CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. WAHL
van 15 mei 2014[1]

Zaak C-213/13

Impresa Pizzarotti & C. SpA
tegen
Comune di Bari

[verzoek van de Consiglio di Stato (Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Overheidsopdrachten — Richtlijnen 93/37/EEG en 2004/18/EG — Begrip ‚overheidsopdrachten voor werken' — Te sluiten overeenkomst inzake huur van nog niet gebouwd werk — Uitlegging van begrip gezag van gewijsde in geval van met Unierecht onverenigbare situatie"

1. Het voornemen om te Bari (Italië) een nieuw gerechtsgebouw te verwezenlijken, bedoeld om het gebruik van de middelen die ter beschikking zijn gesteld van de onder het arrondissement vallende gerechtelijke instanties te stroomlijnen door de verwezenlijking van één gerechtsgebouw, is op een manier die op zijn minst paradoxaal is, het toneel geworden van een grote hoeveelheid geschillen. Dat blijkt uit de voorgeschiedenis van het onderhavige prejudiciële verzoek, dat voortvloeit uit een geding van met name Impresa Pizzarotti & C. SpA (hierna: „Pizzarotti") en de bevoegde lokale Italiaanse autoriteiten na de aankondiging van een marktonderzoek dat tot doel had dat nieuwe gerechtsgebouw te verwezenlijken. Het verzoek valt samen met een door de Comune di Bari aan de Europese Commissie gerichte klacht, die aanleiding heeft gegeven tot de inleiding van een niet-nakomingsprocedure tegen de Republiek Italië op de grondslag van artikel 258 VWEU.

2. In het onderhavige geval wordt het Hof verzocht om in het verlengde van de aanwijzingen in de zaak die bekend is onder de naam „KölnMesse"[2], te verduidelijken of de huurovereenkomst van een toekomstige zaak, zoals die in het hoofdgeding, valt onder de regels betreffende de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. Voor het geval wordt geconcludeerd dat een dergelijke kwalificatie botst met rechterlijke beslissingen die in kracht van gewijsde zijn gegaan, wordt het Hof verzocht zich uit te spreken omtrent de reikwijdte van de regel dat het gewijsde onaantastbaar is, in een situatie die als onverenigbaar met het recht van de Unie wordt beschouwd.

I – **Toepasselijke bepalingen**

3. Volgens de tiende overweging van de considerans van richtlijn 92/50/EEG[3] „vertonen de opdrachten voor de verwerving of huur van onroerende goederen dan wel de rechten op deze goederen bijzondere kenmerken, waardoor toepassing van de aanbestedingsvoorschriften niet geschikt is".

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Arrest Commissie/Duitsland (C-536/07, EU:C:2009:664; hierna: „arrest KölnMesse").

3 — Richtlijn van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1).

4. Artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 verstaat onder „overheidsopdrachten voor dienstverlening", in de zin van deze richtlijn, „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds, met uitsluiting van [...] iii) opdrachten betreffende de verwerving of huur, ongeacht de financiële modaliteiten ervan, van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken of betreffende de rechten hierop [...]".

5. Artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37/EEG [4] verstaat onder „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken", in de zin van deze richtlijn, „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een sub b omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde of sub c bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet".

6. Onder de in bijlage II van richtlijn 93/37 vermelde beroepsbezigheden zijn, in klasse 50, opgenomen „Bouwnijverheid". Deze klasse omvat met name de „Algemene bouwnijverheid (zonder bepaalde specialisatie)" (subgroep 500.1), evenals de „Burgerlijke utiliteitsbouw" (groep 501).

7. Punt 24 van de considerans van richtlijn 2004/18/EG [5] luidt als volgt:

„In het kader van diensten, vertonen de opdrachten betreffende de verwerving of de huur van onroerende goederen dan wel betreffende de rechten op deze goederen bijzondere kenmerken, waardoor toepassing van de aanbestedingsvoorschriften niet geschikt is."

8. Artikel 1, lid 2, van deze richtlijn bepaalt:

„a) ‚Overheidsopdrachten' zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.

b) ‚Overheidsopdrachten voor werken' zijn overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. [...]

[...]"

9. Artikel 16 van deze richtlijn, met het opschrift: „Specifieke uitsluitingen", luidt als volgt:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten:

a) betreffende de verwerving of huur, ongeacht de financiële modaliteiten ervan, van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken of betreffende de rechten hierop; [...]

[...]"

4 — Richtlijn van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54).

5 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114).

II – **Feiten van het hoofdgeding, prejudiciële vragen en procesverloop voor het Hof**

10. De voorgeschiedenis van het hoofdgeding, zoals deze met name blijkt uit de verwijzingsbeslissing, is relatief ingewikkeld. Ik moet in het belang van de beoordeling het volgende opmerken.

11. Het hoofdgeding begint met de publicatie op 14 augustus 2003 van een openbare aankondiging door de Comune di Bari van een marktonderzoek, teneinde de rechterlijke macht op de kortst mogelijke termijn te voorzien van één nieuw gerechtsgebouw, geschikt om alle te Bari zittende rechters onder te brengen. [6]

12. De aankondiging stelde als voorwaarde dat de inschrijvers zich zouden verbinden vóór 31 december 2003 met de bouwwerkzaamheden te beginnen. Bovendien werden duidelijke en volledige gegevens over de kosten verlangd, alsmede over de wijze van betaling ten laste van het gemeentebestuur en van het ministerie van Justitie, in aanmerking genomen dat de reeds aan het project toegewezen beschikbare overheidsmiddelen 43,5 miljoen EUR bedroegen, waaraan nog 3 miljoen EUR diende te worden toegevoegd, te weten de bedragen die de Comune di Bari toentertijd per jaar uitgaf voor de huur van de onroerende goederen waarin de betrokken gerechten waren ondergebracht. Ten slotte hoorde bij deze aankondiging een document, waarin het door de Corte d'appello di Bari (Italië) opgestelde programma van eisen was vastgelegd.

13. Van de vier ingediende voorstellen is dat van Pizzarotti door de Comune di Bari bij besluit nr. 1045/2003 van 18 december 2003 uitgekozen. Dat besluit voorzag erin dat een deel van de werken aan de Comune di Bari zou worden verkocht voor een bedrag van 43 miljoen EUR en dat het overblijvende deel aan de Comune zou worden verhuurd voor een huurprijs van 3 miljoen EUR per jaar.

14. Bij brief van 4 februari 2004 heeft het ministerie van Justitie de Comune di Bari ingelicht dat de beschikbare overheidsmiddelen naar 18,5 miljoen EUR waren teruggebracht en heeft het de Comune verzocht om na te gaan of het, gelet op de ontvangen voorstellen, mogelijk was om het project binnen de grenzen van dat nieuwe budgettaire kader tot een goed einde te brengen. Bij nota van 11 februari 2004 heeft de Comune di Bari bij Pizzarotti geïnformeerd naar de beschikbaarheid van laatstgenoemde om gevolg te geven aan de ingeleide procedure. Pizzarotti heeft positief op dat verzoek gereageerd en heeft haar offerte in samenhang met de vermindering van de beschikbare overheidsmiddelen aangepast.

15. De overheidsfinanciering is in september 2004 volledig vervallen. Pizzarotti heeft de Comune di Bari een nieuw voorstel voorgelegd en de mogelijkheid geopperd om de voor verhuur bestemde werken, zoals voorgenomen in zijn eerste voorstel, te verwezenlijken.

