Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. NILS WAHL
présentées le 15 mai 2014 [1]

Affaire C-213/13

Impresa Pizzarotti & C. SpA
contre
Comune di Bari

[demande de décision préjudicielle formée par le Consiglio di Stato (Italie)]

«Marchés publics — Directives 93/37/CEE et 2004/18/CE — Notion de 'marché public de travaux' — Contrat à conclure portant sur la location d'un ouvrage non encore construit — Portée du principe de l'autorité de la chose jugée dans l'hypothèse d'une situation incompatible avec le droit de l'Union»

1. Le projet de création de la nouvelle cité judiciaire de Bari (Italie), destinée à la rationalisation de l'utilisation des ressources mises à la disposition des juridictions relevant de son arrondissement par la création d'un siège unique, a, de manière pour le moins paradoxale, été le théâtre d'un contentieux abondant. En témoignent les antécédents de la présente demande de décision préjudicielle qui s'insère dans le cadre d'un litige opposant spécifiquement Impresa Pizzarotti & C. SpA (ci-après «Pizzarotti») aux autorités italiennes localement compétentes, à la suite de l'avis d'étude de marché ayant pour objet la réalisation de cette nouvelle cité judiciaire. Cette demande est concomitante à une plainte adressée à la Commission européenne par le Comune di Bari, plainte qui a donné lieu à l'ouverture d'une procédure d'infraction à l'encontre de la République italienne sur le fondement de l'article 258 TFUE.

2. En l'occurrence, la Cour est invitée à préciser, dans le prolongement des enseignements de l'affaire dite «KölnMesse» [2], si le contrat de location d'un ouvrage en état futur d'achèvement, tel que celui visé dans l'affaire au principal, tombe ou non sous le coup des règles régissant l'attribution des marchés publics de travaux. Le cas échéant, et pour l'hypothèse où il devrait être conclu qu'une telle qualification se heurte à des décisions judiciaires passées en force de chose jugée, la Cour est amenée à se prononcer sur la portée de la règle d'intangibilité de la chose jugée en présence d'une situation considérée comme étant incompatible avec le droit de l'Union.

I – **Le cadre juridique**

3. Aux termes du dixième considérant de la directive 92/50/CEE [3], «les marchés relatifs à l'acquisition ou à la location de biens immeubles ou à des droits sur ces biens présentent des caractéristiques particulières qui rendent inadéquate l'application des règles de passation des marchés».

1 — Langue originale: le français.

2 — Arrêt Commission/Allemagne (C-536/07, EU:C:2009:664, ci-après l'«arrêt KölnMesse»).

3 — Directive du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1).

4. L'article 1er, sous a), de la directive 92/50 définit les «marchés publics de services», aux fins de cette directive, comme «des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur, à l'exclusion […] iii) des marchés qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens […]».

5. L'article 1er, sous a), de la directive 93/37/CEE [4] définit les «marchés publics de travaux», aux fins de cette directive, comme «des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur».

6. Parmi les activités professionnelle visées à l'annexe II de la directive 93/37, figurent, sous la classe 50, le «Bâtiment et génie civil». Cette classe comprend, notamment, la «Construction de bâtiments et travaux de génie civil, sans spécialisation» (sous-groupe 500.1), ainsi que la «Construction d'immeubles (d'habitation et autres)» (groupe 501).

7. Le considérant 24 de la directive 2004/18/CE [5] énonce:

«Dans le cadre des services, les marchés relatifs à l'acquisition ou à la location de biens immeubles ou à des droits sur ces biens présentent des caractéristiques particulières qui rendent inadéquate l'application de règles de passation des marchés publics.»

8. Aux termes de l'article 1er, paragraphe 2, de cette directive:

«a) Les 'marchés publics' sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive.

b) Les 'marchés publics de travaux' sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. [...]

[...]»

9. Aux termes de l'article 16 de ladite directive, intitulé «Exclusions spécifiques»:

«La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services:

a) ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens; […]

[...]»

4 — Directive du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54).

5 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114).

II – **Les faits à l'origine du litige au principal, les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour**

10. Les antécédents du litige au principal, tels qu'ils ressortent en particulier de la décision de renvoi, sont caractérisés par une relative complexité. Pour les besoins de l'analyse, il convient de mentionner ce qui suit.

11. L'affaire au principal trouve son origine dans la publication, le 14 août 2003, par le Comune di Bari d'un avis public d'étude de marché en vue de doter, dans les plus brefs délais, l'administration judiciaire d'un nouveau siège unique, idoine et approprié à l'accueil de l'ensemble des juridictions sises à Bari[6].

12. L'avis exigeait que les soumissionnaires s'engagent à commencer les travaux de construction des ouvrages avant le 31 décembre 2003. Il requérait, en outre, des indications claires et exhaustives sur les coûts et les modalités de paiement à la charge de l'administration communale et du ministère de la Justice, compte tenu du fait que les ressources publiques disponibles s'élevaient à 43,5 millions d'euros, déjà affectés au projet, auxquels il convenait d'ajouter 3 millions d'euros correspondant aux montants des loyers annuels supportés à l'époque par le Comune di Bari pour la location des immeubles abritant les juridictions concernées. Cet avis était, enfin, accompagné d'un document, fixant un cadre d'exigences, établi par la Corte d'appello di Bari (Italie).

13. Parmi les quatre propositions qui ont été présentées, celle de Pizzarotti a été sélectionnée par le Comune di Bari, par la décision n° 1045/2003 datée du 18 décembre 2003. Cette décision prévoyait qu'une partie des ouvrages serait vendue au Comune di Bari pour la somme de 43 millions d'euros et que la partie restante serait mise à sa disposition en location pour un loyer annuel de 3 millions d'euros.

14. Par un courrier du 4 février 2004, le ministère de la Justice a informé le Comune di Bari que les ressources publiques disponibles étaient ramenées à 18,5 millions d'euros et lui a demandé de vérifier si, eu égard aux propositions reçues, il était possible de mener à bien le projet dans les limites de ce nouveau cadre économique. Par une note du 11 février 2004, le Comune di Bari s'est enquis auprès de Pizzarotti de sa disponibilité à donner suite à la procédure entamée. Pizzarotti a répondu favorablement à cette demande, en reformulant son offre en fonction de la réduction des ressources publiques disponibles.

15. Le financement public a été complètement supprimé en septembre 2004. Pizzarotti a présenté au Comune di Bari une nouvelle proposition faisant état de la possibilité de réaliser les ouvrages destinés à la location, tels qu'envisagés dans sa proposition initiale.

