Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NILSA WAHLA
przedstawiona w dniu 15 maja 2014 r.[1]

Sprawa C-213/13

Impresa Pizzarotti & C.S.p.A.
przeciwko
Comune di Bari

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di Stato (Włochy)]

Zamówienia publiczne — Dyrektywy 93/37/WE i 2004/18/WE — Pojęcie zamówienia publicznego na roboty budowlane — Umowa, która ma być zawarta, dotycząca najmu obiektu budowlanego dotychczas niezbudowanego — Skutki zasady powagi rzeczy osądzonej w przypadku sytuacji niezgodnej z prawem Unii

1. Projekt utworzenia nowej siedziby sądów w Bari (Włochy) mający na celu racjonalizację wykorzystania zasobów udostępnionych sądom należącym do jej okręgu, poprzez utworzenie jednej siedziby dla wszystkich sądów, w sposób co najmniej paradoksalny stał się teatrem zagorzałego sporu. Świadczą o tym okoliczności sporządzenia niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w ramach sporu spółki Impresa Pizzarotti & C.S.p.A. (zwanej dalej „Pizzarotti") z władzami włoskiego samorządu terytorialnego w następstwie ogłoszenia o badaniu rynku, dotyczącego wzniesienia nowej siedziby sądów. Wniosek ten jest jednoczesny ze skargą skierowaną do Komisji Europejskiej przez Comune di Bari [gminę Bari], która doprowadziła do wszczęcia postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przeciwko Republice Włoskiej w trybie art. 258 TFUE.

2. W niniejszej sprawie zwrócono się do Trybunału o sprecyzowanie, w drodze rozwinięcia wniosków płynących ze sprawy znanej jako „KölnMesse"[2], czy umowa najmu obiektu budowlanego, który ma zostać zrealizowany w przyszłości, taka jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, jest objęta zakresem przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych na roboty budowlane. Jeśli tak, i gdyby również stwierdzono, że takiej kwalifikacji stoją na przeszkodzie zapadłe orzeczenia sądowe mające powagę rzeczy osądzonej, Trybunał ma wypowiedzieć się na temat zakresu zasady nienaruszalności powagi rzeczy osądzonej w sytuacji uznanej za niezgodną z prawem Unii.

I – **Ramy prawne**

3. Zgodnie z motywem dziewiątym dyrektywy 92/50/EWG[3], „zamówienia dotyczące nabycia, najmu lub dzierżawy nieruchomości lub dotyczące praw do nich wykazują szczególne cechy sprawiające, iż stosowanie do nich reguł udzielania zamówień nie jest właściwe".

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Wyrok Komisja/Niemcy, C-536/07 EU:C:2009:664 (zwany dalej „wyrokiem w sprawie KölnMesse").

3 — Dyrektywa Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1).

4. Artykuł 1 lit. a) dyrektywy 92/50/EWG definiuje „zamówienia publiczne na usługi”, w rozumieniu tej dyrektywy, jako „umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą, z wyłączeniem […] iii) zamówień, których przedmiotem jest, bez względu na sposób finansowania, nabycie, najem lub dzierżawa gruntów, istniejących budynków i innych nieruchomości lub praw do nich […]”.

5. Artykuł 1 lit. a) dyrektywy 93/37/EWG [4] definiuje „zamówienia publiczne na roboty budowlane”, dla celów tej dyrektywy, jako „umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między wykonawcą a instytucją zamawiającą, określoną w lit. b), których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno wykonanie, jak i zaprojektowanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku II lub obiektu budowlanego, określonego w lit. c), albo wykonanie, za pomocą jakichkolwiek środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą”.

6. Pośród działalności zawodowych objętych załącznikiem II do dyrektywy 93/37 znajduje się, w ramach klasy 50, „Budownictwo i inżynieria lądowa i wodna”. Klasa ta obejmuje, w szczególności, „Roboty w zakresie budownictwa ogólnego oraz inżynierii lądowej i wodnej (bez szczegółowej specyfikacji)” (podgrupa 500.1), a także „budow[ę] mieszkań, budynków biurowych, szpitali i innych budynków mieszkalnych i niemieszkalnych” (grupa 501).

7. Motyw 24 dyrektywy 2004/18/WE [5] stanowi:

„W ramach usług zamówienia na nabycie lub najem nieruchomości lub praw do takich nieruchomości posiadają pewne specyficzne cechy, które sprawiają, iż zasady udzielania zamówień publicznych nie mają w tym przypadku zastosowania”.

8. Zgodnie z art. 1 ust. 2 tej dyrektywy:

„a) »Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy.

b) »Zamówienia publiczne na roboty budowlane« oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku I, lub obiektu budowlanego albo realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą.[…]

[…]”.

9. Zgodnie z art. 16 rzeczonej dyrektywy, zatytułowanym „Wyłączenia szczególne”:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi:

a) mających na celu nabycie lub dzierżawę, bez względu na sposób finansowania, gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości albo praw do nich […]”.

4 — Dyrektywa Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54).

5 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).

II – **Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu w postępowaniu głównym, pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem**

10. Okoliczności powstania sporu w postępowaniu głównym wynikające, w szczególności, z postanowienia odsyłającego charakteryzuje względna złożoność. Na potrzeby analizy należy wskazać, co następuje.

11. Sprawa w postępowaniu głównym ma swe źródło w publikacji w dniu 14 sierpnia 2003 r. przez Comune di Bari ogłoszenia publicznego o badaniu rynku, mającego na celu zapewnienie w jak najkrótszym terminie organom sądowym jednej nowej siedziby, która byłaby w stanie pomieścić wszystkie sądy położone w Bari[6].

12. Zgodnie z treścią ogłoszenia wymagano, aby oferenci zobowiązali się do rozpoczęcia prac budowlanych, zmierzających do realizacji obiektów, przed dniem 31 grudnia 2003 r. W ogłoszeniu zażądano ponadto podania pełnych i jasnych informacji co do kosztów i zasad płatności należnych od administracji gminnej i ministerstwa sprawiedliwości, biorąc pod uwagę, że dostępne środki publiczne odpowiadały kwocie w wysokości 43,5 milionów EUR, już przydzielonej na przedsięwzięcie, do której należało dodać kwotę w wysokości 3 milionów EUR, odpowiadającą rocznym czynszom wówczas uiszczanym już przez Comune di Bari za najem nieruchomości stanowiących siedzibę rzeczonych sądów. Wreszcie, do ogłoszenia tego dołączono dokument ustanawiający wymogi ramowe, sporządzony przez Corte d'appello di Bari [sądu apelacyjnego w Bari] (Włochy).

13. Spośród czterech ofert, które zostały złożone, Comune di Bari wybrała decyzją nr 1045/2003 z dnia 18 grudnia 2003 r. ofertę Pizzarotti. Decyzja ta przewidywała, że część planowanych obiektów budowlanych zostanie sprzedana Comune di Bari za kwotę w wysokości 43 milionów EUR, a pozostała część zostanie jej oddana w najem w zamian za czynsz roczny w wysokości 3 milionów EUR.

14. W piśmie z dnia 4 lutego 2004 r. ministerstwo sprawiedliwości poinformowało Comune di Bari, że dostępne zasoby publiczne zostały obniżone do wysokości 18,5 miliona EUR, i wezwało ją do zbadania, czy, mając na względzie otrzymane oferty, jest możliwe zrealizowanie projektu w nowych warunkach ekonomicznych. W piśmie z dnia 11 lutego 2004 r. Comune di Bari zwróciła się do Pizzarotti z pytaniem na temat gotowości tej spółki do kontynuacji wszczętego postępowania. Pizzarotti odpowiedziała przychylnie na to pytanie i zmodyfikowała swoją ofertę odpowiednio do obniżenia dostępnych zasobów publicznych.