16. Gelet op de traagheid van de gemeentelijke autoriteiten heeft Pizzarotti een procedure ingeleid om het onrechtmatig stilzwijgen van het overheidsapparaat aan de kaak te stellen en om de Comune di Bari tot handelen te verplichten.

17. Na een afwijzend oordeel van het Tribunale amministrativo regionale per la Puglia van 8 februari 2007 heeft de Consiglio di Stato bij arrest nr. 4267/2007 het hoger beroep van Pizzarotti toegewezen. Van mening dat de procedure niet was afgerond met de goedkeuring van het resultaat van het marktonderzoek, heeft hij geoordeeld dat de Comune di Bari, „met inachtneming van de beginselen van redelijkheid, goede trouw en het vertrouwensbeginsel, gevolg moet geven aan haar eigen handelingen, de procedure met een redelijkerwijs passend resultaat af moet sluiten en in het kader van de ingediende voorstellen moet nagaan of het werk binnen het gewijzigde budgettaire kader kan worden verwezenlijkt."

6 — Deze aankondiging is onder meer gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 23 augustus 2003 (PB S 161).

18. De Consiglio di Stato, die was aangezocht in verband met de uitvoering van zijn arrest nr. 4267/2007, heeft bij arrest nr. 3817/2008 de traagheid van de Comune di Bari vastgesteld en haar gelast het dictum van arrest nr. 4267/2007 binnen een termijn van dertig dagen integraal uit te voeren. Voor het geval de traagheid zou voortduren, heeft de Consiglio di Stato de prefect van Bari tot commissaris ad acta (bijzonder commissaris met uitvoerende bevoegdheden) benoemd, zodat deze, eventueel door bemiddeling van een gemachtigde, alle noodzakelijke handelingen ter uitvoering van dat arrest zou verrichten.

19. Op 21 november 2008 heeft de door de prefect van Bari aangewezen commissaris ad acta de rechtsgeldigheid van de voorstellen van Pizzarotti vastgesteld en heeft bijgevolg vastgesteld dat de procedure met betrekking tot het marktonderzoek positief is afgesloten.

20. Het gemeentebestuur van Bari heeft een eind gemaakt aan de bij de aankondiging van het marktonderzoek ingeleide procedure door te stellen dat het laatste voorstel van Pizzarotti niet in overeenstemming was met de in genoemde aankondiging opgenomen aanwijzingen.

21. Pizzarotti en de Comune di Bari hebben elk beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato. Pizzarotti heeft aangevoerd dat, bij gebreke van een contractuele verplichting van de Comune di Bari om het werk te huren, laatstgenoemde de in arrest nr. 3817/2008 opgenomen last niet juist heeft uitgevoerd. De Comune di Bari heeft geklaagd dat niet is vastgesteld dat de omstandigheden die de verwezenlijking van de procedure hebben beïnvloed, zijn verslechterd.

22. Bij uitvoeringsarrest nr. 2153/2010 van 15 april 2010 heeft de Consiglio di Stato het beroep van Pizzarotti gegrond verklaard en dat van de Comune di Bari afgewezen. Omtrent de handelingen van de commissaris ad acta heeft de Consiglio di Stato geoordeeld dat deze, hoewel passend, nog niet voldoende waren aangezien een „redelijkerwijs passende conclusie" als bedoeld in arrest nr. 4267/2007 ontbrak. Laatstgenoemde heeft derhalve een termijn van 180 dagen gesteld voor de afronding van de procedure door de vaststelling van de noodzakelijke handelingen voor de concrete verwezenlijking van het voorstel van Pizzarotti.

23. Bij beschikking van 27 mei 2010 heeft de commissaris ad acta geconcludeerd dat „de aankondiging van een marktonderzoek van augustus 2003 [...] niet met een positief resultaat [was] afgesloten."

24. De Consiglio di Stato heeft het door Pizzarotti tegen deze beschikking ingestelde beroep bij uitvoeringsarrest nr. 8420/2010 van 3 december 2010 gegrond verklaard. Met de nadruk op het onsamenhangende karakter van de conclusies met betrekking tot de aankondiging van het marktonderzoek, die respectievelijk zijn opgenomen in de beschikking van 21 november 2008 en in die van 27 mei 2010, heeft deze rechter geoordeeld dat de conclusie die is opgenomen in de eerstgenoemde beschikking, de enige voor de hand liggende is. Inzake de betrokkenheid van een derdeverkrijger en verhuurder van de gebouwen bestemd voor de gerechten van Bari, alsmede de voorovereenkomst tot verhuur, heeft hij opgemerkt dat de beoordeling van de commissaris ad acta niet op een diepgaand onderzoek was gebaseerd en aldus in strijd was met het rechterlijk bevel om na te gaan of was voldaan aan de voorwaarden, feitelijk en rechtens, om het voorstel concreet te verwezenlijken. Omtrent het vermeende gebrek aan stedenbouwkundige inpassing van het voorstel van Pizzarotti heeft hij herhaald dat de commissaris ad acta de noodzakelijke procedures moet inleiden ter vaststelling van dat voorstel, na te hebben nagegaan of is voldaan aan de overige voorgeschreven voorwaarden. Bijgevolg is de beschikking van de commissaris ad acta nietig verklaard op grond dat deze een schending van het gezag van gewijsde vormt.

25. Vervolgens heeft de nieuwe, door de prefect van Bari benoemde commissaris ad acta alle handelingen verricht die noodzakelijk waren voor de vaststelling van zijn besluit van 23 april 2012, een „stedenbouwkundige variant" van het bestemmingsplan van de Comune di Bari, betreffende de bij de bouw van het gerechtsgebouw betrokken kavels.

26. Pizzarotti heeft dat besluit bij de Consiglio di Stato aangevochten op grond dat het beoogde het arrest van de rechter te omzeilen.

27. De verwijzende rechter vraagt zich in de eerste plaats af of de overeenkomst voor de huur van een toekomstige zaak, te sluiten in de vorm van een voorovereenkomst tot verhuur en ondanks enkele kenmerkende eigenschappen van een huurovereenkomst, gelijkstaat aan een opdracht voor de uitvoering van werken die niet onder de specifieke uitsluiting in artikel 16, eerste alinea, sub a, van richtlijn 2004/18 valt. Hij vraagt met name naar de uitlegging van het in deze bepaling opgenomen begrip „andere onroerende zaken", evenals naar de uitlegging van punt 24 van de considerans van genoemde richtlijn.

28. Voor het geval de litigieuze overeenkomst een opdracht voor de uitvoering van werken vormt, vraagt de verwijzende rechter zich in de tweede plaats af of hij in het onderhavige geval zijn oordeel bij het arrest nr. 4267/2007 buiten beschouwing kan laten, aangezien het, op grond van latere uitvoeringsarresten en beschikkingen van de commissaris ad acta, zou hebben geleid tot een met het recht van de Unie inzake het plaatsen van overheidsopdrachten onverenigbare situatie. Hij benadrukt in dat opzicht dat hij volgens zijn eigen rechtspraak het oorspronkelijke dictum van een van zijn vonnissen kan aanvullen met een beslissing die daarvan de invulling vormt, hetgeen leidt tot een „in stappen gevormd gewijsde". Hij voegt daaraan toe dat het beginsel inzake het gezag van gewijsde, zoals dat is neergelegd in artikel 2909 van het Italiaanse burgerlijk wetboek, volgens de rechtspraak van het Hof niet in de weg staat aan de juiste toepassing van het recht van de Unie op een situatie die onder een dergelijk vonnis valt.