16. Eu égard à l'inertie des autorités communales, Pizzarotti a engagé une procédure visant à dénoncer l'illégalité du silence de l'administration et à obliger le Comune di Bari à agir.

17. Après un jugement défavorable du Tribunale amministrativo regionale per la Puglia du 8 février 2007, le Consiglio di Stato a, par l'arrêt n° 4267/2007, fait droit à l'appel de Pizzarotti. Estimant que la procédure n'avait pas été clôturée par l'approbation du résultat de l'étude de marché, il a décidé que le Comune di Bari, «dans le respect des principes du raisonnable, de la bonne foi et de la confiance légitime, doit, en menant à bien ses propres actes, clore la procédure par une conclusion vraisemblablement appropriée, en vérifiant, dans le cadre des propositions parvenues, la possibilité de réaliser l'ouvrage dans les limites du cadre économique modifié».

6 — Cet avis a été publié, notamment, au *Journal officiel des Communautés européennes* du 23 août 2003 (JO S 161).

18. Saisi aux fins de l'exécution de son arrêt nº 4267/2007, le Consiglio di Stato a, par l'arrêt nº 3817/2008, constaté l'inertie du Comune di Bari et a ordonné à celui-ci d'exécuter intégralement le dispositif de son arrêt nº 4267/2007 dans un délai de 30 jours. Il a nommé, en cas d'inertie prolongée, le préfet de Bari en tant que commissario ad acta, afin que celui-ci prenne, éventuellement par l'intermédiaire d'une personne déléguée, tous les actes nécessaires à l'exécution de cet arrêt.

19. Le 21 novembre 2008, le commissario ad acta délégué par le préfet de Bari a établi la validité des propositions de Pizzarotti et a, dès lors, constaté que la procédure relative à l'étude de marché s'était conclue positivement.

20. De son côté, la Giunta comunale di Bari a mis un terme à la procédure engagée par l'avis d'étude de marché, en faisant état de l'absence de conformité de la dernière proposition de Pizzarotti aux indications contenues dans ledit avis.

21. Pizzarotti et le Comune di Bari ont chacun introduit un recours devant le Consiglio di Stato. Pizzarotti a fait valoir que, à défaut d'un engagement contractuel du Comune di Bari de prendre en location l'ouvrage, celui-ci n'avait pas correctement exécuté l'ordonnance contenue dans l'arrêt nº 3817/2008. Le Comune di Bari a dénoncé l'absence de constatation de la détérioration des conditions ayant affecté la réalisation de la procédure.

22. Par la décision d'exécution nº 2153/2010 du 15 avril 2010, le Consiglio di Stato a accueilli le recours de Pizzarotti et a rejeté celui du Comune di Bari. S'agissant de l'action du commissario ad acta, il a estimé que celle-ci, bien qu'étant appropriée, était toutefois incomplète, en l'absence d'une «conclusion vraisemblablement appropriée», au sens de l'arrêt nº 4267/2007. Il a dès lors imparti un délai de 180 jours pour la clôture de la procédure par l'adoption des actes nécessaires à la réalisation concrète de la proposition de Pizzarotti.

23. Par un acte du 27 mai 2010, le commissario ad acta a conclu que «l'avis d'étude de marché d'août 2003 […] n'a[vait] pas connu une issue positive».

24. Saisi d'un recours de Pizzarotti contre cet acte, le Consiglio di Stato a, par la décision d'exécution nº 8420/2010 du 3 décembre 2010, fait droit à ce recours. Soulignant le caractère incohérent des conclusions relatives à l'avis d'étude de marché contenues, respectivement, dans l'acte du 21 novembre 2008 et dans celui du 27 mai 2010, il a considéré que la seule conclusion qui s'impose est celle contenue dans le premier de ces actes. S'agissant de l'implication d'un tiers acquéreur et bailleur des immeubles à affecter à la cité judiciaire de Bari, ainsi que de l'acte d'engagement de location, il a relevé que l'appréciation du commissario ad acta ne reposait pas sur un examen approfondi et contrevenait ainsi à l'ordre du juge qui était de vérifier les présupposés factuels et juridiques de la réalisation concrète de la proposition. En ce qui concerne la prétendue absence de conformité urbaine de la proposition de Pizzarotti, il a réaffirmé la nécessité pour le commissario ad acta d'engager les procédures nécessaires à l'adoption de cette proposition, après vérification des autres présupposés réglementaires. En conséquence, l'acte du commissario ad acta a été annulé au motif qu'il violait l'autorité de la chose jugée.

25. Par la suite, le nouveau commissario ad acta nommé par le préfet de Bari a mis en œuvre toutes les actions nécessaires à l'adoption de sa décision du 23 avril 2012 de «variante du plan d'urbanisme» relative au plan régulateur général du Comune di Bari en ce qui concerne les terrains concernés par la construction de la cité judiciaire.

26. Pizzarotti a contesté cette décision devant le Consiglio di Stato au motif qu'elle tendrait au contournement de la chose jugée.

27. La juridiction de renvoi se demande, en premier lieu, si le contrat de location en état futur d'achèvement, à conclure sous la forme d'un acte d'engagement à donner en location, équivaut, en dépit de la présence d'éléments caractéristiques d'un contrat de location, à un marché de travaux échappant à l'application du cas d'exclusion spécifique visé à l'article 16, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18. Elle s'interroge, en particulier, sur la portée des termes «autres biens immeubles», figurant dans cette disposition, ainsi que sur la signification du considérant 24 de ladite directive.

28. En second lieu, à supposer que le contrat en cause constitue un marché de travaux, la juridiction de renvoi se demande si elle peut priver d'effet la chose jugée en l'espèce par son arrêt nº 4267/2007 en ce que celle-ci aurait conduit, en raison de décisions d'exécution ultérieures et d'actes du commissario ad acta, à une situation incompatible avec le droit de l'Union en matière de passation de marchés publics. Elle souligne, à cet égard, que, en vertu de sa propre jurisprudence, elle peut compléter le dispositif initial de l'une de ses décisions par une décision de mise en application, donnant lieu à la «chose jugée à formation progressive». Elle ajoute que, en vertu de la jurisprudence de la Cour, le principe de l'autorité de la chose jugée, tel qu'il est reconnu par l'article 2909 du code civil italien, ne fait pas obstacle à l'application correcte du droit de l'Union à une situation couverte par une telle autorité.

