Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILS WAHL
föredraget den 15 maj 2014[1]

Mål C-213/13

Impresa Pizzarotti & C. Spa
mot
Comune di Bari

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Italien))

”Offentlig upphandling — Direktiv 93/37/EEG och direktiv 2004/18/EG — Begreppet ’offentligt byggentreprenadkontrakt’ — Hyreskontrakt som ska ingås avseende ett ännu ej uppfört byggnadsverk — Rättskraftsprincipens räckvidd då en situation är oförenlig med unionsrätten”

1. Planen att uppföra ett nytt domstolskomplex i Bari i syfte att inrätta ett gemensamt säte för domstolarna i domkretsen, och därigenom rationalisera användningen av de resurser som ställs till deras förfogande, har på ett minst sagt paradoxalt sätt blivit föremål för en omfångsrik tvist. Om detta vittnar de omständigheter som beskrivs i begäran om förhandsavgörande i detta mål, vilken har lämnats in i ett mål mellan Impresa Pizzarotti & C. SpA (nedan kallat Pizzarotti) och de behöriga italienska lokala myndigheterna. Tvisten uppkom efter offentliggörandet av meddelandet om en marknadsundersökning avseende förverkligandet av det nya domstolskomplexet. Samtidigt med att begäran om förhandsavgörande ingavs gav Comune di Bari in ett klagomål till Europeiska unionens kommission, vilket har föranlett att ett fördragsbrottsförfarande inletts mot Republiken Italien på grundval av artikel 258 FEUF.

2. Domstolen har anmodats att, som en fortsättning på resonemanget i domen i målet KölnMesse[2], klargöra huruvida ett hyreskontrakt avseende ett byggnadsverk som ska uppföras, såsom det kontrakt som är aktuellt i det nationella målet, omfattas av bestämmelserna om tilldelning av offentliga byggentreprenadkontrakt. Om så är fallet, och om det skulle konstateras att denna kvalificering inte är förenlig med lagakraftvunna domstolsavgöranden, har domstolen anmodats att uttala sig om räckvidden av principen om att rättskraftiga avgöranden är oantastliga i en situation som anses oförenlig med unionsrätten.

I – **Tillämpliga bestämmelser**

3. I nionde skälet i direktiv 92/50/EEG[3] anges att ”[a]vtal om förvärv eller hyra av fast egendom eller rättigheter till sådan är av särskild karaktär och det är därför olämpligt att tillämpa upphandlingsregler i sådana fall”.

1 — Originalspråk: franska.

2 — Dom kommissionen/Tyskland (C-536/07, EU:C:2009:664) (nedan kallad domen i målet KölnMesse).

3 — Rådets direktiv av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1).

4. I artikel 1 a i direktiv 92/50 definieras ”offentliga tjänsteavtal” som ”skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet, med undantag av … iii) kontrakt avseende förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan …”

5. I artikel 1 a i direktiv 93/37/EEG [4] definieras ”offentliga byggentreprenadkontrakt” som ”skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en entreprenör och en av de under b angivna upphandlande myndigheterna och som avser utförande eller projektering och utförande av byggentreprenader för sådana verksamheter som anges i bilaga II eller av ett byggnadsverk som anges under c, eller realisering, oavsett medel, av ett byggnadsverk som motsvarar de krav som den upphandlande myndigheten har specificerat”.

6. Bland de verksamheter som anges i bilaga II i det nämnda direktivet återfinns ”[b]yggnads- och anläggningsarbete” i klass 50. Denna klass omfattar bland annat ”[b]yggnads- och anläggningsarbete (utan specialisering)” (undergrupp 500.1) samt ”[h]usbyggnadsarbete (bostäder och andra husbyggnader)” (grupp 501).

7. Skäl 24 i direktiv 2004/18 [5] har följande lydelse:

”Inom ramen för tjänster har kontrakt för förvärv eller hyra av fast egendom eller rättigheter till sådan egendom särdrag som gör att regler för offentlig upphandling inte bör tillämpas.”

8. Artikel 1.2 i direktivet innehåller följande definitioner:

”a) *offentliga kontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

b) *offentliga byggentreprenadkontrakt*: offentliga kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I eller av en byggentreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat.”

9. I artikel 16 i samma direktiv föreskrivs följande under rubriken ”Särskilda undantag”:

”Detta direktiv skall inte tillämpas på sådana offentliga tjänstekontrakt som avser

a) förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom; …”

II – **Bakgrund till tvisten, tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen**

10. Omständigheterna i tvisten har beskrivits närmare i begäran om förhandsavgörande och är relativt komplicerade. Med avseende på bedömningen bör följande nämnas.

4 — Rådets direktiv av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, s. 54).