29. In deze omstandigheden heeft de Consiglio di Stato beslist om de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1. Staat de te sluiten overeenkomst voor de huur van een toekomstige zaak, ook in de laatstelijk voorgestelde vorm van een voorovereenkomst tot verhuur, gelijk aan een opdracht voor de uitvoering van werken, zij het met enkele kenmerkende eigenschappen van een huurovereenkomst, zodat zij niet kan vallen onder de overeenkomsten die krachtens artikel 16 van richtlijn [2004/18] zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de regeling voor overheidsopdrachten?

2. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: kan de nationale rechter, inzonderheid deze verwijzende rechter, het eventuele gewijsde over de in de onderhavige [verwijzingsbeslissing] beschreven zaak buiten beschouwing laten aangezien daardoor een juridische situatie is ontstaan die in strijd is met het [recht van de Unie] op het terrein van overheidsopdrachten, en kan gewijsde dat onverenigbaar is met het [recht van de Unie], worden uitgevoerd [...]?"

30. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door partijen in het hoofdgeding, de Italiaanse en de Duitse regering en de Commissie.

31. Op 27 februari 2014 heeft een terechtzitting plaatsgevonden, waaraan partijen in het hoofdgeding, de Italiaanse en de Duitse regering en de Commissie hebben deelgenomen.

III – **Beoordeling**

A – *Ontvankelijkheid*

32. Pizzarotti koestert om twee redenen twijfel omtrent de ontvankelijkheid van het onderhavige prejudiciële verzoek.

33. In de eerste plaats voert zij aan dat richtlijn 2004/18, de enige waarop het onderhavige prejudiciële verzoek ziet, ratione temporis niet toepasselijk is in het hoofdgeding.

34. Pizzarotti voert in de tweede plaats aan dat het antwoord van het Hof geen gevolgen kan hebben voor de oplossing van het hoofdgeding, dat wordt gekenmerkt door verscheidene rechterlijke beslissingen [7] die naar Italiaans recht in kracht van gewijsde zijn gegaan.

35. Geen van de door Pizzarotti aangevoerde excepties van niet-ontvankelijkheid acht ik overtuigend.

36. In de eerste plaats lijkt mij de grond voor niet-toepasselijkheid in het onderhavige geval van richtlijn 2004/18, de enige die door de verwijzende rechter in aanmerking wordt genomen, nauwelijks te volstaan om het onderhavige prejudiciële verzoek niet-ontvankelijk te verklaren.

37. Zoals met name Pizzarotti en de Commissie hebben benadrukt, is het inderdaad vaste rechtspraak [8] dat de relevante datum voor de op een overheidsopdracht toepasselijke wetgeving, het tijdstip is waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen. Hieruit volgt dat in het onderhavige geval de beslissing van 14 augustus 2003 relevant is. [9] Op deze datum was alleen richtlijn 93/37 juncto richtlijn 92/50 toepasselijk.

38. Ik ben echter van mening dat deze fout bij de bepaling van de in casu toepasselijke wetgeving van de Unie van ondergeschikt belang is en in het onderhavige geval geen gevolgen heeft. De relevante bepalingen, namelijk artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37 en artikel 1, sub a, punt iii, van richtlijn 92/50, zijn immers in praktisch gelijkluidende bewoordingen in richtlijn 2004/18 herhaald en laatstgenoemde richtlijn bestaat in wezen in een herziening en een vereenvoudiging van de tot dan toepasselijke wetgeving.

39. In een dergelijke situatie – die duidelijk geen wijziging van de door de verwijzingsbeslissing opgeworpen juridische problematiek of een onderzoek van rechtsvragen die in het kader van het hoofdgeding niet zijn besproken, met zich brengt [10] – ben ik van mening dat een herformulering van de vragen, die in feite een uitlegging van de bepalingen van richtlijn 93/37 beogen, heel goed mogelijk is.

40. In de tweede plaats kan de exceptie van niet-ontvankelijkheid welke is ontleend aan het bestaan van rechterlijke beslissingen die in kracht van gewijsde zijn gegaan en die de antwoorden van het Hof elke nuttige betekenis voor de oplossing van het hoofdgeding ontnemen, evenmin worden aanvaard. De beoordeling van de gevolgen van het feit dat de door de verwijzende rechter genoemde beslissingen kracht of gezag van gewijsde hebben, vormt immers juist de kern van de door de tweede prejudiciële vraag bedoelde problematiek. Zelfs als Pizzarotti met haar argumentatie in feite zou beogen eveneens de relevantie van de gestelde prejudiciële vragen ter discussie te stellen, dan volstaat het eraan te herinneren dat het in beginsel alleen aan de nationale rechter is om, wanneer een geding voor hem aanhangig is, de relevantie te beoordelen van de prejudiciële vragen die hij het Hof voorlegt. Het Hof zal slechts anders handelen wanneer de verlangde uitlegging van het recht van de Unie „duidelijk”

7 — Pizzarotti verwijst naar twee beslissingen: de eerste is die van het Tribunale amministrativo regionale per la Puglia van 18 mei 2004, waarin, oordelend inzake het door een uitgesloten inschrijver ingestelde beroep, is geoordeeld dat de opdracht voor een marktonderzoek een louter verkennend karakter had, met het doel passende oplossingen te zoeken voor de verwezenlijking van het gerechtsgebouw te Bari, en derhalve geen verplichting voor de gemeentelijke autoriteiten inhield om later een opdracht voor de uitvoering van werken te gunnen. De tweede is arrest nr. 4267/2007 van de Consiglio di Stato, dat genoemde autoriteiten zou hebben verplicht de ingeleide procedure tot een goed einde te brengen door met Pizzarotti een overeenkomst voor de huur van een toekomstige zaak te sluiten.

8 — Zie met name arrest Commissie/Nederland (C-576/10, EU:C:2013:510, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

9 — Zoals de Consiglio di Stato heeft opgemerkt, „vormen het door de Comune di Bari verrichte marktonderzoek, de keuze, na de afronding daarvan, van het door Pizzarotti uitgewerkte voorstel, de indiening van genoemd voorstel bij het ministerie van Justitie en nota nr. 249 van 4 februari 2004 van deze autoriteit, stappen in een complexe procedure, gericht op de verwezenlijking van een nieuw gerechtsgebouw.”

10 — Het Hof heeft in deze zin voortdurend herhaald dat het tot taak heeft alle bepalingen van het recht van de Unie uit te leggen die noodzakelijk zijn voor de beslechting van bij de nationale rechterlijke instanties aanhangige gedingen, ook wanneer die bepalingen niet uitdrukkelijk worden genoemd in de door die rechterlijke instanties gestelde vragen (zie met name arresten Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, punt 39, en Worten, C-342/12, EU:C:2013:355, punt 30).

geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het probleem hypothetisch is en het Hof niet beschikt over de feitelijke en juridische gegevens die het nodig heeft om een nuttig antwoord op de gestelde vragen te kunnen geven.[11] Dat lijkt mij niet het geval.