29. C'est dans ces conditions que le Consiglio di Stato a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Le contrat de location en état futur d'achèvement à conclure, notamment sous la forme suggérée en dernier lieu d'acte d'engagement à donner en location, équivaut-il à un marché de travaux, même en présence de certains éléments caractéristiques du contrat de location, de sorte qu'il ne saurait relever des contrats exclus de l'application de la réglementation publique [selon] l'article 16 [de la directive 2004/18]?

2) En cas de réponse [affirmative] à la première question, une juridiction nationale, en particulier la juridiction de céans, peut-elle priver d'effet la chose éventuellement jugée dans l'affaire en cause, telle que décrite dans la présente [décision de renvoi], en ce qu'elle aurait permis la création d'une situation juridique incompatible avec le droit de l'Union en matière de passation des marchés de travaux publics? Ainsi, est-il possible d'exécuter une chose jugée qui serait incompatible avec le droit de l'Union […]?»

30. Des observations écrites ont été présentées par les parties au principal, par les gouvernements italien et allemand ainsi que par la Commission.

31. Une audience s'est tenue le 27 février 2014, à laquelle ont participé les parties au principal, les gouvernements italien et allemand ainsi que la Commission.

III – **Analyse**

A – *Sur la recevabilité*

32. Pizzarotti nourrit des doutes quant à la recevabilité de la présente demande de décision préjudicielle, et ce pour deux motifs.

33. En premier lieu, elle avance que la directive 2004/18, seule visée par la présente demande de décision préjudicielle, n'est pas applicable ratione temporis à l'affaire au principal.

34. En second lieu, Pizzarotti fait valoir que la réponse de la Cour ne pourrait avoir aucun effet sur la solution du litige au principal, qui est caractérisé par la présence de plusieurs décisions judiciaires [7] ayant acquis force de chose jugée selon le droit national italien.

35. Aucun des motifs d'irrecevabilité avancés par Pizzarotti n'emporte ma conviction.

36. S'agissant, premièrement, du motif pris de l'inapplicabilité en l'espèce de la directive 2004/18, seule visée par la juridiction de renvoi, il ne me semble guère suffisant pour déclarer la présente demande de décision préjudicielle irrecevable.

37. Certes, ainsi que l'ont notamment souligné Pizzarotti et la Commission, il est de jurisprudence bien établie [8] que la date pertinente pour identifier la législation applicable à un marché public est celle à laquelle le pouvoir adjudicateur choisit le type de procédure qu'il va suivre et tranche définitivement la question de savoir s'il y a ou non obligation de procéder à une mise en concurrence préalable pour l'adjudication d'un marché public. Il en découle, en l'espèce, que c'est la décision du 14 août 2003 qui est pertinente [9]. Or, à cette date, seule la directive 93/37, lue en combinaison avec la directive 92/50, était applicable.

38. Je suis toutefois d'avis que cette erreur d'identification de la législation de l'Union applicable en l'occurrence est toute relative et sans conséquence en l'espèce. En effet, les dispositions qui sont pertinentes, à savoir l'article 1er, sous a), de la directive 93/37 et l'article 1er, sous a), iii), de la directive 92/50, ont été reprises dans des termes très similaires dans la directive 2004/18, cette dernière consistant pour l'essentiel en une refonte et en une simplification de la réglementation jusqu'alors applicable.

39. Dans une telle configuration – qui n'emporte clairement pas modification de la problématique juridique soulevée par la décision de renvoi ou examen de points de droit nullement débattus dans le cadre de la procédure au principal [10], je suis d'avis qu'une reformulation des questions, comme visant en réalité à obtenir l'interprétation des dispositions de la directive 93/37, est parfaitement envisageable.

40. Deuxièmement, en ce qui concerne le motif d'irrecevabilité pris de l'existence de décisions judiciaires passées en force de chose jugée qui priveraient les réponses de la Cour de toute portée utile pour la résolution du litige au principal, il ne saurait davantage être retenu. En effet, l'évaluation des conséquences de l'autorité ou de la force de la chose jugée attachée aux décisions mentionnées par la juridiction de renvoi se situe précisément au cœur de la problématique visée par la seconde question. À supposer même que, par son argumentation, Pizzarotti entende, en réalité, également mettre en cause la pertinence des questions posées, il suffit de rappeler que, saisies d'un litige, il appartient, en principe, aux seules juridictions nationales d'apprécier la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour. La Cour ne procédera autrement que s'il apparaît de «manière manifeste»

7 — Pizzarotti se refère à deux décisions: la première serait celle du Tribunale amministrativo regionale per la Puglia du 18 mai 2004, qui, statuant sur le recours introduit par un soumissionnaire évincé, a jugé que l'avis d'étude de marché revêtait une nature purement exploratoire visant à rechercher des solutions appropriées pour la création de la cité judiciaire de Bari, et n'emportait, par conséquent, aucun engagement de l'administration communale d'adjuger ultérieurement un marché de travaux. La seconde serait l'arrêt nº 4267/2007 du Consiglio di Stato, qui aurait obligé ladite administration à mener à bien la procédure engagée en concluant avec Pizzarotti un contrat de location en état futur d'achèvement.

8 — Voir, notamment, arrêt Commission/Pays-Bas (C-576/10, EU:C:2013:510, point 52 et jurisprudence citée).

9 — Ainsi que le Consiglio di Stato l'a mentionné, «l'étude de marché réalisée par le Comune di Bari, le choix, à l'issue de celle-ci, du projet élaboré par l'entreprise Pizzarotti, la soumission dudit projet au ministre de la Justice et la note nº 249 du 4 février 2004 de cette autorité, constituent également des étapes d'une procédure complexe destinée à la réalisation d'une nouvelle cité judiciaire».

10 — En ce sens, la Cour a constamment rappelé qu'elle avait pour mission d'interpréter toutes les dispositions du droit de l'Union dont les juridictions nationales ont besoin afin de statuer sur les litiges qui leur sont soumis, même si ces dispositions ne sont pas indiquées expressément dans les questions qui lui sont adressées par ces juridictions (voir, notamment, arrêts Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, point 39, et Worten, C-342/12, EU:C:2013:355, point 30).

que l'interprétation du droit de l'Union sollicitée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées [11]. Tel ne me semble pas être le cas.