15. Finansowanie publiczne zostało całkowicie odwołane we wrześniu 2004 r. Pizzarotti przedstawiła Comune di Bari nową ofertę, obejmującą możliwość zrealizowania obiektów budowlanych przeznaczonych na wynajem, zgodnie z założeniami swojej pierwszej oferty.

16. Ze względu na brak reakcji ze strony władz gminnych Pizzarotti wszczęła postępowanie w sprawie bezczynności administracji, zmierzające do zobowiązania Comune di Bari do działania.

17. Po niekorzystnym wyroku Tribunale amministrativo regionale per la Puglia [regionalnego sądu administracyjnego dla Apulii] z dnia 8 lutego 2007 r. Consiglio di Stato [naczelny sąd administracyjny] w wyroku nr 4267/2007 r. uwzględnił odwołanie Pizzarotti. Uznając, że postępowanie nie zostało zakończone zatwierdzeniem wyników badania rynku, zdecydował on, że Comune di Bari „z poszanowaniem zasad racjonalności, dobrej wiary i ochrony uzasadnionych oczekiwań, powinna poprzez ukończenie swoich własnych czynności doprowadzić postępowanie do odpowiedniego zakończenia dzięki zbadaniu, na podstawie otrzymanych ofert, możliwości realizacji obiektu w zmienionych warunkach ekonomicznych".

6 — Ogłoszenie to zostało opublikowane, miedzy innymi, w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 23 sierpnia 2003 r. (Dz.U. S 161).

18. Consiglio di Stato, po otrzymaniu powództwa zmierzającego do wykonania wyroku nr 4267/2007, stwierdził w wyroku nr 3817/2008 bezczynność Comune di Bari i nakazał jej wykonanie w całości sentencji wyroku nr 4267/2007 w terminie 30 dni. Sąd ten mianował, na wypadek dalszej bezczynności, prefekta Bari w charakterze comissario ad acta z zadaniem podjęcia, ewentualnie za pośrednictwem powołanej osoby, wszystkich czynności niezbędnych do wykonania tego wyroku.

19. W dniu 21 listopada 2008 r. commissario ad acta delegowany przez prefekta Bari ustalił, że oferta Pizzarotti była ważna, wobec czego stwierdził, że postępowanie dotyczące badania rynku zostało zakończone w sposób pozytywny.

20. Natomiast Giunta Comunale di Bari [rada gminy Bari] zakończyła postępowanie wszczęte przez ogłoszenie o badaniu rynku stwierdzając brak zgodności ostatniej oferty Pizzarotti ze wskazaniami zawartymi w ogłoszeniu.

21. Pizzarotti i Comune di Bari wniosły skargi do Consiglio di Stato. Pizzarotti podniosła, że w braku umownego zobowiązania się Comune di Bari do wzięcia w najem obiektu budowlanego, nie wykonała ona prawidłowo obowiązku nałożonego na nią w wyroku nr 3817/2008. Comune di Bari podniosła brak stwierdzenia pogorszenia się warunków mających wpływ na realizację postępowania.

22. Postanowieniem wykonawczym nr 2153/2010 z dnia 15 kwietnia 2010 r. Consiglio di Stato uwzględnił skargę Pizzarotti i oddalił skargę Comune di Bari. Co się tyczy działania commissario ad acta, sąd ten stwierdził, że, mimo iż było ono odpowiednie, to jednak niepełne, z uwagi na brak „odpowiedniego zakończenia" w rozumieniu wyroku nr 4267/2007. Wyznaczył mu zatem termin 180 dni na zakończenie postępowania przez przyjęcie aktów niezbędnych do realizacji w sposób konkretny oferty Pizzarotti.

23. Decyzją z dnia 27 maja 2010 r. commissario ad acta stwierdził, że „ogłoszenie o badaniu rynku z sierpnia 2003 r. […] nie zakończyło się wynikiem pozytywnym".

24. Consiglio di Stato, do którego Pizzarotti wniosła odwołanie od tej decyzji, uwzględnił je postanowieniem wykonawczym nr 8420/2010 z dnia 3 grudnia 2010 r. Podkreślając niespójność wniosków co do zakończenia procedury wszczętej ogłoszeniem o badaniu rynku, zawartych, odpowiednio, w decyzji z dnia 21 listopada 2008 r. oraz decyzji z dnia 27 maja 2010 r., stwierdził on, że jedyny ważny wniosek na temat zakończenia jest zawarty w pierwszej z tych decyzji. Jeśli chodzi o udział osoby trzeciej, będącej nabywcą i wynajmującym budynków mających służyć za siedzibę sądów Bari, a także akt zobowiązania do najmu, sąd ten zauważył, że dokonana przez commissario ad acta ocena nie była oparta na pogłębionej analizie, a przez to była niezgodna z poleceniem sędziego, zgodnie z którym należało zbadać warunki faktyczne i prawne konkretnej realizacji oferty. W odniesieniu do rzekomego braku zgodności oferty Pizzarotti z założeniami urbanistycznymi, sąd potwierdził, że commissario ad acta powinien wszcząć procedury niezbędne do przyjęcia tej oferty, po sprawdzeniu innych przesłanek prawnych. W konsekwencji decyzja commissario ad acta została uchylona z powodu naruszenia powagi rzeczy osądzonej.

25. Następnie, nowy commissario ad acta mianowany przez prefekta Bari wykonał wszystkie czynności niezbędne do wydania decyzji z dnia 23 kwietnia 2012 r. w sprawie „wariantu planu zagospodarowania przestrzennego" dotyczącego ogólnego planu zagospodarowania przestrzennego Comune di Bari w odniesieniu do nieruchomości objętych zamierzeniem budowy siedziby sądów.

26. Pizzarotti zaskarżyła tę decyzję do Consiglio di Stato na tej podstawie, że zmierza ona do obejścia powagi rzeczy osądzonej.

27. Sąd odsyłający zastanawia się, po pierwsze, czy umowa przyszłego najmu, która ma zostać zawarta w formie zobowiązania do wynajmu, odpowiada, pomimo obecności elementów charakterystycznych dla umowy najmu, zamówieniu na roboty budowlane, które nie może być zaliczone do umów wykluczonych z zakresu stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych zgodnie z art. 16 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18. Sąd odsyłający zastanawia się, w szczególności, nad zakresem wyrażenia „innych nieruchomości", które znajduje się w tym przepisie, a także nad znaczeniem motywu 24 tej dyrektywy.

28. Po drugie, zakładając, że umowa będąca przedmiotem postępowania stanowi zamówienie na roboty budowlane, sąd odsyłający zastanawia się, czy może pozbawić skuteczności orzeczenie mające powagę rzeczy osądzonej, którm jest w niniejszej sprawie jego własny wyrok nr 4267/2007 w zakresie, w jakim prowadzi on, ze względu na późniejsze postanowienia wykonawcze i czynności commissario ad acta, do sytuacji niezgodnej z prawem Unii w dziedzinie udzielania zamówień publicznych. Podkreśla on w tym względzie, że zgodnie z jego własnym orzecznictwem może on uzupełnić pierwotną sentencję swojego orzeczenia orzeczeniem wykonawczym, w wyniku czego powstaje „orzeczenie mające powagę rzeczy osądzonej o treści kształtowanej progresywnie". Dodaje, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału zasada powagi rzeczy osądzonej, uznana w art. 2909 włoskiego kodeksu cywilnego, nie stanowi przeszkody dla prawidłowego stosowania prawa Unii w sytuacji, w której taki stan występuje.