41. In deze omstandigheden ben ik van mening dat het prejudiciële verzoek ontvankelijk moet worden geacht.

B – *Eerste prejudiciële vraag: bestaan van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van richtlijn 93/37*

1. Uiteenzetting van het probleem

42. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter opheldering te verkrijgen omtrent de juridische kwalificatie naar het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten, van een overeenkomst die door de verwijzende rechter als een „te sluiten overeenkomst voor de huur van een toekomstige zaak, ook in de laatstelijk voorgestelde vorm van een voorovereenkomst tot verhuur" wordt aangeduid.

43. Meer in het bijzonder dient te worden vastgesteld of het door de Comune di Bari aan Pizzarotti voorgelegde voorstel, nadat de aanvankelijk vastgestelde overheidsfinanciering was ingetrokken (zie punten 14 en 15 van de onderhavige conclusie), moet worden geacht te leiden tot de conclusie dat er sprake is van een vorm van huur waarop de wetgeving van de Unie inzake overheidsopdrachten niet van toepassing is, of dat het voorstel daarentegen de Comune di Bari verplicht tot het plaatsen van een overheidsopdracht voor werken, en derhalve de inleiding van een nieuwe procedure vereist.

44. In hoofdzaak staan twee opvattingen tegenover elkaar.

45. Pizzarotti en de Italiaanse regering, in meerdere opzichten ondersteund door de Duitse regering, voeren aan dat de in het hoofdgeding bedoelde overeenkomst niet voldoet aan de criteria van de omschrijving van een opdracht voor werken, die in de toepasselijke voorschriften zijn opgenomen en die door het Hof zijn verduidelijkt. Genoemde overeenkomst valt volgens hen onder de uitsluiting van artikel 1, sub a, punt iii, van richtlijn 92/50 en van artikel 16, sub a, van richtlijn 2004/18.

46. Zij stellen in de eerste plaats dat het hoofdgeding geen betrekking heeft op de verwezenlijking van een werk, maar op de huur van een onroerend goed. Dat blijkt met name uit de bewoordingen van de aankondiging van de opdracht en uit de beslissing van de Comune di Bari van 18 december 2013, evenals uit de kenmerkende eigenschappen van de overeenkomst, die typerend zijn voor een huurovereenkomst als bedoeld in artikel 1571 van het Italiaanse burgerlijk wetboek en die duidelijk verschillen van die welke aan de orde waren in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest KölnMesse.

47. Zij voeren in de tweede plaats aan dat de Comune di Bari in het hoofdgeding niet verplicht is om een financiële tegenprestatie te leveren voor het verkrijgen van bouwwerken die aan haar rechtstreeks economisch belang beantwoorden, hetgeen aan de overeenkomst de bezwarende titel ontneemt.

48. Pizzarotti en de Italiaanse regering stellen in de derde plaats dat de Comune di Bari niet bevoegd is om Pizzarotti, langs juridische weg, te dwingen de werken uit te voeren.

11 — Zie in deze zin arrest Fish Legal en Shirley (C-279/12, EU:C:2013:853, punt 30).

49. Zij voeren in de vierde plaats aan dat de Comune di Bari bij het door de Commissione di manutenzione della Corte d'appello di Bari vastgestelde document noch technische specificaties, als bedoeld in punt 1 van bijlage III bij richtlijn 93/37 of in punt 1, sub a, van bijlage VI bij richtlijn 2004/18, noch een bestek, als bedoeld in artikel 10 van richtlijn 93/37 of van artikel 23 van richtlijn 2004/18, heeft gevoegd, hetgeen bevestigt dat het niet haar bedoeling was om een overheidsopdracht voor werken te plaatsen, maar om een niet-bindend marktonderzoek te verkrijgen, bedoeld om particuliere initiatieven te verzamelen, die zij in alle vrijheid en zonder enige verplichting tot besluitvorming wilde beoordelen. Pizzarotti en de Italiaanse regering voegen daaraan toe dat de in het hoofdgeding bedoelde overeenkomst in elk geval wordt gekenmerkt door het ontbreken van duidelijke technische specificaties met betrekking tot de soort te verrichten werkzaamheden, zoals die in de zaak KölnMesse waren vastgesteld.

50. De Comune di Bari en de Commissie zijn van mening dat de in het hoofdgeding bedoelde overeenkomst een overheidsopdracht vormt, als bedoeld in artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37, waarvan de gunning had moeten worden verricht met inachtneming van de in genoemde richtlijn vastgestelde voorschriften inzake de procedures en transparantie.

51. Vastgesteld moet worden dat de door partijen in het hoofdgeding en de verschillende interveniërende partijen in de onderhavige procedure ontwikkelde argumenten in wezen betrekking hebben op de vraag of in het hoofdgeding is voldaan aan de door het Hof met name in zijn arrest KölnMesse in herinnering geroepen en verduidelijkte voorwaarden voor het oordeel dat er sprake is van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, als bedoeld in de wetgeving van de Unie.

52. Ik merk op dat de zaak KölnMesse betrekking had op een probleem inzake de juridische kwalificatie van de betrokken verrichting, dat verschilt van het probleem dat wordt opgeworpen door de eerste vraag in het onderhavige prejudiciële verzoek. In genoemde zaak was het Hof verzocht om vast te stellen of het aspect „huur" van de tussen de stad Keulen en de Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR gesloten overeenkomst de overhand had over de doelstelling om bouwwerken op te richten. De in artikel 1, sub a, punt iii, van richtlijn 92/50 en in artikel 16, sub a, van richtlijn 2004/18 bedoelde uitsluiting was geenszins aan de orde.

53. In het hoofdgeding rijst, gelet op de door de verwijzende rechter gekozen formulering, voor alles de vraag of verrichtingen die betrekking hebben op toekomstige zaken, onder de bij deze bepalingen vastgestelde uitzondering van de toepassing van de regels inzake overheidsopdrachten kunnen vallen. Dat houdt in dat de verwijzende rechter volgens mij is uitgegaan van de hypothese dat de bedoelde overeenkomst betrekking heeft op een overheidsopdracht voor diensten die, in het licht van de bijzondere kenmerken ervan, aan de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten kan ontsnappen.

54. Ik zal daarom in de eerste plaats uiteenzetten waarom de betrokken uitzondering volgens mij in elk geval geen betrekking kan hebben op werken waarvan de verwezenlijking niet is begonnen.

55. Gelet op het feit dat zou kunnen worden geoordeeld dat er bovendien, zelfs afgezien van deze door de verwijzende rechter voorgelegde prejudiciële vraag, moet worden beslist inzake het punt of in de concrete omstandigheden van het onderhavige geval is voldaan aan de voorwaarden voor het oordeel dat er sprake is van een „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken" in plaats van een overheidsopdracht voor diensten, zal ik aangeven op welke wijze in het onderhavige geval het litigieuze voorstel voor een overeenkomst volgens mij, in het verlengde van de aanwijzingen in het arrest KölnMesse, moet worden benaderd.