41. Dans ces conditions, j'estime que la demande de décision préjudicielle doit être considérée comme étant recevable.

B – *Sur la première question: existence d'un marché public de travaux au sens de la directive 93/37*

1. Exposé de la problématique

42. Par sa première question, la juridiction de renvoi entend obtenir des clarifications sur la qualification juridique, au regard de la législation de l'Union sur les marchés publics, d'un contrat désigné par la juridiction de renvoi comme un «contrat de location en état futur d'achèvement à conclure, notamment sous la forme suggérée en dernier lieu d'acte d'engagement à donner en location».

43. Il convient plus précisément de déterminer si la proposition adressée par le Comune di Bari à Pizzarotti, à la suite de la suppression du financement public initialement prévu (voir points 14 et 15 des présentes conclusions), doit être analysée comme tendant à la conclusion d'une opération de location échappant à l'application de la législation de l'Union sur les marchés publics ou si, au contraire, elle est de nature à engager le Comune di Bari dans la passation d'un marché public de travaux et donc d'imposer le lancement d'une nouvelle procédure.

44. En substance, deux positions s'affrontent.

45. Pizzarotti et le gouvernement italien, soutenus sur plusieurs aspects par le gouvernement allemand, font valoir que le contrat envisagé dans l'affaire au principal ne répond pas aux critères de définition d'un marché de travaux, qui sont contenus dans la réglementation applicable et qui ont été précisés par la Cour. Ledit contrat relèverait de l'exclusion prévue à l'article 1er, sous a), iii), de la directive 92/50 et à l'article 16, sous a), de la directive 2004/18.

46. Ils avancent, en premier lieu, que l'affaire au principal porte non pas sur la réalisation d'un ouvrage, mais sur la location d'un immeuble. Cela ressortirait, en particulier, des termes de l'avis de marché et de la décision du Comune di Bari du 18 décembre 2003 ainsi que des caractéristiques propres du contrat qui seraient typiques d'un contrat de location au sens de l'article 1571 du code civil italien et qui se distingueraient clairement de celles en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt KölnMesse.

47. Ils font valoir, en deuxième lieu, que, dans l'affaire au principal, le Comune di Bari n'est pas tenu de s'acquitter d'une contrepartie financière pour obtenir une prestation de travaux de construction répondant à son intérêt économique direct, ce qui priverait le contrat de caractère onéreux.

48. Pizzarotti et le gouvernement italien soutiennent, en troisième lieu, que le Comune di Bari n'a pas le pouvoir de contraindre Pizzarotti, par la voie judiciaire, à exécuter les travaux.

11 — Voir, en ce sens, arrêt Fish Legal et Shirley (C-279/12, EU:C:2013:853, point 30).

49. Ils font valoir, en quatrième lieu, que le Comune di Bari n'aurait joint au document établi par la commissione di manutenzione della Corte d'appello di Bari ni spécifications techniques, au sens du point 1 de l'annexe III de la directive 93/37 ou du point 1, sous a), de l'annexe VI de la directive 2004/18, ni cahier des charges, au sens de l'article 10 de la directive 93/37 ou de l'article 23 de la directive 2004/18, ce qui confirmerait que son intention était non pas de passer un marché public de travaux, mais d'obtenir une étude de marché, non contraignante, destinée à rassembler des initiatives privées qu'il se proposait d'évaluer en toute autonomie et sans aucune obligation décisionnelle. Pizzarotti et le gouvernement italien ajoutent que, en tout état de cause, le contrat envisagé dans l'affaire au principal est caractérisé par l'absence de spécifications techniques précises sur le type de travaux à effectuer à l'instar de celles observées dans l'affaire KölnMesse.

50. Le Comune di Bari et la Commission estiment, pour leur part, que le contrat envisagé dans l'affaire au principal constitue un marché public de travaux, au sens de l'article 1er, sous a), de la directive 93/37, dont l'attribution aurait dû être effectuée dans le respect des règles de procédure et de transparence prévues par ladite directive.

51. Force est de constater que l'argumentation développée par les parties au principal et par les différentes parties intervenantes à la présente procédure portent, pour l'essentiel, sur la question de savoir si les conditions rappelées et précisées par la Cour, notamment dans son arrêt KölnMesse, pour considérer qu'il existe un marché de travaux publics au sens de la réglementation de l'Union sont remplies dans l'affaire au principal.

52. Or, je relève que l'affaire KölnMesse portait sur une problématique de qualification juridique de l'opération en cause différente de celle que soulève la première question formulée dans la présente demande de décision préjudicielle. Dans ladite affaire, la Cour avait été amenée à déterminer si l'aspect «location» du contrat passé entre la ville de Cologne et Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR l'emportait sur l'objectif de construction d'ouvrages. L'exclusion visée à l'article 1er, sous a), iii), de la directive 92/50 et à l'article 16, sous a), de la directive 2004/18 n'était nullement en cause.

53. Dans l'affaire au principal, eu égard à la formulation retenue par la juridiction de renvoi, se pose, avant toute chose, la question de savoir si peuvent relever de l'exception à l'application des règles en matière de marchés publics prévue par ces dispositions les opérations portant sur des biens en état futur d'achèvement. Cela implique que la juridiction de renvoi est, semble-t-il, partie du postulat que le contrat envisagé portait sur un marché public de services susceptible, eu égard à sa spécificité, d'échapper à l'application de règles de passation des marchés publics.

54. Aussi, j'exposerai, dans un premier temps, pour quelles raisons, il y a lieu, selon moi, de considérer que l'exception en cause ne peut, en tout état de cause, viser des ouvrages dont la réalisation n'a pas débuté.

55. Or, dès lors qu'il pourrait être jugé qu'il convient, au-delà même de cette question posée par la juridiction de renvoi, de se prononcer en outre sur le point de savoir si les conditions sont, dans les circonstances de l'espèce, remplies pour considérer qu'il existe «un marché public de travaux» plutôt qu'un marché public de services, j'indiquerai de quelle manière il y a, à mon sens, lieu, et ce dans le prolongement des enseignements de l'arrêt KölnMesse, d'aborder le projet de contrat litigieux dans l'affaire au principal.

2. Les dispositions de l'article 1er, sous a), iii), de la directive 92/50 visent nécessairement des opérations portant sur un bien immobilier existant

56. Il me semble opportun de rappeler un paramètre clé dont il doit être tenu compte pour déterminer si une opération relève ou non du champ d'application des directives portant coordination des procédures de passation de marchés publics: la réglementation de l'Union en matière de marchés publics a pour objectif premier d'éliminer les restrictions aux libertés fondamentales et de favoriser une mise en concurrence effective [12].

