offentlig bygge- og anlægskontrakt [26], i modsætning til hvad Pizzarotti og den italienske og den tyske regering synes at antyde [27]. Domstolen har således fastslået, at det afgørende med henblik på kvalificeringen af en kontrakt er hovedformålet med denne og ikke entreprenørens vederlag eller bestemmelserne vedrørende dette [28]. Den omstændighed, at betalingen af den årlige leje i en periode på 18 år, der er fastsat i den påtænkte kontrakt, ikke fuldt ud dækker omkostningerne til udførelse af bygge- og anlægsarbejdet, kan under ingen omstændigheder ændre det faktum, at der er tale om en gensidigt bebyrdende aftale, og dermed føre til, at det udelukkes, at der er tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt. At den økonomiske aktør i denne forbindelse rent faktisk opnår et overskud, kan ikke udgøre en nødvendig betingelse for, at en kontrakt kan kvalificeres som en offentlig bygge- og anlægskontrakt [29].

81. Betingelsen i tilknytning til kravet om, at »den ordregivende myndighed skal have en direkte økonomisk interesse«, indebærer ikke nødvendigvis, at denne bliver ejer af bygge- og anlægsarbejdet, idet denne kan opfyldes gennem udlejning, hvor den pågældende offentlige myndighed får rådighed over det arbejde, der er genstand for bygge- og anlægskontrakten [30].

82. Henset til det ovenstående foreslår jeg, at det første spørgsmål besvares således, at en lejekontrakt vedrørende en fremtidig fast ejendom, som fremviser de i hovedsagen omhandlede karakteristika, skal kvalificeres som en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til artikel 1, litra a), i direktiv 93/37.

C – *Det andet spørgsmål: kravene som følge af princippet om loyalt samarbejde og overholdelse af princippet om retskraft, når der er tale om en situation, der formodes at være i strid med EU-retten*

83. Med det andet spørgsmål spørger den forelæggende ret, om den kan betragte en eventuel dom i den foreliggende sag som værende uden retskraft, for så vidt som den har tilladt, at der skabes en retlig situation, som er i strid med EU-bestemmelserne om indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, og om det således er muligt at fuldbyrde en dom, som er i strid med disse bestemmelser.

84. Indledningsvis bemærkes, at jeg er meget forundret over, hvad den forelæggende ret forstår ved »retskraft«, nemlig såvel thema decidendum som ratio decidendi, der er yderst problematisk i forbindelse med overholdelse af EU-retten.

26 — Dette til forskel fra sondringen mellem en offentlig tjenesteydelseskontrakt og en offentlig vareindkøbskontrakt [jf. navnlig artikel 2 i direktiv 92/50 og artikel 1, stk. 2, litra d), andet afsnit, i direktiv 2004/18].

27 — De henviser navnlig til generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse Kommissionen mod Tyskland (C-536/07, EU:C:2009:340), hvori det foreslås, at der ligeledes foretages en »sammenligning af de pågældende […]priser« (forslag til afgørelse Kommissionen mod Tyskland, EU:C:2009:340, præmis 105).

28 — Jf. dom KölnMesse, præmis 61.

29 — Dom Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:817).

30 — Jf. i denne retning dom Helmut Müller (EU:C:2010:168, præmis 50 og 51).

85. Jeg er helt klar over, at det i sidste ende alene tilkommer den nationale ret at afgøre, hvilken eller hvilke retsafgørelser der udgør en hindring for den fuldstændige anvendelse af EU-retten, men behovet for at give den forelæggende ret et så fyldestgørende svar som muligt foranlediger mig til at fremsætte følgende bemærkninger:

86. I den foreliggende sag er den eneste »retskraftige afgørelse«, som den forelæggende ret henviser til[31], dens dom nr. 4267/2007, nærmere bestemt den afgørelse, der er indeholdt i denne dom, hvorefter Comune di Bari »under overholdelse af rimelighedsprincippet, princippet om god tro og princippet om den berettigede forventning bør drage konsekvenserne af sine handlinger og afslutte proceduren på en plausibel og passende måde, idet den i forbindelse med de modtagne forslag skal efterprøve, om det er muligt at udføre bygge- og anlægsarbejdet inden for de ændrede økonomiske rammer«.

87. Hvis denne afgørelse, sådan som Consiglio di Stato anfører, »kan gøres til genstand for mange og forskellige gennemførelsesmuligheder«, er det a priori vanskeligt at forstå, hvorfor fuldbyrdelsen af denne dom nødvendigvis skulle være i strid med EU-retten, og nærmere bestemt anvendelsen af den relevante lovgivning om offentlige bygge- og anlægskontrakter.

88. Som Comune di Bari har nævnt, ser det ud til, at den eneste (endelige) retsvirkning af Consiglio di Statos afgørelse i dom nr. 4267/2007 vedrører den forpligtelse, der pålægges Comune di Bari (og commissario ad acta) til at afslutte den procedure, der blev indledt med bekendtgørelsen om en markedsundersøgelse. Intet gør det a priori muligt at udelukke, at afslutningen af denne procedure i henhold til denne dom kan ske i form af en lancering af en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med EU-reglerne om offentlige bygge- og anlægskontrakter.