5 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

11. Det aktuella målet har sitt upphov i ett offentligt meddelande om en ”marknadsundersökning” som Comune di Bari publicerade den 14 augusti 2003 i syfte att snarast möjligt förse domstolsadministrationen med ett nytt och passande gemensamt säte för alla domstolar i Bari. [6]

12. Enligt meddelandet krävdes att anbudsgivarna skulle åta sig att påbörja arbetet med att uppföra byggnadsverken före den 31 december 2003. Vidare krävdes tydliga och fullständiga uppgifter om kostnaderna och de betalningsvillkor som skulle gälla för den kommunala förvaltningen och det italienska justitieministeriet, med beaktande av att de tillgängliga statliga medel som hade anslagits för projektet uppgick till 43,5 miljoner euro, till vilket skulle läggas ytterligare 3 miljoner euro motsvarande det belopp som Comune di Bari vid den tiden betalade i årlig hyra för de byggnader i vilka de berörda domstolarna var inrymda. Meddelandet åtföljdes av ett dokument med ramkrav som sammanställts av Corte di appello di Bari.

13. Bland de fyra inkomna förslagen valde Comune di Bari ut Pizzarottis förslag genom beslut nr 1045/2003 av den 18 december 2003. I beslutet angavs att en del av byggnadsverken skulle säljas till Comune di Bari för ett belopp på 43 miljoner euro och att kommunen skulle få hyra återstoden för ett belopp på 3 miljoner euro per år.

14. Genom en skrivelse av den 4 februari 2004 underrättade det italienska justitieministeriet Comune di Bari om att de tillgängliga statliga medlen hade minskats till 18,5 miljoner euro och begärde att Comune di Bari skulle undersöka om det med beaktande av de inkomna förslagen var möjligt att slutföra projektet inom den nya ekonomiska ramen. Genom en skrivelse av den 11 februari 2004 tillfrågade Comune di Bari Pizzarotti om företaget kunde tänka sig att fortsätta det inledda förfarandet. Pizzarotti svarade jakande på denna fråga och omarbetade sitt anbud med beaktande av de minskade statliga medel som var tillgängliga.

15. Den statliga finansieringen drogs in helt i september 2004. Pizzarotti lämnade ett nytt förslag till Comune di Bari, i vilket företaget underströk att det var möjligt att uppföra de byggnadsverk som var avsedda för uthyrning, vilka angetts i det ursprungliga förslaget.

16. På grund av de kommunala myndigheternas passivitet inledde Pizzarotti ett rättsligt förfarande för att Comune di Bari skulle tvingas att vidta åtgärder och gjorde gällande att förvaltningens passivitet var rättsstridig.

17. Efter det att Tribunale amministrativo regionale per la Puglia hade ogillat talan genom dom av den 8 februari 2007 överklagade Pizzarotti till Consiglio di Stato, som biföll överklagandet genom dom nr 4267/2007. Consiglio di Stato ansåg inte att förfarandet hade avslutats i och med att resultatet av marknadsundersökningen hade godkänts och beslutade därför att Comune di Bari, ”med iakttagande av skälighetsprincipen, principen om tro och heder och principen om skydd för berättigade förväntningar, [skulle] ta konsekvenserna av sina handlingar och avsluta förfarandet på ett sannolikt ändamålsenligt sätt, varvid möjligheten att uppföra byggnadsverket inom den ändrade ekonomiska ramen [skulle] undersökas mot bakgrund av de mottagna förslagen”.

18. Efter att det väckts talan vid Consiglio di Stato om verkställande av dom nr 4267/2007 konstaterade rätten, i dom nr 3817/2008, att Comune di Bari hade utvisat passivitet och ålade den att fullt ut genomföra de åtgärder som framgår av domslutet i dom nr 4267/2007 inom 30 dagar. I fall av fortsatt passivitet utsåg Consiglio di Stato prefekten i Bari till *commissario ad acta*, för att denne, eventuellt genom en befullmäktigad person, skulle vidta alla nödvändiga åtgärder för att verkställa domen.

6 — Meddelandet publicerades bland annat i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* den 23 augusti 2003 (S-serien, nr 161).

19. Den 21 november 2008 slog den av prefekten i Bari befullmäktigade *commissario ad acta* fast att Pizzarottis förslag var giltiga och drog slutsatsen att marknadsundersökningsförfarandet hade gett ett positivt resultat.

20. Giunta comunale di Bari slutförde å sin sida det förfarande som inletts genom meddelandet om marknadsundersökningen, varvid den framhöll att Pizzarottis senaste förslag inte var förenligt med kraven i detta meddelande.

21. Pizzarotti och Comune di Bari väckte båda talan vid Consiglio di Stato. Pizzarotti gjorde gällande att eftersom Comune di Bari inte genom ett kontrakt hade förbundit sig att hyra byggnaderna, hade den inte korrekt verkställt föreläggandet i dom nr 3817/2008. Comune di Bari hävdade att hänsyn inte hade tagits till de försämrade villkoren, som påverkade förfarandets genomförande.