57. Cette finalité est compromise dès lors qu'un pouvoir adjudicateur, sans avoir préalablement mis en œuvre les procédures de passation des marchés visées par la réglementation de l'Union, charge une entreprise d'exécuter des travaux ou des services, quels que soient les raisons et le contexte de la réalisation desdits travaux ou services et quelle qu'en soit la destination [13].

58. La poursuite efficace dudit objectif implique nécessairement que la qualification d'une opération donnée de marché de travaux doit être largement entendue et, parallèlement, que les cas d'exclusion doivent, quant à eux, être envisagés de manière restrictive.

59. Il en est particulièrement ainsi s'agissant des exclusions spécifiques à certains marchés de services publics visées à l'article 1er, sous a), de la directive 92/50 (qui sont reprises, en substance, par l'article 16 de la directive 2004/18) [14]. Ainsi que cela est mentionné au considérant 24 de la directive 2004/18, ce sont les «caractéristiques particulières» de certains marchés qui rendent inadéquate l'application de règles de passation des marchés publics.

60. En ce qui concerne l'exclusion portant sur l'acquisition ou la location des biens immeubles [15], pris au sens large, elle ne peut, à mon sens, viser que des biens existants. La mise en concurrence découlant de l'application des règles en matière de marchés publics a, en effet, peu de sens lorsqu'elle porte sur la location ou la vente d'un bien existant donné, qui, du fait de son unicité, ne se prête pas à une confrontation avec d'autres biens. Par ailleurs, il ressort de certains travaux préparatoires que l'exclusion des contrats portant sur la location ou l'acquisition de biens immobiliers s'explique, à l'origine, par le caractère local et non transfrontalier de ces marchés [16]. En revanche, dès lors que les activités en cause comportent la réalisation future de biens immobiliers, et donc l'exécution de travaux, la mise en concurrence et la transparence exigées par ces règles ne s'avèrent nullement inadéquates et lesdites règles ont vocation à s'appliquer. Aussi, la référence faite dans les dispositions en cause à «d'autres biens immeubles» doit, selon moi, être comprise comme visant des biens d'une nature autre que les terrains et bâtiments et non des biens non encore réalisés.

61. Il en découle que, sans qu'il y ait lieu de se prononcer précisément sur le point de savoir à partir de quel stade un bien immobilier devient existant, l'exception portant sur l'achat ou la location de «terrains, bâtiments ou autres biens immeubles» ne peut, en aucun cas, viser des biens dont la réalisation n'a pas même débuté, tel que cela semble être le cas dans l'affaire au principal. Dans le cas où une administration publique opte, dans le cadre de l'installation de certains services, pour une formule d'achat ou de location d'un ouvrage à réaliser, il convient de soumettre l'opération aux procédures de passation de marchés prévues par la réglementation pertinente.

12 — Voir les deuxième et dixième considérants de la directive 93/37 ainsi que le considérant 2 de la directive 2004/18.

13 — Voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Auroux e.a. (C-220/05, EU:C:2006:410, point 43).

14 — Voir, également, article 10, sous a), de la récente directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18 (JO L 94, p. 65).

15 — Article 1er, sous a), iii), de la directive 92/50 et article 16, sous a), de la directive 2004/18.

16 — Voir, notamment, l'exposé des motifs de la proposition de directive du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, présentée le 6 décembre 1990 [COM(90) 372 final – SYN 293).

3. Les conditions d'existence d'un marché de travaux sont en tout état de cause remplies dans une configuration telle que celle en cause dans l'affaire au principal

62. Ainsi que la Cour l'a constamment rappelé, la qualification d'une opération de marché public de travaux relève du domaine du droit de l'Union et doit être indépendante de celle retenue sur le fondement du droit national [17]. Ne sont pas davantage déterminantes aux fins de juger si une convention ou une opération relève du champ d'application d'une directive en matière de marchés publics les qualifications juridiques éventuellement retenues par les parties contractantes [18].

63. S'agissant de l'affaire au principal, la qualification formelle du contrat en cause de «contrat de location» n'est donc pas un élément décisif. De même, le fait que le contrat envisagé présente, ainsi que le soutiennent Pizzarotti et le gouvernement italien, certaines caractéristiques d'un contrat de location, au sens de l'article 1571 du code civil italien, d'un ensemble immobilier n'est nullement pertinent.

64. Dans ce contexte, une précision s'impose. Il est question non de remettre en cause la liberté dont disposent les autorités publiques nationales dans le choix du procédé contractuel qu'elles estiment adéquat pour la réalisation de travaux ou de services, ou encore de mettre en cause la légalité du recours à certains types de contrats, mais d'éviter les risques de contournement des règles en matière de marchés publics que pourrait engendrer le recours à certaines formules contractuelles. En d'autres termes, la réglementation de l'Union en matière de marchés publics ne préjuge pas de la légalité du recours à un contrat de location, en vue de l'édification d'un ouvrage, à partir du moment où, précédemment à sa conclusion, les règles de publicité et de mise en concurrence prévues par cette réglementation sont respectées.

65. En outre, le champ d'application de la directive doit être déterminé par référence aux seules conditions objectives qui sont expressément définies par les directives adoptées en la matière.

66. D'emblée, cela implique que les finalités réelles ou supposées que les autorités publiques entendent poursuivre sont sans pertinence pour déterminer si un contrat doit être qualifié de marché de travaux. Il ne saurait dès lors être tenu compte de la circonstance, à la supposer avérée, que le Comune di Bari n'ait eu comme intention de départ que de doter l'administration de la justice d'un siège unique judiciaire à Bari, sans que cela passe nécessairement par la réalisation de travaux.

67. La Cour a ainsi souligné que la définition de la notion de «marché public de travaux» contenue à l'article 1er, sous a), de la directive 93/37 inclut toutes les opérations dans lesquelles un contrat à titre onéreux est conclu entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur, et a pour objet la réalisation, par ce dernier, d'un «ouvrage» au sens de l'article 1er, sous c), de la même directive. Le critère essentiel est, à cet égard, que cet ouvrage soit réalisé conformément aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, les moyens utilisés en vue de cette réalisation étant indifférents [19]. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que ledit pouvoir adjudicateur ait pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci [20].

68. Enfin, il ressort de la jurisprudence que, lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux et des éléments ayant trait à un autre type de marché, c'est l'objet principal du contrat qui détermine les règles du droit de l'Union applicables [21].