29. W tych okolicznościach Consiglio di Stato postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1. Czy umowa przyszłego najmu, która ma zostać zawarta, w szczególności w sugerowanej w ostatniej kolejności formie zobowiązania do wynajmu, odpowiada zamówieniu publicznemu na roboty budowlane, mimo iż posiada pewne elementy charakterystyczne umowy najmu, a zatem nie może być zaliczona do umów wykluczonych z zakresu stosowania przepisów dotyczących przetargów publicznych zgodnie z art. 16 [dyrektywy 2004/18]?

2. W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, czy sąd krajowy, a w szczególności niniejszy sąd odsyłający, może uznać za nieskuteczne orzeczenie mające powagę rzeczy osądzonej, które zapadło w rozpatrywanej sprawie i zostało przedstawione w niniejszym postanowieniu odsyłającym, w zakresie w jakim prowadzi ono do zaistnienia sytuacji pozostającej w sprzeczności z prawem wspólnotowym zamówień publicznych i czy zatem możliwe jest wykonanie mającego powagę rzeczy osądzonej orzeczenia pozostającego w sprzeczności z prawem Unii […]?"

30. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez strony w postępowaniu głównym, rządy włoski i niemiecki oraz przez Komisję.

31. W dniu 27 lutego 2014 r. odbyła się rozprawa, na której uwagi przedstawiły strony w postępowaniu głównym, rządy włoski i niemiecki oraz Komisja.

III – **Analiza**

A – *W przedmiocie dopuszczalności*

32. Pizzarotti żywi wątpliwości co do dopuszczalności niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, a to z dwóch powodów.

33. Po pierwsze, podnosi, że dyrektywa 2004/18 - jedyna, o której mowa w niniejszym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – nie ma zastosowania ratione temporis w sprawie w postępowaniu głównym.

34. Po drugie, Pizzarotti podnosi, że odpowiedź Trybunału nie może mieć żadnego skutku dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym, w którym w rachubę wchodzi szereg orzeczeń sądowych [7], które uzyskały powagę rzeczy osądzonej zgodnie z włoskim prawem krajowym.

35. Żaden z powodów niedopuszczalności podniesionych przez Pizzarotti nie jest przekonujący.

36. Co się tyczy, po pierwsze, powodu wywodzonego z niemożności zastosowania w niniejszej sprawie dyrektywy 2004/18, jako jedynego aktu prawodawczego rozpatrywanego przez sąd odsyłający, nie wydaje mi się on w najmniejszym stopniu wystarczający, aby uznać niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym za niedopuszczalny.

37. Prawdą jest, że, jak podkreśliły w szczególności Pizzarotti i Komisja, z utrwalonego orzecznictwa wynika [8], iż datą istotna dla określenia ustawodawstwa mającego zastosowanie do zamówienia publicznego jest dzień, w którym instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego. Wynika stąd, że w niniejszej sprawie znaczenie ma decyzja z dnia 14 sierpnia 2003 r. [9].. Tymczasem, w tym dniu obowiązywała jedynie dyrektywa 93/37, interpretowana w związku z dyrektywą 92/50.

38. Jestem jednak zdania, że ów błąd w identyfikacji ustawodawstwa Unii, które ma zastosowanie w niniejszej sprawie, jest względny i bez konsekwencji w niniejszej sprawie. W istocie, przepisy, które są istotne w niniejszej sprawie, a mianowicie art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 i art. 1 lit. a) pkt iii) dyrektywy 92/50, zostały odtworzone w bardzo podobnym brzmieniu w dyrektywie 2004/18, która z kolei stanowi zasadniczo przekształcenie i uproszczenie dotychczas obowiązującego uregulowania.

39. W takiej sytuacji – która nie wiąże się z wyraźną zmianą problematyki prawnej podniesionej w postanowieniu odsyłającym ani nie wymaga badania zagadnień prawnych, które w ogóle nie były przedmiotem dyskusji w ramach postępowania głównego [10],jestem zdania, że przeformułowanie pytań, jako zmierzających w rzeczywistości do uzyskania wykładni przepisów dyrektywy 93/37, jest całkowicie możliwe.

40. Po drugie, jeśli chodzi o zarzut niedopuszczalności oparty na istnieniu orzeczeń sądowych mających powagę rzeczy osądzonej, które pozbawiłyby odpowiedzi Trybunału wszelkiego użytecznego znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym, to również i on nie może zostać uwzględniony. Ocena skutków powagi lub mocy rzeczy osądzonej w odniesieniu do orzeczeń wymienionych przez sąd odsyłający jest bowiem właśnie sednem zagadnienia, którego dotyczy pytanie drugie. Zakładając nawet, że przez swą argumentację Pizzarotti pragnie w rzeczywistości podważyć również istotność przedłożonych pytań, wystarczy przypomnieć, że wyłącznie do sądu krajowego, który rozstrzyga spór, należy ocena znaczenia pytań skierowanych do Trybunału. Trybunał postanowi inaczej jedynie wtedy, gdy wnioskowana wykładnia prawa wspólnotowego „w sposób oczywisty" nie

7 — Pizzarotti odnosi się do dwóch orzeczeń: pierwsze to orzeczenie Tribunale amministrativo regionale per la Puglia z dnia 18 maja 2004 r., który, stanowiąc w przedmiocie skargi wniesionej przez wykluczonego oferenta, orzekł, że ogłoszenie o badaniu rynku miało charakter czysto badawczy i miało na celu znalezienie odpowiednich rozwiązań dla utworzenia siedziby sądów Bari, w wyniku czego nie wiązałoby się z żadnym zobowiązaniem administracji gminnej do późniejszego udzielenia zamówienia na roboty budowlane. Drugim jest wyrok Consiglio di Stato nr 4267/2007, w którym zobowiązał on rzeczoną administrację do zakończenia wszczętego postępowania poprzez zawarcie z Pizzarotti umowy najmu przyszłego.

8 — Zobacz w szczególności wyrok Komisja/Niderlandy, C-576/10, EU:C:2013:510, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo.

9 — Jak stwierdził Consiglio di Stato, „badanie rynku prowadzone przez Comune di Bari, wynikający z niego wybór projektu sporządzonego przez przedsiębiorstwo Pizzarotti, przedłożenie tego projektu ministrowi sprawiedliwości oraz nota nr 249 tego organu z dnia 4 lutego 2004 r. stanowią również etapy złożonego postępowania służącego realizacji nowej siedziby sądów".

10 — Podobnie Trybunał wielokrotnie przypominał, że jego zadaniem jest dokonanie wykładni wszelkich przepisów prawa Unii, których potrzebują sądy krajowe w celu rozstrzygnięcia zawisłych przed nimi sporów, nawet jeżeli przepisy te nie są wyraźnie wskazane w pytaniach skierowanych do niego przez te sądy (zob. w szczególności wyroki: C-243/09 Fuß, EU:C:2010:609, pkt 39; C-342/12 Worten, EU:C:2013:355, pkt 30.

ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, gdy problem ma charakter hipotetyczny lub gdy Trybunał nie posiada wystarczającej wiedzy na temat okoliczności faktycznych i prawnych, aby odpowiedzieć na postawione mu pytania w użyteczny sposób [11]. Nie wydaje mi się, aby zachodziła taka sytuacja.

41. W tych okolicznościach uważam, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy uznać za dopuszczalny.

B – *W przedmiocie pytania pierwszego: istnienie zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 93/37*

1. Prezentacja problematyki

42. W pytaniu pierwszym sąd odsyłający zmierza do uzyskania wyjaśnień w przedmiocie kwalifikacji prawnej, w świetle prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, umowy opisanej przez sąd odsyłający jako „umowa przyszłego najmu, która ma zostać zawarta, w szczególności w sugerowanej w ostatniej kolejności formie zobowiązania do wynajmu".