89. Det ser imidlertid ud til, at den forelæggende ret i det mindste delvist[32] har overtaget Pizzarottis fortolkning, hvorefter denne dom og de retsafgørelser, der er truffet efterfølgende, skulle fortolkes således, at de krævede, at den påtænkte »lejekontrakt« blev indgået med Pizzarotti, hvilket ville medføre en situation, der var i strid med EU-retten. Det ser desuden ud til, at de af commissario ad acta trufne fuldbyrdelsesafgørelser er tillagt en vis retskraft (jf. afgørelse nr. 8420/2010). Sådan som jeg forstår bestemmelserne i den italienske retsplejelov, påkender retten alle spørgsmål i tilknytning til en korrekt efterlevelse, herunder spørgsmål, der følger af commissario ad actas foranstaltninger, da denne fungerer som en justitsfuldmægtig.

90. Hvis det desuden, som det ser ud til at fremgå af bestemmelserne i retsplejeloven[33], sådan som de fortolkes af den forelæggende ret, viser sig, at denne har beføjelser til at supplere konklusionen i dom nr. 4267/2007, således at denne får »progressiv retskraft«, finder jeg det vanskeligt at konkludere, at der sættes spørgsmålstegn ved princippet om, at der ikke må ændres i en vedtaget retsakt. Når det retslige organ har beføjelser til at præcisere eller genoptage en tidligere truffet afgørelse, skal denne mulighed anerkendes på samme vilkår for at sikre en fuldstændig anvendelse af EU-retten.

91. I en sådan situation drejer det sig i sidste ende om for den nationale ret, når den skal gennemføre retsafgørelser, der kan fortolkes på flere måder, at prioritere den løsning, der sikrer, at forvaltningen handler i overensstemmelse med EU-retten.

31 — Også selv om parterne synes at have krævet efterlevelse af dom nr. 8420/2010.

32 — Jf. i denne henseende redegørelsen for de afgørelser, som Consiglio di Stato har truffet som reaktion på især commissario ad actas handlinger af 27.5.2010 (punkt 23-25 i dette forslag til afgørelse).

33 — Lovdekret nr. 104 af 2.7.2010 (GURI nr. 156 af 7.7.2010).

92. Hvis den forelæggende ret derimod foranlediges til at fastslå, at en korrekt anvendelse af EU-retten om offentlige bygge- og anlægskontrakter nødvendigvis hindres af retskraften af dens dom nr. 4267/2007 eller af efterfølgende afgørelser [34], hvilket kun den kan afgøre, er fremgangsmåderne for gennemførelse af princippet om retskraft omfattet af medlemsstaternes procesautonomi, når blot ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet overholdes.

93. Domstolen har i denne forbindelse gentagne gange fremhævet betydningen af princippet om retskraft både i EU's 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 [35]. Følgelig er en national ret ikke efter EU-retten forpligtet til at undlade at anvende nationale processuelle regler, hvorved en afgørelse tillægges retskraft, uanset at dette ville gøre det muligt at afhjælpe en tilsidesættelse af EU-retten ved den omhandlede afgørelse [36].

94. 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. Disse må imidlertid ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende krav på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og de må ikke være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve rettigheder, som hjemles i EU's retsorden (effektivitetsprincippet) [37].

95. Den tilsyneladende fordrejning af princippet om retskraft, som Lucchini-dommen [38] medfører, har Domstolen selv begrænset til det meget specifikke område statsstøtte.

96. Domstolen har således i denne dom præciseret, at eftersom vurderingen af, om støtteforanstaltninger eller en støtteordning er forenelig med fællesmarkedet, henhører under Kommissionens enekompetence, under forbehold af EU's retsinstansers prøvelsesret, er fællesskabsretten til hinder for anvendelse af en bestemmelse i national ret, der har til formål at fastslå princippet om retskraft, såsom artikel 2909 i den italienske codice civile, såfremt dens anvendelse er til hinder for tilbagesøgning af en statsstøtte, der er tildelt i strid med fællesskabsretten, og hvis uforenelighed med fællesmarkedet er blevet fastslået ved en kommissionsbeslutning, der er blevet endelig [39].

97. De bestemte særtræk ved Lucchini-sagen blev ligeledes fremhævet i den sag, der gav anledning til Fallimento Olimpiclub-dommen [40], hvormed Domstolen præciserede, at denne sag vedrørte en helt særlig situation, som omhandlede de principper, der gælder for kompetencefordelingen mellem medlemsstaterne og Det Europæiske Fællesskab på statsstøtteområdet, idet Kommissionen er enekompetent til at træffe afgørelse om, hvorvidt en national støtteforanstaltning er forenelig med fællesmarkedet.

34 — Consiglio di Stato lader rent faktisk forstå, at det er dets gennemførelsesafgørelser (af 15.4.2010 og 3.12.2010) om commissario ad actas aktiviteter, som har ført til en situation, der potentielt er i strid med EU-retten, da det med disse afgørelser krævede vedtagelse af de retsakter, som var nødvendige for indgåelse af lejekontrakten om fremtidig fast ejendom, som virksomheden havde forelagt forvaltningen som et sidste forslag efter de betydelige ændringer af de økonomiske rammer i 2004.