17 — Voir arrêt Auroux e.a. (C-220/05, EU:C:2007:31, point 40 et jurisprudence citée).

18 — Arrêt KölnMesse (point 54).

19 — Arrêt KölnMesse (point 55).

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

21 — Voir, notamment, arrêt KölnMesse (point 57).

69. En l'occurrence, les éléments du dossier m'amènent à considérer que l'opération visée dans l'affaire au principal présente toutes les caractéristiques d'un marché de travaux, celui-ci ayant, en définitive, pour objet principal la réalisation à titre onéreux d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.

70. En premier lieu, ces éléments démontrent que l'objectif de l'ensemble de la procédure ici en cause, qui a débuté par la publication d'un avis de marché le 14 août 2003, consistait en l'édification, conformément aux souhaits exprimés par les autorités publiques compétentes, de nouveaux locaux qui étaient destinés à être utilisés comme siège unique des juridictions sis à Bari.

71. Cela ressort, tout d'abord, de l'avis public d'appel de marché («Ricerca di mercato») du 14 août 2003 qui mentionne en particulier que «le soumissionnaire, par la formulation de son offre, s'engage à commencer les travaux de construction des ouvrages avant le 31 décembre de l'année en cours».

72. Il ressort, ensuite, du document annexé à cet avis d'étude, établi par la Corte d'appello di Bari et approuvé par la commissione di manutenzione [document intitulé «Quadro esigenziale» (cadre d'exigences)], dont la pertinence aux fins de l'examen du contrat projeté n'est pas mise en cause [22], que les autorités publiques compétentes ont spécifié un certain nombre d'exigences structurelles, fonctionnelles et organisationnelles auquel le projet de cité judiciaire unique devait répondre, compte tenu de la réglementation applicable et d'un ensemble de données statistiques relatives aux activités judiciaires de Bari. Ces exigences, qui sont exposées sur plusieurs dizaines de pages, me semblent aller bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire à l'égard d'un nouvel immeuble d'une certaine envergure [23].

73. Enfin, la délibération du conseil communal n° 1045/2003 du 18 décembre 2003, portant sélection de l'offre présentée par Pizzarotti, fait expressément référence à la «réalisation d'un siège unique» des juridictions.

74. Plus globalement, je suis d'avis que, au sens des directives 93/37 et 2004/18, l'objet immédiat et donc principal d'un contrat portant sur un ouvrage dont la construction n'a pas encore débuté ne peut, en principe et dans le prolongement des enseignements de l'arrêt KölnMesse, être analysé comme étant la location d'un immeuble, et ce indépendamment de la formule contractuelle choisie en vertu du droit national. L'objectif prioritaire d'un tel contrat ne peut logiquement être que la construction desdits ouvrages, qui devraient par la suite être mis à la disposition du pouvoir adjudicateur au moyen d'une relation contractuelle qualifiée de contrat de location [24].

75. Pour en revenir à l'affaire au principal, il apparaît que Pizzarotti ne pourrait en aucun cas remplir l'obligation, prévue dans le projet d'acte d'engagement à donner en location, de mettre à disposition l'ouvrage spécifique dans la zone déterminée sans procéder au préalable à sa construction.

76. Les nombreuses spécifications techniques contenues dans les documents de référence montrent que le pouvoir adjudicateur a pris des mesures afin de déterminer les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence décisive sur la conception de celui-ci. Ces éléments ainsi que l'abondant contentieux né de la non-conclusion du contrat envisagé dans l'affaire au principal mettent, selon moi, clairement en évidence le fait que Pizzarotti n'aurait pas été disposée à réaliser l'ouvrage dont il est question en l'absence de besoins spécifiquement formulés par le Comune di Bari et de l'acceptation, par ce dernier, de la proposition de réalisation formulée en réponse à l'avis public d'étude de marché.

22 — Le projet d'acte d'engagement à donner en location, daté de mai 2012, se réfère, en particulier à son considérant 10 et à son article 7, à ce cadre d'exigences.

23 — Arrêt KölnMesse (point 58).

24 — Ibidem (point 56).

77. En second lieu, il me semble assez évident que, bien qu'il se distingue sur ce point de l'affaire KölnMesse [25], le contrat visé dans l'affaire au principal a été conclu à titre onéreux.

78. Certes, il est exact que la rémunération sous la forme d'un loyer annuel que le Comune di Bari est censé verser pendant les 18 années du contrat en question est loin de couvrir les coûts de réalisation de l'ouvrage.

79. Cette constatation ne saurait toutefois conduire à dénier le caractère onéreux du contrat en question.

80. En effet, pour distinguer un marché public de services d'un marché public de travaux [26], et contrairement à ce que semblent suggérer Pizzarotti ainsi que les gouvernements italien et allemand [27], aucun poids décisif ne saurait été accordé au montant de la contrepartie financière des prestations de construction. Ainsi que la Cour l'a dit pour droit, l'élément déterminant aux fins de la qualification d'un marché est l'objet principal de celui-ci et non le montant de la rémunération de l'entrepreneur ou les modalités de règlement de celui-ci [28]. Le fait que le paiement du loyer annuel pendant une durée de 18 années, désormais prévu par le contrat envisagé, ne couvre pas intégralement les coûts de réalisation de l'ouvrage ne saurait en aucun cas modifier la nature onéreuse du contrat et, partant, aboutir à l'exclusion de l'existence d'un marché public de travaux. À cet égard, l'obtention effective d'un bénéfice par l'opérateur économique ne saurait constituer une condition nécessaire aux fins de la qualification d'un contrat en tant que marché public de travaux [29].

81. La condition liée à l'existence d'un «intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur» n'implique pas nécessairement que ce dernier devienne propriétaire de l'ouvrage, celle-ci pouvant être satisfaite par un titre de location conférant la disponibilité de l'ouvrage à l'autorité publique concernée [30].

82. Eu égard à ces considérations, je propose de répondre à la première question qu'un contrat de location d'un ouvrage en état futur d'achèvement, présentant les caractéristiques de celui visé dans l'affaire au principal, doit être qualifié de marché public de travaux au sens de l'article 1er, sous a), de la directive 93/37.