43. Należy w szczególności ustalić, czy propozycję złożoną spółce Pizzarotti przez Comune di Bari w następstwie odwołania początkowo przewidzianego finansowania publicznego (zob. pkt 14 i 15 niniejszej opinii), należy traktować jako zmierzającą do zawarcia transakcji najmu wyłączonej z zakresu stosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, czy też przeciwnie, mogła ona powodować zobowiązywanie Comune di Bari do udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane, a zatem wymagać od niej wszczęcia nowego postępowania.

44. Ścierają się tu bowiem dwa stanowiska.

45. Pizzarotti i rząd włoski, wspierani w wielu aspektach przez rząd niemiecki, podnoszą, że planowana umowa rozpatrywana w sprawie w postępowaniu głównym nie spełnia kryteriów definicji zamówienia na roboty budowlane, zawartych w mających zastosowanie przepisach i wyjaśnionych przez Trybunał. Rzeczona umowa podlega zakresowi wyłączenia przewidzianego w art. 1 lit. a) pkt iii) dyrektywy 92/50 i art. 16 lit. a) dyrektywy 2004/18.

46. Twierdzą oni, po pierwsze, że sprawa w postępowaniu głównym dotyczy nie tyle realizacji obiektu budowlanego, co wynajmu nieruchomości. Wynika to w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu i decyzji Comune di Bari z dnia 18 grudnia 2003 r., jak również cech własnych umowy, które są typowe dla umowy najmu w rozumieniu art. 1571 włoskiego kodeksu cywilnego i które zasadniczo różnią się od cech rozpatrywanych w sprawie, w której wydano wyrok KölnMesse.

47. Po drugie podnoszą, że w sprawie w postępowaniu głównym Comune di Bari nie jest zobowiązana do zapłaty wynagrodzenia w celu uzyskania świadczenia robót budowlanych odpowiadających bezpośredniemu przysporzeniu o charakterze gospodarczym na jej rzecz, co pozbawia umowę charakteru odpłatnego.

48. Pizzarotti i rząd włoski utrzymują, po trzecie, że Comune di Bari nie ma możliwości uzyskania na drodze sądowej zobowiązania Pizzarotti do wykonania robót budowlanych.

11 — Zobacz podobnie wyrok C-279/12 Fish Legal i Shirley, EU:C:2013:853, pkt 30.

49. Podnoszą oni, po czwarte, że Comune di Bari nie załączyła do dokumentu sporządzonego przez Commissione di Manutenzione della Corte d'appello di Bari ani specyfikacji technicznych w rozumieniu pkt 1 załącznika III do dyrektywy 93/37 lub pkt 1 lit. a) załącznika VI do dyrektywy 2004/18, ani specyfikacji warunków zamówienia w rozumieniu art. 10 dyrektywy 93/37 lub art. 23 dyrektywy 2004/18, co potwierdza, że jej zamiarem nie było udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, lecz przeprowadzenie niewiążącego badania rynku, mającego na celu zapoznanie się z inicjatywami prywatnymi, które pragnęła ocenić w sposób zupełnie niezależny i bez żadnego obowiązku podjęcia decyzji. Pizzarotti i rząd włoski dodają, że planowana umowa rozpatrywana w sprawie w postępowaniu głównym charakteryzuje się w każdym razie brakiem dokładnych specyfikacji technicznych co do rodzaju robót budowlanych do wykonania, podobnie jak to było w sprawie KölnMesse.

50. Comune di Bari i Komisja uważają natomiast, że planowana umowa rozpatrywana w postępowaniu głównym stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, które powinno zostać udzielone z poszanowaniem zasad proceduralnych i przejrzystości przewidzianych w tej dyrektywie.

51. Należy stwierdzić, że argumentacja przedstawiona przez strony w postępowaniu głównym oraz przez poszczególnych interwenientów w niniejszej sprawie dotyczy zasadniczo kwestii tego, czy przesłanki przypomniane i określone przez Trybunał, między innymi w wyroku w sprawie KölnMesse, pozwalające uznać istnienie zamówienia na roboty budowlane w rozumieniu uregulowań Unii, są spełnione w postępowaniu głównym.

52. Tymczasem, pragnę zauważyć, że sprawa KölnMesse dotyczyła problematyki kwalifikacji prawnej spornego przedsięwzięcia odmiennej od objętej pytaniem pierwszym sformułowanym w niniejszym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W rzeczonej sprawie Trybunał był zobowiązany do ustalenia, czy aspekt „wynajmu" umowy zawartej między miastem Kolonią i Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8 11 GbR miał większe znaczenie, niż cel w postaci budowy obiektów budowlanych. Wyłączenie, o którym mowa w art. 1 lit. a) pkt iii) dyrektywy 92/50 i art. 16 lit. a) dyrektywy 2004/18, w żaden sposób nie należało do przedmiotu sporu.

53. W sprawie będącej przedmiotem postępowania głównego i w świetle sformułowania przyjętego przez sąd odsyłający pojawia się, przede wszystkim, pytanie, czy mogą być objęte zakresem wyłączenia z zakresu stosowania reguł w dziedzinie zamówień publicznych, o którym mowa w tych przepisach, transakcje dotyczące rzeczy przyszłych. Oznacza to, że sąd odsyłający, jak się wydaje, wychodzi z założenia, iż planowana umowa dotyczy zamówienia publicznego na usługi, do którego, ze względu na jego szczególny charakter, mogą nie stosować się przepisy dotyczące udzielania zamówień publicznych.

54. W pierwszej kolejności wyjaśnię również, dlaczego należy, moim zdaniem, uznać, że rozpatrywane wyłączenie nie może w żadnym razie dotyczyć obiektów budowlanych, których wykonanie nie zostało rozpoczęte.

55. Tymczasem, ponieważ można dojść do wniosku, iż należy wyjść poza zakres pytania zadanego przez sąd odsyłający i ustalić ponadto, czy w okolicznościach niniejszej sprawy spełnione są przesłanki, aby stwierdzić istnienie „zamówienia publicznego na roboty budowlane", a nie zamówienia publicznego na usługi, wskażę, w jaki sposób należy, moim zdaniem, i to w związku z wnioskami płynącymi z wyroku KölnMesse, traktować projekt umowy będącej przedmiotem sporu w postępowaniu głównym.

2. Przepisy art. 1 lit. a) pkt iii) dyrektywy 92/50 odnoszą się w sposób nieunikniony do transakcji dotyczących nieruchomości istniejących

56. Wydaje mi się, że należy przypomnieć kluczowy parametr, który należy uwzględnić w celu określenia, czy transakcja należy do zakresu stosowania dyrektyw w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych: uregulowanie Unii w dziedzinie zamówień publicznych ma na celu, przede wszystkim, eliminację ograniczeń swobód podstawowych i zapewnienie rozwoju rzeczywistej konkurencji [12].

57. Cel ten jest zagrożony wtedy, gdy instytucja zamawiająca, bez wcześniejszego przeprowadzenia procedur udzielania zamówień określonych w przepisach Unii, powierza przedsiębiorstwu wykonanie robót lub świadczenie usług, niezależnie od przyczyn i kontekstu realizacji tych robót lub usług i niezależnie od ich przeznaczenia [13].

58. Skuteczna realizacja tego celu wymagała, aby kwalifikacja danej transakcji jako zamówienia na roboty budowlane była rozumiana szeroko, a jednocześnie żeby przypadki wyłączenia były z kolei określane w sposób zawężający.