2. Artikel 1, sub a, punt iii, van richtlijn 92/50 betreft noodzakelijkerwijs verrichtingen met betrekking tot een bestaand onroerend goed

56. Het lijkt mij juist te herinneren aan een belangrijk criterium dat in aanmerking moet worden genomen om vast te stellen of een verrichting al dan niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten valt: de wetgeving van de Unie op het gebied van overheidsopdrachten heeft als belangrijkste doelstelling de opheffing van de beperkingen van de fundamentele vrijheden en de bevordering van daadwerkelijke mededinging. [12]

57. Deze doelstelling komt in gevaar wanneer een aanbestedende dienst, zonder van tevoren de bij de wetgeving van de Unie vastgestelde procedures voor het plaatsen van opdrachten te hebben toegepast, een onderneming belast met de uitvoering van werken of diensten, om het even op grond waarvan en in welk verband genoemde werken of diensten worden verwezenlijkt en met welk doel. [13]

58. Het doeltreffend nastreven van genoemde doelstelling houdt noodzakelijkerwijs in dat de kwalificatie van een gegeven verrichting als opdracht voor de uitvoering van werken ruim moet worden uitgelegd en dat de uitsluitingsgevallen tegelijkertijd strikt moeten worden opgevat.

59. Dat geldt met name voor de specifieke uitsluitingen van bepaalde overheidsopdrachten voor dienstverlening, als bedoeld in artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 (die in wezen zijn herhaald bij artikel 16 van richtlijn 2004/18). [14] Zoals is gesteld in punt 24 van de considerans van richtlijn 2004/18 zijn het de „bijzondere kenmerken” van bepaalde opdrachten, waardoor toepassing van de aanbestedingsvoorschriften voor overheidsopdrachten niet geschikt is.

60. De uitsluiting betreffende de verwerving of huur van onroerende zaken [15], in ruime zin, kan volgens mij slechts betrekking hebben op bestaande zaken. De mededinging die voortvloeit uit de toepassing van de regels betreffende overheidsopdrachten houdt immers weinig in wanneer zij betrekking heeft op de huur of de verkoop van een gegeven bestaande zaak, die zich op grond van zijn unieke karakter niet leent voor een vergelijking met andere zaken. Overigens blijkt uit bepaalde voorbereidende werkzaamheden dat de aanvankelijke uitsluiting van overeenkomsten betreffende de huur of de verwerving van onroerende zaken valt te begrijpen door het lokale en niet-grensoverschrijdende karakter van deze opdrachten. [16] Zodra de betrokken activiteiten daarentegen de verwezenlijking van toekomstige onroerende zaken meebrengen en derhalve de uitvoering van werken, blijken de bij deze regels vereiste mededinging en transparantie geenszins ongeschikt en moeten genoemde regels worden toegepast. Ook de verwijzing in de betrokken bepalingen naar „andere onroerende zaken” moet volgens mij aldus worden uitgelegd dat er zaken mee worden bedoeld van een andere aard dan grond of gebouwen en niet zaken die nog niet verwezenlijkt zijn.

61. Hieruit volgt dat, zonder dat er een precieze uitspraak hoeft te worden gedaan omtrent de vraag vanaf welk stadium een onroerende zaak een bestaande zaak wordt, de uitzondering betreffende de verwerving of huur van „grond, gebouwen of andere onroerende zaken” in geen enkel geval zaken kan omvatten waarvan de verwezenlijking zelfs nog niet is begonnen, zoals dat het geval lijkt te zijn in het hoofdgeding. Ingeval een overheidsinstantie in het kader van bepaalde diensten kiest voor verwerving of huur van een te verwezenlijken werk, moet de verrichting worden onderworpen aan de bij de relevante wetgeving vastgestelde procedures voor het plaatsen van opdrachten.

12 — Zie de tweede en de tiende overweging van de considerans van richtlijn 93/37, evenals punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18.

13 — Zie in deze zin de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Auroux e.a. (C-220/05, EU:C:2006:410, punt 43).

14 — Zie eveneens artikel 10, sub a, van de recente richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB L 94, blz. 65).

15 — Artikel 1, sub a, punt iii, van richtlijn 92/50 en artikel 16, sub a, van richtlijn 2004/18.

16 — Zie met name de toelichting bij het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor het verrichten van diensten, gepubliceerd op 6 december 1990 [COM(90) 372 def. – SYN 293).

3. Aan de bestaansvoorwaarden van een opdracht voor de uitvoering van werken is in elk geval voldaan in een situatie zoals in het hoofdgeding aan de orde

62. Zoals het Hof voortdurend in herinnering heeft geroepen, behoort de kwalificatie van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken tot het gebied van het recht van de Unie en moet zij onafhankelijk zijn van de kwalificatie waarvoor op de grondslag van het nationale recht is gekozen.[17] Voor het oordeel of een overeenkomst of een verrichting binnen de werkingssfeer van een richtlijn betreffende overheidsopdrachten valt, zijn de door partijen bij de overeenkomst mogelijk gekozen juridische kwalificaties evenmin bepalend.[18]

63. Wat het hoofdgeding betreft, is de formele kwalificatie van de litigieuze overeenkomst als „huurovereenkomst" derhalve niet doorslaggevend. Het feit dat de bedoelde overeenkomst, zoals Pizzarotti en de Italiaanse regering stellen, bepaalde kenmerken heeft van een huurovereenkomst van een onroerendgoedcomplex als bedoeld in artikel 1571 van het Italiaans burgerlijk wetboek, is in het geheel niet relevant.

64. In deze context is een verduidelijking geboden. De vrijheid waarover de nationale autoriteiten beschikken bij de keuze van de wijze van contracteren die zij geschikt achten voor de verwezenlijking van werken of van diensten, of de rechtmatigheid van het gebruiken van bepaalde soorten overeenkomsten wordt volstrekt niet ter discussie gesteld; aan de orde is echter het voorkomen van het gevaar dat de regels op het gebied van overheidsopdrachten worden omzeild, hetgeen door het gebruik van bepaalde soorten overeenkomsten zou kunnen worden bewerkstelligd. Met andere woorden: de wetgeving van de Unie op het gebied van overheidsopdrachten houdt geen oordeel in over de rechtmatigheid van het gebruik van een huurovereenkomst, met het oog op de bouw van een werk, mits voorafgaand aan de sluiting daarvan de bij deze wetgeving vastgestelde regels omtrent de bekendmaking en de mededinging in acht zijn genomen.

65. Bovendien moet de werkingssfeer van de richtlijn worden vastgesteld met verwijzing naar enkel objectieve voorwaarden die uitdrukkelijk zijn omschreven bij de op dat gebied vastgestelde richtlijnen.

66. Dat houdt om te beginnen in dat de werkelijke of veronderstelde doelstellingen die de autoriteiten beogen na te streven, niet relevant zijn bij de vaststelling of een overeenkomst moet worden gekwalificeerd als een opdracht voor de uitvoering van werken. Derhalve kan geen rekening worden gehouden met de omstandigheid, gesteld dat die is aangetoond, dat de Comune de Bari slechts het voornemen heeft gehad om de rechterlijke macht te voorzien van één gerechtsgebouw te Bari, zonder dat daarvoor noodzakelijkerwijs werken hoeven te worden verwezenlijkt.

67. Het Hof heeft aldus benadrukt dat de omschrijving van het begrip „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken" in artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37 alle verrichtingen omvat waarbij een overeenkomst onder bezwarende titel wordt gesloten tussen een aanbestedende dienst en een aannemer, die betrekking heeft op de verwezenlijking door deze aannemer van een „werk" in de zin van artikel 1, sub c, van deze richtlijn. Fundamenteel in dit verband is dat het werk conform de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen wordt verwezenlijkt, terwijl niet van belang is welke middelen daarvoor worden gebruikt.[19] Daartoe dient genoemde aanbestedende dienst maatregelen te hebben genomen om de kenmerken van het werk te omschrijven of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen.[20]

17 — Zie arrest Auroux e.a. (C-220/05, EU:C:2007:31, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 — Arrest KölnMesse (punt 54).