C – *Sur la seconde question: exigences découlant des principes de coopération loyale et du respect de l'autorité de la chose jugée en présence d'une situation présumée incompatible avec le droit de l'Union*

83. Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande si elle peut priver d'effet la chose éventuellement jugée dans l'affaire en cause, en ce qu'elle aurait permis la création d'une situation juridique incompatible avec le droit de l'Union en matière de passation des marchés de travaux publics, et s'il est donc possible d'exécuter une chose jugée qui serait incompatible avec ledit droit.

84. D'emblée, je me dois de faire part de ma perplexité quant à l'identification exacte de ce qui constitue aux yeux de la juridiction de renvoi la «chosée jugée», à savoir tant le thema decidendum que la ratio decidendi, qui s'avérerait problématique sous l'angle du respect du droit de l'Union.

25 — Dans cette affaire, mention avait été faite par le gouvernement allemand de la circonstance que le montant total devant être versé à Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR à titre de loyers, qui s'élèverait en définitive à environ 600 millions d'euros, était bien supérieur au coût de la construction des ouvrages, qui s'élèverait à environ 235 millions d'euros.

26 — Cela à la différence de la distinction entre un marché public de services et un marché public de fournitures [voir, notamment, article 2 de la directive 92/50 et article 1er, paragraphe 2, sous d), deuxième alinéa, de la directive 2004/18].

27 — Ils se réfèrent, notamment, aux conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire Commission/Allemagne (C-536/07, EU:C:2009:340), qui suggérait de procéder également à une «comparaison des coûts respectifs» (point 105).

28 — Voir arrêt KölnMesse (point 61).

29 — Arrêt Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a (C-159/11, EU:C:2012:817).

30 — Voir, en ce sens, arrêt Helmut Müller (EU:C:2010:168, points 50 et 51).

85. Tout en ayant bien conscience qu'il appartient, en définitive, à la seule juridiction nationale de déterminer ce qui constitue la ou les décisions de justice qui feraient obstacle à la pleine application du droit de l'Union, la nécessité d'apporter une réponse aussi utile que possible à la juridiction de renvoi m'amène à relever ce qui suit.

86. En l'occurrence, la seule «chose jugée» à laquelle se réfère la juridiction de renvoi [31] est constituée par son arrêt nº 4267/2007, plus précisément par la décision contenue dans cet arrêt selon laquelle le Comune di Bari, «dans le respect des principes du raisonnable, de la bonne foi et de la confiance légitime, doit, en menant à bien ses propres actes, clore la procédure par une conclusion vraisemblablement appropriée, en vérifiant, dans le cadre des propositions parvenues, la possibilité de réaliser l'ouvrage dans les limites du cadre économique modifié».

87. Si, ainsi que le relève le Consiglio di Stato, cette décision est «susceptible de nombreuses et différentes solutions de mise en application», il est, a priori, difficile de comprendre pour quels motifs l'exécution de cet arrêt s'avérerait nécessairement contraire au droit de l'Union, et plus précisément à l'application de la réglementation pertinente en matière de marchés publics de travaux.

88. À l'instar de ce que le Comune di Bari a mentionné, il apparaît que la seule chose (définitivement) jugée par le Consiglio di Stato dans l'arrêt nº 4267/2007 se rapporte à l'obligation qui lui est faite (ainsi qu'au commissario ad acta) de clôturer la procédure engagée par l'avis public d'étude de marché. Rien ne permet, a priori, d'exclure que la clôture de cette procédure, au sens dudit arrêt, puisse prendre la forme du lancement d'une nouvelle procédure d'adjudication dans le respect des règles de l'Union en matière de marchés publics.

89. Toutefois, il semble que la juridiction de renvoi a, en partie au moins [32], fait sienne l'interprétation défendue par Pizzarotti selon laquelle cet arrêt et les décisions judiciaires qui lui sont postérieures devaient être interprétés comme imposant de conclure le contrat «de location» envisagé avec Pizzarotti, ce qui est de nature à générer une situation contraire au droit de l'Union. Il semblerait, en outre, qu'ait été accordée une certaine autorité aux décisions d'exécution prises par le commissario ad acta (voir décision nº 8420/2010). Or, selon ma compréhension des dispositions du code de procédure administrative italien, le juge connaît de toutes les questions relatives à la mise en conformité correcte, y compris celles découlant des actes du commissario ad acta, ce dernier agissant en qualité d'auxiliaire de justice.

90. Par ailleurs, s'il apparaît que, ainsi que cela semble ressortir des dispositions dudit code de procédure administrative [33], telles qu'interprétées par la juridiction de renvoi, cette dernière dispose du pouvoir de compléter le dispositif de l'arrêt nº 4267/2007, donnant lieu à ce qu'elle qualifie de «chose jugée à formation progressive», il m'apparaît difficile de conclure que le principe d'intangibilité de la chose jugée est mis en cause. En effet, dès lors que l'organe judiciaire dispose du pouvoir de préciser ou de revenir sur une décision précédemment prise, cette possibilité doit être reconnue dans les mêmes conditions en vue d'assurer la pleine application du droit de l'Union.

91. Dans une telle configuration, il s'agit en définitive pour la juridiction nationale de privilégier, dans l'exécution de décisions judiciaires se prêtant à plusieurs interprétations, celle qui garantit que l'administration agisse conformément au droit de l'Union.

31 — Et ce même si les parties semblent avoir exigé la mise en conformité avec l'arrêt nº 8420/2010.

32 — Voir, à cet égard, l'exposé des décisions prises par le Consiglio di Stato en réaction, notamment, des actions du commissario ad acta du 27 mai 2010 (points 23 à 25 des présentes conclusions).

33 — Décret législatif nº 104, du 2 juillet 2010 (GURI nº 156, du 7 juillet 2010).

92. En revanche, dans le cas où la juridiction de renvoi serait amenée à conclure que la bonne application du droit de l'Union en matière de marchés publics de travaux se heurte nécessairement à la chose jugée par son arrêt n° 4267/2007 ou par des décisions postérieures [34], ce qu'elle est seule habilitée à vérifier, les modalités de mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée relèvent de l'autonomie procédurale des États membres, sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité.

93. À cet égard, la Cour n'a eu de cesse de rappeler l'importance que revêt le principe de l'autorité de la chose jugée, tant dans l'ordre juridique de l'Union que dans les ordres juridiques nationaux. En effet, en vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que les décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause [35]. Partant, le droit de l'Union n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit de l'Union par la décision en cause [36].

94. En l'absence de réglementation de l'Union en la matière, les modalités de mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée relèvent de l'ordre juridique interne des États membres en vertu du principe de l'autonomie procédurale de ces derniers. Elles ne doivent cependant pas être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) ni être aménagées de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) [37].