59. Tak jest w szczególności w odniesieniu do wyłączeń właściwych dla niektórych zamówień na usługi publiczne, o których mowa w art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50 (które są w istocie powtórzone w art. 16 dyrektywy 2004/18) [14]. Jak wspomniano w motywie 24 dyrektywy 2004/18, to „szczególne cechy" niektórych zamówień sprawiają, iż stosowanie do nich reguł udzielania zamówień nie jest właściwe.

60. Jeśli chodzi o wyłączenie dotyczące nabycia lub najmu nieruchomości [15], rozumiane w szerokim znaczeniu, może ono, moim zdaniem, obejmować jedynie rzeczy istniejące. Wprowadzanie konkurencji w wyniku stosowania reguł dotyczących zamówień publicznych nie ma bowiem sensu, jeżeli dotyczy najmu lub sprzedaży istniejącej rzeczy określonej co do tożsamości, która z racji swojej niepowtarzalności nie nadaje się do porównywania z innymi rzeczami. Z prac przygotowawczych wynika ponadto, że wyłączenie umów dotyczących najmu lub nabycia nieruchomości tłumaczyło się początkowo charakterem lokalnym, a nie transgranicznym tych rynków [16]. Natomiast w związku z tym, że w niniejszej sprawie rozpatrywana działalność obejmuje realizację przyszłych nieruchomości, a więc wykonanie robót budowlanych, konkurencja i przejrzystość wymagane przez te przepisy nie są w żaden sposób nieodpowiednie, a zatem wspomniane przepisy powinny być stosowane. Również znajdujące się w omawianych przepisach odniesienie do „innych nieruchomości" należy, moim zdaniem, rozumieć w ten sposób, że obejmuje ono nieruchomości inne niż grunty i budynki, a nie rzeczy dotychczas niewytworzone.

61. Wynika z tego, że bez potrzeby orzekania w kwestii, na jakim dokładnie etapie nieruchomość nabywa walor istnienia, wyłączenie dotyczące umowy kupna lub najmu „gruntów, istniejących budynków i innych nieruchomości" nie może w żadnym wypadku obejmować rzeczy, których wykonanie nawet nie zostało rozpoczęte, jak to wydaje się mieć miejsce w sprawie w postępowaniu głównym. W przypadku, gdy administracja publiczna decyduje się w celu zapewnienia niektórych usług na metodę kupna lub najmu przyszłego obiektu budowlanego, należy w odniesieniu do tej transakcji przeprowadzić postępowanie przetargowe przewidziane w odpowiednich przepisach.

12 — Zobacz motywy drugi i dziesiąty dyrektywy 93/37, a także motyw 2 dyrektywy 2004/18.

13 — Zobacz podobnie opinię rzecznik generalnej J. Kokott C-220/05 Auroux i in., EU:C:2006:410, pkt 43.

14 — Zobacz również art. 10 lit. a) niedawno przyjętej dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18 (Dz.U. L 94, s. 65).

15 — Artykuł 1 lit. a) pkt iii) dyrektywy 92/50 i art. 16 lit. a) dyrektywy 2004/18.

16 — Zobacz, w szczególności, uzasadnienie złożonego w dniu 6 grudnia 1990 r. wniosku w sprawie dyrektywy Rady odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi [COM (90)372 wersja ostateczna – SYN 293].

3. Przesłanki istnienia zamówienia na roboty budowlane są w każdym razie spełnione w sytuacji będącej przedmiotem sprawy w postępowaniu głównym

62. Jak Trybunał wielokrotnie przypominał, kwalifikacja transakcji jako zamówienia publicznego na roboty budowlane należy do właściwości prawa Unii i jest niezależna od kwalifikacji przyjętej na gruncie prawa krajowego [17]. Podobnie, nie mają decydującego znaczenia dla ustalenia, czy umowa lub transakcja wchodzi w zakres stosowania dyrektywy w dziedzinie zamówień publicznych, kwalifikacje prawne ewentualnie przyjęte przez umawiające się strony [18].

63. Jeśli chodzi o postępowanie główne, formalna kwalifikacja danej umowy jako „umowy najmu" nie jest zatem okolicznością rozstrzygającą. Tak samo fakt, że planowana umowa, jak to utrzymują Pizzarotti i rząd włoski, posiada pewne cechy charakterystyczne dla umowy najmu w rozumieniu art. 1571 włoskiego kodeksu cywilnego, dotyczącej kompleksu nieruchomości, nie jest w żaden sposób istotny dla sprawy.

64. W tym kontekście potrzebne jest wyjaśnienie. Nie chodzi o podważenie swobody, jaką dysponują krajowe władze publiczne przy wyborze metod kontraktowych, które uważają za odpowiednie dla realizacji robót lub usług, lub też o podważenie zgodności z prawem korzystania z określonych typów umów, lecz o uniknięcie ryzyka obchodzenia przepisów obowiązujących w dziedzinie zamówień publicznych, jakie mogłoby zostać wywołane przez stosowanie pewnych praktyk umownych. Innymi słowy, uregulowanie Unii w dziedzinie zamówień publicznych nie przesądza o niezgodności z prawem posłużenia się umową najmu w celu wzniesienia obiektu budowlanego, o ile przed jej zawarciem zachowane będą wymogi dotyczące ogłoszenia i konkurencji ustanowione przez te przepisy.

65. Ponadto zakres stosowania dyrektywy powinien zostać ustalony jedynie poprzez odniesienie do obiektywnych przesłanek, które są wyraźnie zdefiniowane w dyrektywach przyjętych w tej dziedzinie.

66. Przede wszystkim, oznacza to, że rzeczywiste lub dorozumiane cele, które władze publiczne zamierzały osiągnąć, są bez znaczenia dla ustalenia, czy umowę należy zakwalifikować jako zamówienie na roboty budowlane. Nie można więc uwzględniać okoliczności – zakładając, iż miała ona miejsce – że początkowym zamiarem Comune di Bari było jedynie zapewnienie administracji wymiaru sprawiedliwości jednej siedziby dla wszystkich sądów w Bari, co nie musi koniecznie oznaczać wykonania robót budowlanych.

67. Trybunał podkreślił, że definicja pojęcia „zamówienie publiczne na roboty budowlane", zawarta w art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, obejmuje wszelkie przedsięwzięcia, w których między instytucją zamawiającą a wykonawcą zawarta zostaje umowa o charakterze odpłatnym, której przedmiotem jest wykonanie przez tego wykonawcę „obiektu budowlanego" w rozumieniu art. 1 lit. c) tej dyrektywy. W tym zakresie zasadniczym kryterium jest to, by obiekt budowlany był wykonany zgodnie z wymogami określonymi przez instytucję zamawiającą, bez względu na środki używane w celu jego wykonania [19]. Aby można było uznać, że tak jest, konieczne jest, by rzeczona instytucja zamawiająca podjęła jakieś kroki mające na celu zdefiniowanie cech obiektu budowlanego, albo przynajmniej, wywarcie decydującego wpływu na jego projektowanie [20].

68. Wreszcie, jak wynika z orzecznictwa, w wypadku gdy umowa zawiera zarówno elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny rodzaj zamówienia publicznego, to główny przedmiot umowy jest decydujący dla ustalenia mających zastosowanie uregulowań prawa Unii [21].

17 — Zobacz wyrok C-220/05 Auroux i in., EU:C:2007:31, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo.

18 — Wyrok KölnMesse, pkt 54.

19 — Wyrok KölnMesse, pkt 55.

20 — Wyrok C-451/08 Müller, EU:C:2010:168, pkt 67.

21 — Zobacz, w szczególności, wyrok KölnMesse, pkt 57.

69. W niniejszym przypadku okoliczności sprawy pozwalają mi uznać, że transakcja, której dotyczy sprawa w postępowaniu głównym, posiada wszystkie cechy zamówienia na roboty budowlane, ponieważ ostatecznie jej głównym celem była odpłatna realizacja obiektów odpowiadających wymogom precyzyjnie określonym przez instytucję zamawiającą.