19 — Arrest KölnMesse (punt 55).

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

68. Ten slotte blijkt uit de rechtspraak dat wanneer sommige bestanddelen van een overeenkomst betrekking hebben op een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en sommige andere op een ander soort overheidsopdracht, op grond van het hoofdvoorwerp van de overeenkomst moet worden bepaald welke rechtsregels van de Unie van toepassing zijn. [21]

69. In het onderhavige geval leiden de stukken in het dossier mij tot conclusie dat de in het hoofdgeding bedoelde verrichting alle kenmerken bevat van een opdracht voor de uitvoering van werken, aangezien deze per slot van rekening als hoofdvoorwerp de verwezenlijking onder bezwarende titel van een werk heeft, dat voldoet aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen.

70. In de eerste plaats bewijzen deze bestanddelen dat de doelstelling van de gehele in casu litigieuze procedure, die is begonnen met de publicatie van de aankondiging van een opdracht op 14 augustus 2003, bestond in de oprichting van een nieuw gerechtsgebouw, overeenkomstig de door de bevoegde autoriteiten kenbaar gemaakte wensen, bestemd om alle te Bari zittende rechters onderdak te bieden.

71. Dat blijkt om te beginnen uit de openbare aankondiging van een marktonderzoek („Ricerca di mercato") van 14 augustus 2003, waarin met name wordt vermeld dat „de inschrijver zich door zijn inschrijving verplicht om voor 31 december van het lopende kalenderjaar met de bouwwerkzaamheden te beginnen".

72. Vervolgens blijkt uit het bij deze aankondiging van een onderzoek gevoegde document, dat is opgesteld door de Corte d'appello di Bari en goedgekeurd door de Commissione di manutenzione [document met het opschrift „Quadro esigenziale" (programma van eisen)], waarvan de relevantie voor het onderzoek van de ontwerpovereenkomst niet ter discussie is gesteld [22], dat de bevoegde autoriteiten een zeker aantal eisen met betrekking tot de structuur, de functies en de organisatie hebben kenbaar gemaakt waaraan het voorstel voor het gerechtsgebouw diende te voldoen, rekening houdend met de toepasselijke wetgeving en met een geheel van statistische gegevens betreffende de werkzaamheden van de rechterlijke macht te Bari. Deze eisen, die zijn uiteengezet op meerdere tientallen bladzijden, gaan volgens mij veel verder dan de eisen die een huurder gewoonlijk aan een nieuw gebouw van een zekere grootte stelt. [23]

73. Ten slotte verwijst besluit nr. 1045/2003 van de gemeenteraad van 18 december 2003 betreffende de keuze van het door Pizzarotti ingediende voorstel uitdrukkelijk naar de „verwezenlijking van één gerechtsgebouw" voor de rechterlijke macht.

74. Meer algemeen ben ik van mening dat het onmiddellijke en derhalve voornaamste doel van een overeenkomst betreffende een werk in de zin van de richtlijnen 93/37 en 2004/18 waarvan de oprichting nog niet is begonnen in principe en in het verlengde van de aanwijzingen van het arrest KölnMesse, los van de krachtens nationaal recht gekozen contractuele vorm, niet kan worden beoordeeld als de verhuur van een onroerend goed. Het voornaamste doel van een dergelijke overeenkomst kan logischerwijs enkel de oprichting van genoemd werk zijn, dat later op grond van een als verhuurovereenkomst gekwalificeerde contractuele verhouding ter beschikking van de aanbestedende dienst moet worden gesteld. [24]

75. Om terug te komen op het hoofdgeding, lijkt het dat Pizzarotti in geen geval kon voldoen aan de in het ontwerp van de voorovereenkomst tot verhuur voorziene verplichting om het specifieke werk in het vastgestelde gebied ter beschikking te stellen zonder het eerst op te richten.

21 — Zie met name arrest KölnMesse (punt 57).

22 — Het ontwerp van de voorovereenkomst tot verhuur, van mei 2012, verwijst met name in punt 10 van de considerans ervan en in artikel 7 ervan naar dat programma van eisen.

23 — Arrest KölnMesse (punt 58).

24 — Ibidem (punt 56).

76. De talrijke in de naslagdocumenten opgenomen technische specificaties tonen aan dat de aanbestedende dienst maatregelen heeft genomen teneinde de kenmerken van het werk vast te stellen of om op zijn minst een beslissende invloed uit te oefenen op het ontwerp daarvan. Deze elementen, evenals de grote hoeveelheid geschillen die zijn voortgevloeid uit het niet-sluiten van de in het hoofdgeding bedoelde overeenkomst, benadrukken volgens mij duidelijk dat Pizzarotti niet bereid zou zijn geweest het betrokken werk te verwezenlijken zonder door de Comune di Bari opgestelde specifieke vereisten en de aanvaarding door laatstgenoemde van het in antwoord op de openbare aankondiging van het marktonderzoek opgestelde uitvoeringsvoorstel.

77. In de tweede plaats lijkt het mij duidelijk genoeg dat de in het hoofdgeding bedoelde overeenkomst onder bezwarende titel is gesloten, hoewel deze op dat punt verschilt van de zaak KölnMesse. [25]

78. Het is stellig juist dat de vergoeding in de vorm van jaarlijkse huurbedragen die de Comune di Bari geacht wordt te betalen gedurende de looptijd van 18 jaar van de litigieuze overeenkomst, de bouwkosten van het werk volstrekt niet dekt.

79. Deze vaststelling kan evenwel niet leiden tot de ontkenning dat in casu sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel.

80. Om immers een overheidsopdracht voor diensten te onderscheiden van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken [26], en anders dan Pizzarotti en de Italiaanse en de Duitse regering lijken te stellen [27], kan geen doorslaggevend gewicht worden toegekend aan het bedrag van de financiële tegenprestatie voor de uitvoering van de bouwwerkzaamheden. Zoals het Hof voor recht heeft verklaard, is voor de kwalificatie van een opdracht het hoofdvoorwerp doorslaggevend, en niet het bedrag van de aan de aannemer te betalen vergoeding of de in dat kader overeengekomen betaalregeling. [28] Het feit dat de betaling van de jaarlijkse huurbedragen gedurende 18 jaar, inmiddels voorzien in de bedoelde overeenkomst, de bouwkosten van het werk niet volledig dekt, kan in geen geval het bezwarende karakter van de overeenkomst wijzigen en derhalve leiden tot de uitsluiting van het bestaan van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken. Het daadwerkelijk verkrijgen van een voordeel door de ondernemer kan geen noodzakelijke voorwaarde vormen voor de kwalificatie van een overeenkomst als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken. [29]

81. De voorwaarde dat er sprake moet zijn van een „rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst” houdt niet noodzakelijkerwijs in dat laatstgenoemde eigenaar wordt van het werk, maar kan ook worden vervuld doordat de betrokken autoriteit krachtens een huurovereenkomst over het werk zal kunnen beschikken. [30]

82. Gelet op het bovenstaande stel ik voor om op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat een overeenkomst voor de huur van een toekomstige zaak, met de kenmerken zoals die in het hoofdgeding, moet worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken als bedoeld in artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37.