35 — Jf. bl.a. domme Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 38), Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178, præmis 20) og Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506, præmis 22).

36 — Domme Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 48), Kapferer (EU:C:2006:178, præmis 21) og Fallimento Olimpiclub (EU:C:2009:506, præmis 23).

37 — Domme Kapferer (EU:C:2006:178, præmis 22) og Fallimento Olimpiclub (EU:C:2009:506, præmis 24).

38 — C-119/05, EU:C:2007:434.

39 — Ibidem, præmis 62 og 63.

40 — Dom Fallimento Olimpiclub (EU:C:2009:506, præmis 25).

98. Hvad angår analogien mellem de administrative organers forpligtelser, som de præciseres i navnlig dom Kühne & Heitz[41], i henhold til deres pligt til loyalt samarbejde, og de forpligtelser, der i henhold til samme pligt påhviler de nationale retter, forekommer den mig langt fra overbevisende.

99. Respekt for såvel en administrativ afgørelses endelige karakter som for den retskraft, der tillægges en retsafgørelse, er ganske vist baseret på nødvendigheden af, henset til retssikkerhedsprincippet, at bevare stabile retlige relationer. Hovedsagen vedrører ligeledes den særlige situation, hvor Consiglio di Stato ifølge dets egne oplysninger kan supplere konklusionen i en af disse afgørelser, der er blevet endelige, og eventuelt genoptage de afgørelser, der er truffet til fuldbyrdelse af »commissario ad actas« beslutninger.

100. Hvis det imidlertid antages, at denne mulighed må anses for at udgøre en nuancering af princippet om, at der ikke må ændres i en vedtaget retsakt, hvilket ikke er klart påvist (jf. punkt 90 i dette forslag til afgørelse), findes der dog en vigtig forskel mellem muligheden for at revurdere en administrativ afgørelse, der er blevet endelig, og muligheden for at genoptage en retsafgørelse, der er blevet endelig. Den forpligtelse for det administrative organ til under visse betingelser at genoptage en administrativ afgørelse, der er blevet endelig, som fastslås med dom Kühne & Heitz (EU:C:2004:17), er baseret på den forudsætning, at en sådan revurdering ikke kan være til skade for tredjemand. Jeg mener ikke, at denne betingelse er opfyldt, når der er tale om en revurdering af retsafgørelser, der har opnået retskraft. Jeg mener endvidere, at denne dom i sidste ende kan ses som en anvendelse af effektivitetsprincippet og ækvivalensprincippet, henset til den i national ret anerkendte mulighed for på visse betingelser at genoptage administrative afgørelser, der er blevet endelige.

101. Det følger heraf, at det, når en retsafgørelse eventuelt som følge af virkningerne af senere trufne fuldbyrdelsesafgørelser har skabt en situation, der er uforenelig med EU-retten, i princippet ikke tilkommer den nationale ret at genoptage denne.

102. Der findes endvidere en mulighed for at afhjælpe en situation, hvor der er sket en overtrædelse af EU-retten. I tilfælde, hvor en retskraftig afgørelse umuliggør en anvendelse af EU-retten, er der mulighed for at anlægge et erstatningssøgsmål for tab, der er forvoldt borgerne[42].

103. Jeg foreslår derfor, at det andet spørgsmål besvares således, at det alene tilkommer den nationale ret at fastlægge de nøjagtige krav til en retsafgørelse, der har opnået retskraft. Fremgangsmåderne for gennemførelse af en retskraftig retsafgørelse henhører under medlemsstaternes interne retsorden, når blot ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet overholdes. Hvis den nationale ret i henhold til de nationale regler har beføjelser til at supplere eller erstatte bestemmelserne i en retskraftig afgørelse, påhviler det denne at udøve disse beføjelser med henblik på at sikre en korrekt gennemførelse af EU-retten.

IV – **Forslag til afgørelse**

104. Henset til det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer Consiglio di Statos præjudicielle spørgsmål således:

»1) En lejekontrakt vedrørende en fremtidig fast ejendom, som fremviser de i hovedsagen omhandlede karakteristika, skal kvalificeres som en bygge- og anlægskontrakt i henhold til artikel 1, litra a), i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.

41 — Dom Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, præmis 28). Jf. ligeledes domme i-21 Germany og Arcor (C-392/04 og C-422/04, EU:C:2006:586, præmis 51-55) og Kempter (C-2/06, EU:C:2008:78).

42 — Jf. i denne retning dom Köbler (EU:C:2003:513, præmis 51 ff.).

2) Det tilkommer alene den nationale ret at fastsætte de nøjagtige krav til en retsafgørelse, der har opnået retskraft. Fremgangsmåderne for gennemførelse af en retskraftig retsafgørelse henhører under medlemsstaternes interne retsorden, når blot ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet overholdes. Hvis den nationale ret i henhold til nationale regler har beføjelser til at supplere eller endog erstatte bestemmelserne i en retskraftig afgørelse, påhviler det den at udøve disse beføjelser med henblik på at sikre en korrekt gennemførelse af EU-retten.«