70. Po pierwsze, okoliczności te pokazują, że celem całego postępowania w niniejszej sprawie, które rozpoczęło się publikacją ogłoszenia o zamówieniu w dniu 14 sierpnia 2003 r., było wzniesienie, zgodnie z życzeniami wyrażonymi przez właściwe władze publiczne, nowych obiektów, które były przeznaczone do użytku jako jedna siedziba dla wszystkich sądów w Bari.

71. Wynika to przede wszystkim z treści publicznego ogłoszenia o rozpisaniu przetargu („Ricerca di mercato") z dnia 14 sierpnia 2003 r., w którym wspomina się w szczególności, że „poprzez złożenie oferty, oferent zobowiązuje się do rozpoczęcia prac budowlanych w celu realizacji obiektów budowlanych przed dniem 31 grudnia bieżącego roku".

72. Jak wynika dalej z dokumentu załączonego do rzeczonego ogłoszenia o badaniu, sporządzonego przez Corte d'appello di Bari i zatwierdzonego przez commissione di manutenzione [czyli dokumentu zatytułowanego „Quadro esigenziale" (wymogi ramowe)], którego znaczenie dla celów badania planowanej umowy nie jest kwestionowane [22], właściwe władze publiczne określiły pewną liczbę wymogów strukturalnych, funkcjonalnych i organizacyjnych, którym projekt jednej siedziby sądów powinien odpowiadać, biorąc pod uwagę mające zastosowanie przepisy i zbiór danych statystycznych dotyczących działalności sądowej w Bari. Wymogi te, które zostały opisane na kilkudziesięciu stronach, wykraczają zdecydowanie, jak mi się wydaje, poza zwykłe wymogi najemcy w stosunku do nowej nieruchomości pewnych rozmiarów [23].

73. Wreszcie uchwała rady gminnej nr 1045/2003 z dnia 18 grudnia 2003 r., dotycząca wyboru oferty przedstawionej przez Pizzarotti, odnosi się wyraźnie do „realizacji jednej siedziby" sądów.

74. W sensie bardziej ogólnym, jestem zdania, że w rozumieniu dyrektyw 93/37 i 2004/18, bezpośrednim, a zatem głównym przedmiotem umowy dotyczącej obiektu budowlanego, którego budowa jeszcze się nie rozpoczęła, nie może być, co do zasady i w związku z wnioskami płynącymi z wyroku KölnMesse, najem nieruchomości, i to niezależnie od typu umowy wybranej na mocy prawa krajowego. Pierwszorzędnym celem tej umowy mogła być jedynie, logicznie rzecz ujmując, budowa tych obiektów, które następnie miały zostać oddane do dyspozycji instytucji zamawiającej za pośrednictwem stosunku umownego zakwalifikowanego jako umowa najmu [24].

75. Wracając do sprawy w postępowaniu głównym, wydaje się, że Pizzarotti nie mogła w żadnym razie wywiązać się z zobowiązania, przewidzianego w projekcie aktu zobowiązania do wynajmu, do udostępnienia określonego obiektu budowlanego na wskazanym obszarze bez wcześniejszego wybudowania go.

76. Szereg specyfikacji technicznych zawartych w dokumentach przetargowych wskazuje na to, że instytucja zamawiająca podjęła kroki mające na celu zdefiniowanie cech obiektu budowlanego albo przynajmniej wywarcie decydującego wpływu na jego projektowanie. Okoliczności te, a także zagorzały spór wynikły z braku zawarcia planowanej umowy, będącej przedmiotem postępowania głównego, wykazują wyraźnie, moim zdaniem, fakt, że Pizzarotti nie miała zamiaru realizować obiektu budowlanego, o którym mowa, bez konkretnego sformułowania potrzeb przez Comune di Bari i przyjęcia przez nią oferty realizacji złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie publiczne o badaniu rynku.

22 — Do rzeczonych wymogów ramowych odnosi się projekt aktu zobowiązania do wynajmu z maja 2012 r., w szczególności w motywie 10 i w art. 7.

23 — Wyrok KölnMesse, pkt 58.

24 — Tamże, pkt 56.

77. Po drugie, wydaje mi się zupełnie oczywiste, że chociaż sprawa ta różni się w tej kwestii od sprawy KölnMesse [25], umowa, której dotyczy postępowanie główne, została zawarta pod tytułem odpłatnym.

78. Oczywiście prawdą jest, że wynagrodzenie w formie czynszu rocznego, który Comune di Bari ma płacić w ciągu 18 lat okresu obowiązywania odnośnej umowy, pokryje jedynie niewielką część kosztów realizacji obiektu budowlanego.

79. Stwierdzenie to nie może jednak prowadzić do zanegowania odpłatnego charakteru umowy.

80. W istocie, w celu odróżnienia zamówienia publicznego na usługi od zamówienia publicznego na roboty budowlane [26] i wbrew temu, co wydają się sugerować Pizzarotti oraz rządy włoski i niemiecki [27], wysokości wynagrodzenia za usługi budowlane nie można przypisać żadnego decydującego znaczenia. Jak orzekł Trybunał, decydującym elementem do celów kwalifikacji zamówienia jest główny przedmiot zamówienia, a nie kwota wynagrodzenia wykonawcy czy sposób jej uregulowania [28]. Fakt, że płatności z tytułu czynszu rocznego w okresie 18 lat, przewidzianego już w planowanej umowie, nie pokrywają w całości kosztów realizacji obiektu budowlanego, nie może w żadnym wypadku zmienić odpłatnego charakteru umowy i, co za tym idzie, doprowadzić do wykluczenia istnienia zamówienia publicznego na roboty budowlane. W tym względzie realne uzyskanie korzyści przez podmiot gospodarczy nie może stanowić przesłanki koniecznej do zakwalifikowania umowy jako zamówienia publicznego na roboty budowlane [29].

81. Przesłanka dotycząca istnienia „bezpośredniego przysporzenia o charakterze gospodarczym po stronie instytucji zamawiającej" nie oznacza koniecznie, że instytucja ta stanie się właścicielem obiektu budowlanego albowiem może ona zostać spełniona przez posiadanie tytułu najmu zapewniającego danemu organowi władzy publicznej możliwość rozporządzania obiektem budowlanym [30].

82. W świetle powyższych rozważań, proponuję, aby odpowiedzieć na pytanie pierwsze, że umowę najmu przyszłego obiektu budowlanego, posiadającą cechy takie jak umowa rozpatrywana w postępowaniu głównym, należy zakwalifikować jako zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37.

C – *W przedmiocie pytanie drugiego: wymogi wynikające z zasady lojalnej współpracy i poszanowania powagi rzeczy osądzonej w sytuacji rzekomo niezgodnej z prawem Unii*

83. Poprzez swe drugie pytanie sąd odsyłający stara się ustalić, czy może uznać za nieskuteczne orzeczenie mające powagę rzeczy osądzonej, które zapadło w rozpatrywanej sprawie, w zakresie w jakim prowadzi ono do zaistnienia sytuacji pozostającej w sprzeczności z prawem Unii Europejskiej w dziedzinie zamówień publicznych i czy zatem możliwe jest wykonanie orzeczenia mającego powagę rzeczy osądzonej pozostającego w sprzeczności z rzeczonym prawem.

84. Na wstępie muszę stwierdzić, że niejasne jest dla mnie, co konkretnie dla sądu odsyłającego stanowi „rzecz osądzoną", czyli zarówno thema decidendum, jak i ratio decidendi, która jest problematyczna pod kątem przestrzegania prawa Unii.