25 — In deze zaak heeft de Duitse regering verwezen naar de omstandigheid dat het totaal aan Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR te betalen huurbedrag, dat uiteindelijk ongeveer 600 miljoen EUR zou belopen, veel hoger was dan de bouwkosten, die circa 235 miljoen EUR bedroegen.

26 — In afwijking van het onderscheid tussen een overheidsopdracht voor diensten en een overheidsopdracht voor leveringen (zie met name artikel 2 van richtlijn 92/50 en artikel 1, lid 2, sub d, tweede alinea, van richtlijn 2004/18).

27 — Zij verwijzen met name naar de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak Commissie/Duitsland (C-536/07, EU:C:2009:340), waarin hij opperde eveneens een „vergelijking van de kostprijzen” uit te voeren (punt 105).

28 — Zie arrest KölnMesse (punt 61).

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

30 — Zie in deze zin arrest Helmut Müller (EU:C:2010:168, punten 50 en 51).

C – Tweede prejudiciële vraag: uit de beginselen van loyale samenwerking en de eerbiediging van het gezag van gewijsde voortvloeiende eisen in een situatie die met het recht van de Unie onverenigbaar wordt geacht

83. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of hij het eventuele gewijsde over de onderhavige zaak buiten beschouwing kan laten aangezien daardoor een juridische situatie is ontstaan die onverenigbaar is met het recht van de Unie op het terrein van het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, en of het derhalve mogelijk is om gewijsde dat onverenigbaar is met genoemd recht, uit te voeren.

84. Om te beginnen moet ik mijn verbijstering tot uitdrukking brengen betreffende de precieze aanduiding van hetgeen in de ogen van de verwijzende rechter het „gewijsde" vormt, namelijk zowel het thema decidendum als de ratio decidendi, dat vanuit de invalshoek van de eerbiediging van het recht van de Unie problematisch blijkt te zijn.

85. Hoewel ik mij er volledig van bewust ben dat het uiteindelijk alleen aan de nationale rechter is om vast te stellen welk vonnis of welke vonnissen in de weg staan aan de volledige toepassing van het recht van de Unie, brengt de noodzaak om de verwijzende rechter een zo nuttig mogelijk antwoord te verschaffen, mij tot de volgende opmerkingen.

86. In het onderhavige geval wordt het enige „gewijsde" dat de verwijzende rechter noemt [31], gevormd door zijn arrest nr. 4267/2007, meer in het bijzonder door de in dat arrest opgenomen beslissing dat de Comune di Bari „met inachtneming van de beginselen van redelijkheid, goede trouw en het vertrouwensbeginsel, gevolg moet geven aan haar eigen handelingen, de procedure met een redelijkerwijs passend resultaat af moet sluiten en in het kader van de ingediende voorstellen moet nagaan of het werk binnen het gewijzigde budgettaire kader kan worden verwezenlijkt."

87. Aangezien deze beslissing, zoals de Consiglio di Stato opmerkt, „op talrijke en verschillende manieren kan worden toegepast", is het a priori moeilijk te begrijpen waarom de uitvoering van dat arrest noodzakelijkerwijs onverenigbaar met het recht van de Unie zou zijn, en meer in het bijzonder met de toepassing van de relevante wetgeving op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.

88. In navolging van hetgeen de Comune di Bari heeft opgemerkt, lijkt het dat het enige (definitief) gewijsde door de Consiglio di Stato in arrest nr. 4267/2007 betrekking heeft op de verplichting die de Comune (evenals de commissaris ad acta) wordt opgelegd om de met de openbare aankondiging van het marktonderzoek ingeleide procedure af te sluiten. Niets kan a priori uitsluiten dat de afsluiting van deze procedure, als bedoeld in genoemd arrest, de vorm aanneemt van de inleiding van een nieuwe gunningsprocedure, met inachtneming van de voorschriften van de Unie op het gebied van overheidsopdrachten.

89. Het lijkt echter dat de verwijzende rechter op zijn minst voor een deel [32] de door Pizzarotti verdedigde uitlegging tot de zijne heeft gemaakt, volgens welke dat arrest en de daaropvolgende rechterlijke beslissingen aldus moeten worden uitgelegd dat de beoogde „huurovereenkomst" met Pizzarotti moet worden gesloten, hetgeen een met het recht van de Unie onverenigbare situatie oplevert. Bovendien lijkt het dat aan de uitvoeringsbesluiten van de commissaris ad acta (zie arrest nr. 8420/2010) een zeker gezag is toegekend. Volgens mijn begrip van het Italiaanse wetboek

31 — En dat zelfs waar partijen nakoming van arrest nr. 8420/2010 lijken te hebben gevorderd.

32 — Zie in dat opzicht het overzicht van de door de Consiglio di Stato vastgestelde beslissingen, met name naar aanleiding van de handelingen van de commissaris ad acta van 27 mei 2010 (punten 23-25 van de onderhavige conclusie).

bestuursprocesrecht is de rechter bevoegd zich uit te spreken over alle vragen met betrekking tot de juiste nakoming van vonnissen, met inbegrip van die welke voortvloeien uit de handelingen van de commissaris ad acta, wanneer laatstgenoemde handelt in zijn hoedanigheid van verlengstuk van het gerecht.

90. Indien overigens blijkt dat de verwijzende rechter over de bevoegdheid beschikt om het dictum van arrest nr. 4267/2007 aan te vullen, zoals lijkt voort te vloeien uit de bepalingen van genoemd wetboek bestuursprocesrecht [33] en zoals deze door de verwijzende rechter worden uitgelegd, hetgeen aanleiding geeft tot wat hij als een „in stappen gevormd gewijsde" kwalificeert, lijkt het mij moeilijk om te concluderen dat het beginsel van onaantastbaarheid van het gewijsde ter discussie wordt gesteld. Zodra immers de rechter over de bevoegdheid beschikt om een eerder vastgestelde beslissing te preciseren of om daarop terug te komen, moet deze mogelijkheid onder dezelfde voorwaarden worden erkend met het oog op het waarborgen van de volledige toepassing van het recht van de Unie.

91. In een dergelijke situatie gaat het er voor de nationale rechter tenslotte om, bij de uitvoering van voor meerderlei uitleg vatbare rechterlijke beslissingen voorrang te geven aan degene die waarborgt dat de overheid handelt overeenkomstig het recht van de Unie.

92. Ingeval de verwijzende rechter tot de conclusie komt dat de juiste toepassing van het recht van de Unie op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken onvermijdelijk botst met het gewijsde bij zijn arrest nr. 4267/2007 of bij latere beslissingen [34], hetgeen hij als enige mag nagaan, valt de wijze van toepassing van het gezag van gewijsde daarentegen onder de procedurele autonomie van de lidstaten, mits de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid worden geëerbiedigd.

93. Wat dat betreft herinnert het Hof onophoudelijk aan het belang van het beginsel van het gezag van gewijsde, zowel in de rechtsorde van de Unie als in de nationale rechtsorden. Om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtspleging te garanderen, is het immers van belang dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of na afloop van de voor deze beroepen voorziene termijnen, niet meer opnieuw in geding kunnen worden gebracht. [35] Het recht van de Unie gebiedt derhalve een nationale rechter niet, nationale procedureregels die een beslissing gezag van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al zou zodoende een schending van het recht van de Unie door deze beslissing kunnen worden opgeheven. [36]

94. Bij gebreke van een Unieregeling ter zake is de wijze waarop het beginsel van het gezag van gewijsde ten uitvoer wordt gelegd, krachtens het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten een zaak van hun interne rechtsorde. Deze procesregels mogen echter niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale rechten gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het recht van de Unie verleende rechten mag in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt (doeltreffendheidsbeginsel). [37]

95. Het arrest Lucchini [38] vormt schijnbaar een doorbreking van het beginsel van het gezag van gewijsde en is door het Hof zelf afgebakend tot het zeer specifieke gebied van de staatssteun.