95. L'entorse apparente que constitue l'arrêt Lucchini [38] au principe de l'autorité de la chose jugée a été circonscrite par la Cour elle-même comme se rapportant au domaine très particulier des aides d'État.

96. La Cour a en effet précisé dans cet arrêt que, l'appréciation de la compatibilité de mesures d'aides ou d'un régime d'aides avec le marché commun relevant de la compétence exclusive de la Commission, agissant sous le contrôle du juge communautaire, le droit communautaire s'opposait à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée telle que l'article 2909 du code civil italien, en tant que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'État octroyée en violation du droit communautaire, et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive [39].

97. Les particularités de l'affaire Lucchini ont également été soulignées dans l'arrêt Fallimento Olimpiclub [40] par lequel la Cour a précisé que ladite affaire concernait une situation tout à fait circonscrite dans laquelle étaient en cause des principes régissant la répartition des compétences entre les États membres et la Communauté européenne en matière d'aides d'État, la Commission disposant d'une compétence exclusive pour examiner la compatibilité d'une mesure nationale d'aides d'État avec le marché commun.

34 — Le Consiglio di Stato laisse, de fait, entendre que ce sont ses décisions d'exécution (du 15 avril 2010 et du 3 décembre 2010), portant sur les activités du commissario ad acta, qui ont conduit à une situation potentiellement contraire au droit de l'Union, en ce qu'elles ont ordonné l'adoption des actes nécessaires à la conclusion du contrat de location en état futur d'achèvement que cette entreprise avait soumis à l'administration en guise d'ultime proposition après le bouleversement du cadre économique intervenu en 2004.

35 — Voir, notamment, arrêts Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, point 38); Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178, point 20), et Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506, point 22).

36 — Arrêts Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, point 48); Kapferer (EU:C:2006:178, point 21), et Fallimento Olimpiclub (EU:C:2009:506, point 23).

37 — Arrêts Kapferer (EU:C:2006:178, point 22) et Fallimento Olimpiclub, (EU:C:2009:506, point 24).

38 — C-119/05, EU:C:2007:434.

39 — Ibidem (points 62 et 63).

40 — Arrêt Fallimento Olimpiclub (EU:C:2009:506, point 25).

98. Quant à l'analogie faite entre les obligations, telles que notamment précisées dans l'arrêt Kühne & Heitz [41], des organes administratifs en vertu de leur devoir de coopération loyale et celles qui s'imposent, en vertu de ce même devoir, aux juridictions nationales, elle est loin de me convaincre.

99. Certes, le respect tant du caractère définitif d'une décision administrative que de l'autorité attachée à une décision judiciaire repose sur la nécessité, eu égard au principe de sécurité juridique, de préserver la stabilité des situations juridiques. De même, l'affaire au principal se rapporte à la situation singulière où, selon les informations fournies par le Consiglio di Stato, celui-ci pourrait compléter le dispositif de l'une de ces décisions ayant acquis un caractère définitif et, le cas échéant, revenir sur les décisions prises en exécution desdites décisions par le commissario ad acta.

100. Toutefois, à supposer que cette possibilité puisse être regardée comme consacrant un tempérament à l'intangibilité de l'autorité de la chose définitivement jugée, ce qui n'est pas clairement avéré (voir point 90 des présentes conclusions), une différence importante existe entre la possibilité de réexamen d'une décision administrative devenue définitive et la possibilité de revenir sur une décision judiciaire passée en force jugée. L'obligation, sous certaines conditions, pour l'organe administratif de revenir sur une décision administrative devenue définitive consacrée par l'arrêt Kühne & Heitz (EU:C:2004:17) repose sur la prémisse qu'un tel réexamen n'est pas de nature à léser des tiers. Cette condition ne m'apparaît pas remplie s'agissant de la révision de décisions judiciaires revêtues de l'autorité de la chose jugée. En outre, je suis d'avis que cet arrêt peut, en définitive, se concevoir comme une application des principes d'effectivité et d'équivalence eu égard à la possibilité qui était reconnue, en droit interne, de revenir, sous certaines conditions, sur des décisions administratives devenues définitives.

101. Il résulte de ces considérations que, dès lors qu'une décision judiciaire, le cas échéant par les effets de décisions judiciaires d'exécution ultérieures, a créé une situation incompatible avec le droit de l'Union, il n'appartient, en principe, pas au juge national de revenir sur celle-ci.

102. Il existe, par ailleurs, une possibilité de remédier à la situation de violation du droit de l'Union. En effet, dans le cas où la force de la chose jugée rendrait impossible l'application du droit de l'Union, reste ouverte la possibilité d'une action en réparation des dommages causés aux particuliers [42].

103. En conséquence, je propose de répondre à la seconde question qu'il appartient à la seule juridiction nationale de déterminer les termes exacts d'une décision judiciaire passée en force de chose jugée. Les modalités d'exécution d'une décision judiciaire ayant force de chose jugée relèvent de l'ordre juridique interne des États membres, sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité. Dans le cas où le juge national dispose, en vertu de règles nationales, du pouvoir de compléter, voire de substituer, les termes de la chose jugée, il lui incombe de l'exercer aux fins d'une mise en œuvre adéquate du droit de l'Union.

IV – **Conclusion**

104. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles formulées par le Consiglio di Stato dans les termes suivants:

1) Un contrat de location d'un ouvrage en état futur d'achèvement, présentant les caractéristiques du contrat envisagé dans l'affaire au principal, doit être qualifié de «marché de travaux» au sens de l'article 1er, sous a), de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

41 — Arrêt Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, point 28). Voir, également, arrêts i-21 Germany et Arcor (C-392/04 et C-422/04, EU:C:2006:586, points 51 à 55) ainsi que Kempter (C-2/06, EU:C:2008:78).

42 — Voir, en ce sens, arrêt Köbler (EU:C:2003:513, points 51 et suiv.).

2) Il appartient à la seule juridiction nationale de déterminer les termes exacts d'une décision judiciaire passée en force de chose jugée. Les modalités d'exécution d'une décision judiciaire ayant force de chose jugée relèvent de l'ordre juridique interne des États membres, sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité. Dans le cas où le juge national dispose, en vertu de règles nationales, du pouvoir de compléter, voire de substituer, les termes de la chose jugée, il lui incombe de l'exercer aux fins d'une mise en œuvre adéquate du droit de l'Union.