25 — W tamtej sprawie rząd niemiecki wskazał na okoliczność, że ostateczna kwota, która musiała zostać zapłacona Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8 11 GbR tytułem czynszu i która miała wynieść na koniec około 600 mln EUR, znacznie przewyższała koszt budowy obiektów, który wynosił około 235 mln EUR.

26 — A to z kolei w odróżnieniu od zamówienia publicznego na usługi i zamówienia publicznego na dostawy – zob. w szczególności art. 2 dyrektywy 92/50 i art. 1 ust. 2 lit. d) akapit drugi dyrektywy 2004/18.

27 — Pizzarotti oraz rządy te odnoszą się w szczególności do opinii rzecznik generalnej V. Trstenjak w sprawie Komisja/Niemcy, C-536/07, EU:C:2009:340, w której zaproponowano, aby przeprowadzić również „porównanie cen" (pkt 105).

28 — Zobacz wyrok KölnMesse, pkt 61.

29 — Wyrok C-159/11 Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., EU:C:2012:817.

30 — Zobacz podobnie wyrok Helmut Müller, EU:C:2010:168, pkt 50 i 51.

85. Chociaż jestem świadom, że ostatecznie to wyłącznie do sądu krajowego należy ustalenie, które orzeczenie lub orzeczenia sądowe mogłyby stanowić przeszkodę w pełnym stosowaniu prawa Unii, konieczność udzielenia sądowi odsyłającemu odpowiedzi w miarę możliwości użytecznej skłania mnie do omówienia następujących zagadnień.

86. W niniejszym przypadku jedyną „rzeczą osądzoną", do jakiej odwołuje się sąd odsyłający [31], jest wyrok nr 4267/2007, a konkretnie rozstrzygnięcie znajdujące się w tym wyroku, zgodnie z którym Comune di Bari, „z poszanowaniem zasad racjonalności, dobrej wiary i ochrony uzasadnionych oczekiwań, powinna poprzez ukończenie swoich własnych czynności doprowadzić postępowanie do odpowiedniego zakończenia dzięki zbadaniu, na podstawie otrzymanych ofert, możliwości realizacji obiektu w zmienionych warunkach ekonomicznych".

87. Jeśli, tak jak wskazuje Consiglio di Stato, orzeczenie to „może zostać wykonane na wiele różnych sposobów", to trudno jest a priori zrozumieć, z jakich powodów wykonanie tego wyroku na pewno będzie sprzeczne z prawem Unii, a konkretnie ze stosowaniem odpowiednich przepisów w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane.

88. Zgodnie z informacjami udzielonymi przez Comune di Bari, okazuje się, że jedyna rzecz (ostatecznie) osądzona przez Consiglio di Stato w wyroku nr 4267/2007 to zobowiązanie tej gminy (oraz commissario ad acta) do zakończenia postępowania wszczętego ogłoszeniem publicznym o badaniu rynku. Nic nie pozwala z góry wykluczyć, że zakończenie tej procedury w rozumieniu rzeczonego wyroku może polegać na wszczęciu nowej procedury przetargowej z poszanowaniem przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych.

89. Jednakże wydaje się, że sąd odsyłający przynajmniej częściowo [32] podzielił wykładnię bronioną przez Pizzarotti, zgodnie z którą wyrok ten oraz późniejsze orzeczenia sądowe powinny być interpretowane jako zobowiązanie do zawarcia umowy „najmu" proponowanej przez Pizzarotti, co może doprowadzić do sytuacji sprzecznej z prawem Unii. Wydaje się ponadto, że w pewnym stopniu uznano moc decyzji wykonawczych wydanych przez commissario ad acta (zob. postanowienie nr 8420/2010). Tymczasem, zgodnie z z moim rozumieniem przepisów włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego, sąd rozpoznaje wszystkie zagadnienia dotyczące zgodności z prawem, włącznie z zagadnieniami stanowiącymi następstwo czynności commissario ad acta, działającego w charakterze urzędnika sądowego.

90. Ponadto, jeśli okaże się, że, jak to wydaje się wynikać z przepisów kodeksu postępowania administracyjnego [33], zgodnie z ich wykładnią dokonaną przez sąd odsyłający, sąd ten jest właściwy do uzupełniania sentencji wyroku nr 4267/2007, powodując w ten sposób powstanie „orzeczenia mające powagę rzeczy osądzonej o treści kształtowanej progresywnie", to wydaje mi się, iż trudno jest mówić o podważeniu zasady nienaruszalności powagi rzeczy osądzonej. Jako że bowiem rzeczony organ sądowy ma uprawnienie do wyjaśniania lub zmiany wcześniej wydanego orzeczenia, możliwość taka powinna zostać dostępna na tych samych warunkach w celu zapewnienia pełnego stosowania prawa Unii.

91. W takiej sytuacji chodzi ostatecznie o to, aby sąd krajowy w ramach wykonywania orzeczeń sądowych, które mogą podlegać różnym wykładniom, opowiedział się za taką, która zagwarantuje zgodność działań administracji z prawem Unii.

31 — Niezależnie od tego, że strony, jak się wydaje, zażądały zapewnienia zgodności z wyrokiem nr 8420/2010.

32 — Zobacz w tym względzie uzasadnienie orzeczeń wydanych przez Consiglio di Stato w reakcji, przede wszystkim, na czynności commissario ad acta z dnia 27 maja 2010 r. (pkt 23–25 niniejszej opinii).

33 — Dekret ustawodawczy nr 104 z dnia 2 lipca 2010 r. (GURI nr 156 z dnia 7 lipca 2010 r.)

92. Natomiast w przypadku, gdyby sąd odsyłający musiał stwierdzić, że prawidłowe zastosowanie prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane nieuchronnie napotyka przeszkodę w postaci powagi rzeczy osądzonej wyroku nr 4267/2007 lub następnych orzeczeń [34], co tylko on jest w stanie ustalić, szczegółowy tryb wykonania zasady powagi rzeczy osądzonej wchodzi w zakres autonomii proceduralnej państw członkowskich, z zastrzeżeniem przestrzegania zasad równoważności i skuteczności.

93. Trybunał w związku z tym nieustannie przypomina znaczenie, jakie zasada powagi rzeczy osądzonej ma w porządkach prawnych zarówno Unii, jak i w krajowych. Dla zapewnienia stabilności prawa i stosunków prawnych, jak też prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości, istotne jest bowiem, aby orzeczenia sądowe, które stały się prawomocne po wyczerpaniu przysługujących środków odwoławczych lub po upływie przewidzianych dla tych środków terminów, były niepodważalne [35]. Prawo Unii Europejskiej nie zobowiązuje zatem sądu krajowego do zaprzestania stosowania krajowych przepisów proceduralnych nadających powagę rzeczy osądzonej danemu orzeczeniu, nawet jeśli umożliwiłoby to usunięcie naruszenia prawa Unii, które wynika z tego orzeczenia [36].

94. Wobec braku uregulowań Unii w tym zakresie tryb wykonania zasady powagi rzeczy osądzonej należy do wewnętrznego porządku prawnego państw członkowskich na mocy zasady ich autonomii proceduralnej. Tryb ten nie może być mniej korzystny od trybu normującego podobne sytuacje w prawie krajowym (zasada równoważności) ani ukształtowany w sposób czyniący wykonywanie uprawnień przyznanych przez prawo Unii nadmiernie utrudnionym lub praktycznie niemożliwym (zasada skuteczności) [37].

95. Odstępstwo, jakie zdaje się stanowić wyrok w sprawie Lucchini [38],od zasady powagi rzeczy osądzonej zostało ograniczone przez sam Trybunał jako odnoszące się do bardzo specyficznej dziedziny pomocy państwa.