33 — Decreto legislativo (wetsdecreet) nr. 104 van 2 juli 2010 (GURI nr. 156 van 7 juli 2010).

34 — De Consiglio di Stato merkt in feite op dat het zijn uitvoeringsbeslissingen (van 15 april 2010 en van 3 december 2010) met betrekking tot de activiteiten van de commissaris ad acta zijn die tot een mogelijk met het recht van de Unie strijdige situatie hebben geleid, aangezien daarin is gelast de noodzakelijke handelingen vast te stellen voor de sluiting van de huurovereenkomst van een toekomstige zaak, die deze onderneming bij wijze van laatste voorstel na de ingrijpende wijziging van het budgettaire kader in 2004, aan de overheid had voorgelegd.

35 — Zie met name arresten Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punt 38), Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178, punt 20) en Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506, punt 22).

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

37 — Arresten Kapferer (EU:C:2006:178, punt 22) en Fallimento Olimpiclub (EU:C:2009:506, punt 24).

38 — C-119/05, EU:C:2007:434.

96. Het Hof heeft in dat arrest immers gepreciseerd dat, aangezien de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen of van een steunregeling met de gemeenschappelijke markt onder de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie valt, die daarbij onder toezicht van de gemeenschapsrechter staat, het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de toepassing van een bepaling van nationaal recht waarin het beginsel van het gezag van gewijsde is neergelegd, zoals artikel 2909 van het Italiaanse burgerlijk wetboek, voor zover toepassing daarvan in de weg staat aan de terugvordering van staatssteun die in strijd met het gemeenschapsrecht is verleend en waarvan de onverenigbaarheid met de gemeenschappelijk markt bij een definitief geworden beschikking van de Commissie is vastgesteld. [39]

97. De bijzondere kenmerken van de zaak Lucchini zijn eveneens benadrukt in het arrest Fallimento Olimpiclub [40], waarbij het Hof heeft gepreciseerd dat de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dat arrest een geheel specifieke situatie betrof waarin de beginselen betreffende de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Europese Gemeenschap inzake staatssteun ter discussie stonden, in die zin dat de Commissie bij uitsluiting bevoegd is om te oordelen over de verenigbaarheid van een nationale steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt.

98. De aangevoerde overeenkomst tussen de verplichtingen van bestuursorganen op grond van hun samenwerkingsverplichting en de verplichtingen die op grond daarvan gelden voor de nationale rechters, zoals die met name in het arrest Kühne & Heitz [41] zijn gepreciseerd, acht ik verre van overtuigend.

99. De eerbiediging van zowel het definitieve karakter van een administratieve beslissing als het aan een rechterlijke beslissing verbonden gezag berust, gelet op het rechtszekerheidsbeginsel, stellig op de noodzaak om de stabiliteit van de rechtsbetrekkingen te beschermen. Op dezelfde wijze heeft het hoofdgeding betrekking op de bijzondere situatie waar, volgens de door de Consiglio di Stato verschafte inlichtingen, laatstgenoemde het dictum van een van zijn definitief geworden beslissingen kan aanvullen en in voorkomend geval kan terugkomen op de door de commissaris ad acta ter uitvoering van genoemde beslissingen vastgestelde besluiten.

100. Gesteld evenwel dat deze mogelijkheid kan worden beschouwd als de erkenning van een matiging van de onaantastbaarheid van het gezag van het definitief gewijsde, hetgeen niet duidelijk is gebleken (zie punt 90 van de onderhavige conclusie), dan is er sprake van een belangrijk onderscheid tussen de mogelijkheid om een definitief geworden administratieve beslissing opnieuw te onderzoeken en de mogelijkheid om terug te komen op een rechterlijke beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan. De verplichting voor het bestuursorgaan om onder bepaalde voorwaarden terug te komen op een definitief geworden besluit, bevestigd bij het arrest Kühne & Heitz (EU:C:2004:17), berust op de veronderstelling dat een dergelijk heronderzoek derden niet kan schaden. Aan deze voorwaarde is volgens mij niet voldaan bij de herziening van rechterlijke beslissingen die gezag van gewijsde hebben. Ik ben bovendien van mening dat dat arrest in wezen kan worden opgevat als een toepassing van de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid, gelet op de mogelijkheid die in het nationale recht was erkend om onder bepaalde voorwaarden terug te komen op definitief geworden administratieve besluiten.

101. Uit het bovenstaande volgt dat het in principe niet aan de nationale rechter is om terug te komen op een rechterlijke beslissing die een met het recht van de Unie onverenigbare situatie in het leven heeft geroepen, in voorkomend geval door de gevolgen van latere rechterlijke uitvoeringsbeslissingen.

39 — Ibidem (punten 62 en 63).

40 — Arrest Fallimento Olimpiclub (EU:C:2009:506, punt 25).

41 — Arrest Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, punt 28). Zie ook arresten i-21 Germany en Arcor (C-392/04 en C-422/04, EU:C:2006:586, punten 51-55) en Kempter (C-2/06, EU:C:2008:78).

102. Er bestaat overigens een mogelijkheid om deze schending van het recht van de Unie te verhelpen. In het geval waar de kracht van gewijsde het onmogelijk maakt om het recht van de Unie toe te passen, blijft immers de mogelijkheid open om vergoeding van de bij particulieren veroorzaakte schade te vorderen. [42]

103. Ik stel bijgevolg voor om op de tweede prejudiciële vraag te antwoorden dat het alleen aan de nationale rechter is om de precieze bewoordingen vast te stellen van een rechterlijke beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan. De wijze van uitvoering van een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing valt onder de interne rechtsorde van de lidstaten, mits de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in acht worden genomen. Ingeval de nationale rechter krachtens nationale regels beschikt over de bevoegdheid om de bewoordingen van het gewijsde aan te vullen en zelfs te vervangen, is het aan hem om deze bevoegdheid zodanig uit te oefenen dat het recht van de Unie juist kan worden toegepast.

IV – **Conclusie**

104. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Consiglio di Stato te beantwoorden als volgt:

„1) Een overeenkomst voor de huur van een toekomstige zaak, met de kenmerken zoals die in het hoofdgeding, moet worden gekwalificeerd als een ‚overheidsopdracht voor de uitvoering van werken' als bedoeld in artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.

2) Het is alleen aan de nationale rechter om de precieze bewoordingen vast te stellen van een rechterlijke beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan. De wijze van uitvoering van een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing valt onder de interne rechtsorde van de lidstaten, mits de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in acht worden genomen. Ingeval de nationale rechter krachtens nationale regels beschikt over de bevoegdheid om de bewoordingen van het gewijsde aan te vullen en zelfs te vervangen, is het aan hem om deze bevoegdheid zodanig uit te oefenen dat het recht van de Unie juist kan worden toegepast."

42 — Zie in deze zin arrest Köbler (EU:C:2003:513, punten 51 e.v.).