96. Trybunał bowiem wyjaśnił w tym wyroku, że ponieważ ocena zgodności środków pomocy lub systemu pomocy ze wspólnym rynkiem należy do wyłącznych kompetencji Komisji działającej pod kontrolą sądu wspólnotowego, prawo wspólnotowe stoi na przeszkodzie stosowaniu przepisu prawa krajowego wprowadzającego zasadę powagi rzeczy osądzonej, takiego jak art. 2909 włoskiego kodeksu cywilnego, w przypadku gdy jego stosowanie uniemożliwia odzyskanie pomocy państwa przyznanej z naruszeniem prawa wspólnotowego, której niezgodność ze wspólnym rynkiem została stwierdzona w ostatecznej decyzji Komisji [39].

97. Szczególne okoliczności sprawy Lucchini zostały również podkreślone w sprawie, w której wydano wyrok Fallimento Olimpiclub [40] gdzie Trybunał wyjaśnił, że sprawa ta dotyczyła szczególnej sytuacji, w której rozpatrywano zasady podziału kompetencji pomiędzy państwami członkowskimi i Wspólnotą Europejską w dziedzinie pomocy państwa, gdzie Komisja dysponuje wyłączną kompetencją do badania zgodności krajowego środka w zakresie pomocy państwa ze wspólnym rynkiem.

34 — Consiglio di Stato daje bowiem do zrozumienia, że to jego postanowienia wykonawcze (z dnia 15 kwietnia 2010 r. i z dnia 3 grudnia 2010 r.), dotyczące czynności commissario ad acta, doprowadziły do sytuacji potencjalnie sprzecznej z prawem Unii w zakresie, w jakim zarządzono w nich przyjęcie aktów koniecznych do zawarcia umowy przyszłego najmu, którą przedsiębiorstwo to przedłożyło administracji jako ofertę końcową po zmianie warunków ekonomicznych w 2004 r.

35 — Zobacz, w szczególności, wyroki: Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, pkt 38; Kapferer, C-234/04, EU:C:2006:178, pkt 20; Fallimento Olimpiclub, C-2/08, EU:C:2009:506, pkt 22.

36 — Wyroki: Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, pkt 48; Kapferer, EU:C:2006:178, pkt 21; Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, pkt 23.

37 — Wyroki: Kapferer, EU:C:2006:178, pkt 22; Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, pkt 24.

38 — Zobacz wyrok C-119/05, EU:C:2007:434.

39 — Tamże, pkt 62, 63.

40 — Wyrok Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, pkt 25.

98. W odniesieniu do analogii poczynionej między obowiązkami, takimi jak określone, w szczególności, w wyroku w sprawie Kühne & Heitz[41], spoczywającymi na organach administracji na podstawie ich obowiązku lojalnej współpracy, a tymi, które ciążą na mocy tego obowiązku na sądach krajowych, analogia ta zupełnie mnie nie przekonuje.

99. Prawdą jest, że przestrzeganie zarówno ostatecznego charakteru decyzji administracyjnej, jak i mocy wiążącej przysługującej orzeczeniu sądowemu oparte jest w świetle zasady pewności prawa na konieczności zapewnienia stabilności stosunków prawnych. Podobnie sprawa w postępowaniu głównym odnosi się do szczególnej sytuacji, w której – zgodnie z informacjami przekazanymi przez Consiglio di Stato – mógłby on uzupełnić sentencję jednego z tych orzeczeń, które stały się prawomocne, i w razie potrzeby wzruszyć decyzje wydane w celu wykonania tych orzeczeń przez commissario ad acta.

100. Jednakże, zakładając, że taka możliwość może być postrzegana jako złagodzenie nienaruszalności powagi rzeczy osądzonej, co nie jest jasno określone (zob. pkt 90 niniejszej opinii), istnieje zasadnicza różnica pomiędzy możliwością ponownego rozpatrzenia sprawy zakończonej ostateczną decyzją administracyjną i możliwością zmiany orzeczenia, które uzyskało powagę rzeczy osądzonej. Spoczywający pod pewnymi warunkami na organie administracji obowiązek ponownego rozpatrzenia sprawy zakończonej decyzją administracyjną, która stała się ostateczna, ustanowiony w wyroku w sprawie Kühne & Heitz EU:C:2004:17, opiera się na założeniu, że takie ponowne rozpoznanie nie jest w stanie naruszyć interesów osób trzecich. Przesłanka ta nie wydaje mi się spełniona w przypadku zmiany orzeczeń sądów, które uzyskały powagę rzeczy osądzonej. Ponadto jestem zdania, że wyrok ten można ostatecznie rozumieć jako zastosowanie zasad skuteczności i równoważności mając na względzie uznaną w świetle prawa krajowego możliwość zmiany pod pewnymi warunkami decyzji administracyjnych, które stały się ostateczne.

101. Z powyższych rozważań wynika, że w przypadku, gdy orzeczenie sądowe spowodowało powstanie sytuacji, która jest niezgodna z prawem Unii – również w wyniku późniejszych sądowych postanowień wykonawczych – rolą sądu krajowego nie jest, co do zasady, zmiana tego orzeczenia.

102. Istnieje ponadto możliwość usunięcia stanu naruszenia prawa Unii istnieje. W razie, gdy powaga rzeczy osądzonej powodowałaby niemożność stosowania prawa Unii, otwarta pozostaje bowiem możliwość wystąpienia z powództwem o odszkodowanie za szkody wyrządzone jednostkom[42].

103. W konsekwencji proponuję na pytanie drugie odpowiedzieć, że wyłącznie do sądu krajowego należy ustalenie dokładnej treści orzeczenia sądowego, które uzyskało powagę rzeczy osądzonej. Szczegółowy tryb wykonania orzeczenia sądowego mającego powagę rzeczy osądzonej wchodzi w zakres wewnętrznego porządku prawnego państw członkowskich, z zastrzeżeniem przestrzegania zasad równoważności i skuteczności. W przypadku, gdy sąd krajowy na mocy przepisów krajowych ma uprawnienie do uzupełniania, a nawet zmiany treści mającego powagę rzeczy osądzonej orzeczenia, jest zobowiązany wykonywać to uprawnienie w sposób zmierzający do należytego wykonania prawa Unii.

41 — Wyrok Kühne & Heitz, C-453/00, EU:C:2004:17, pkt 28. Zobacz również wyroki: i-21 Germany i Arcor, C-392/04 i C-422/04, EU:C:2006:586, pkt 51–55; oraz wyrok Kempter, C-2/06, EU:C:2008:78.

42 — Zobacz podobnie wyrok Köbler, EU:C:2003:513, pkt 51 i nast.

IV – **Wnioski**

104. W świetle powyższych rozważań, proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne przedstawione przez Consiglio di Stato w następujący sposób:

1) Umowę najmu przyszłego obiektu budowlanego, posiadającą cechy takie jak umowa rozpatrywana w postępowaniu głównym, należy zakwalifikować jako „zamówienie publiczne na roboty budowlane" w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi.

2) Wyłącznie do sądu krajowego należy ustalenie dokładnej treści orzeczenia sądowego, które uzyskało powagę rzeczy osądzonej. Szczegółowy tryb wykonania orzeczenia sądowego mającego powagę rzeczy osądzonej wchodzi w zakres wewnętrznego porządku prawnego państw członkowskich, z zastrzeżeniem przestrzegania zasad równoważności i skuteczności. W przypadku, gdy sąd krajowy na mocy przepisów krajowych ma uprawnienie do uzupełniania, a nawet zmiany treści mającego powagę rzeczy osądzonej orzeczenia, jest zobowiązany wykonywać to uprawnienie w sposób zmierzający do należytego wykonania prawa Unii.