22. Genom beslut om verkställande nr 2153/2010 av den 15 april 2010 biföll Consiglio di Stato Pizzarottis talan och ogillade den talan som Comune di Bari väckt. När det gäller de åtgärder som vidtagits av *commissario ad acta*, ansåg Consiglio di Stato att även om lämpliga åtgärder hade vidtagits var de ofullständiga, eftersom förfarandet inte hade avslutats ”på ett sannolikt ändamålsenligt sätt” ”i den mening som avsågs i dom nr 4267/2007. Consiglio di Stato fastställde därför en frist på 180 dagar för att avsluta förfarandet, inom vilken nödvändiga åtgärder skulle vidtas för att konkret genomföra Pizzarottis förslag.

23. I beslut av den 27 maj 2010 drog *commissario ad acta* slutsatsen att ”meddelandet om marknadsundersökningen från augusti 2003 … [inte hade] gett något resultat”.

24. Pizzarotti väckte talan mot detta beslut och Consiglio di Stato biföll talan genom beslut om verkställande nr 8420/2010 av den 3 december 2010. Consiglio di Stato betonade att slutsatserna om marknadsundersökningens resultat i beslutet av den 21 november 2008 respektive beslutet av den 27 maj 2010 inte var konsekventa och ansåg att den slutsats som ska gälla är den som angavs i det första beslutet. När det gäller medverkan av en tredje part som förvärvar och hyr ut den egendom som är avsedd för domstolskomplexet i Bari samt utfästelsen om att hyra ut byggnadsverket påpekade Consiglio di Stato att *commissario ad actas* bedömning inte grundades på en ingående undersökning och således stred mot domstolens beslut att *commissario ad acta* skulle undersöka de faktiska och rättsliga förutsättningarna för att konkret genomföra förslaget. När det gäller påståendet att Pizzarottis förslag inte var förenligt med detaljplanen, bekräftade Consiglio di Stato att *commissario ad acta* måste inleda nödvändiga förfaranden för att anta förslaget, efter att ha granskat övriga lagkrav. Beslutet från *commissario ad acta* ogiltigförklarades följaktligen med motiveringen att principen om rättskraft hade åsidosatts.

25. Prefekten i Bari utsåg därefter en ny *commissario ad acta* som vidtog alla åtgärder som var nödvändiga för att den 23 april 2012 anta ett beslut om en i förhållande till Comune di Baris strukturplan ”alternativ detaljplan” för de områden som berördes av uppförandet av domstolskomplexet.

26. Pizzarotti bestred detta beslut vid Consiglio di Stato med motiveringen att det syftade till att kringgå principen om rättskraft.

27. Den hänskjutande domstolen vill, för det första, få klarhet i om ett hyreskontrakt avseende ett ännu ej uppfört byggnadsverk, vilket ska ingås i form av en utfästelse om att hyra ut byggnadsverket, kan likställas med ett byggentreprenadkontrakt, även om det har vissa särdrag som är utmärkande för hyreskontrakt, och således inte omfattas av det särskilda undantag som anges i artikel 16.1 a i direktiv 2004/18. Den vill framför allt få klarhet i vad som avses med orden ”annan fast egendom” i nämnda bestämmelse och vad som är innebörden av skäl 24 i direktivet.

28. Den hänskjutande domstolen vill för det andra, för det fallet att kontraktet i fråga utgör ett byggentreprenadkontrakt, få klarhet i om den i detta fall kan frånta ett rättskraftigt avgörande – det vill säga dom nr 4267/2007 – dess verkan, eftersom det på grund av senare beslut om verkställande samt beslut som antagits av *commissario ad acta* annars skulle ge upphov till en situation som är oförenlig med unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling. Den hänskjutande domstolen har betonat att den enligt sin egen rättspraxis får komplettera det ursprungliga domslutet i sina avgöranden genom ett tillämpningsbeslut, vilket innebär att det är fråga om ”stegvis rättskraft”. Den hänskjutande domstolen har tillagt att enligt EU-domstolens rättspraxis hindrar inte principen om rättskraft, vilken framgår av artikel 2909 i den italienska civillagen, en korrekt tillämpning av unionsrätten i en situation där det finns en rättskraftig dom.

29. Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1. Kan ett avtal om hyra av egendom som ska uppföras i framtiden – särskilt i den senast föreslagna formen, det vill säga en utfästelse att hyra ut – likställas med ett avtal om bygg- och anläggningsarbeten, även om det har vissa särdrag som är utmärkande för ett hyresavtal, och kan det således inte anses vara ett sådant avtal som enligt artikel 16 i [direktiv 2004/18] är undantaget från bestämmelserna om offentlig upphandling?

2. Om den första frågan besvaras jakande, kan en nationell domstol, särskilt den hänskjutande domstolen, slå fast att ett eventuellt rättskraftigt avgörande av den tvist som är aktuell i målet och som det redogörs för i detta beslut om hänskjutande inte har någon verkan, eftersom avgörandet skulle ha gett upphov till en situation som är oförenlig med de unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling? Är det i detta hänseende möjligt att verkställa ett rättskraftigt avgörande som är oförenligt med unionsrätten?”

30. Parterna i det nationella målet, den tyska och den italienska regeringen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

31. Vid förhandlingen, som hölls den 27 februari 2014, närvarade parterna i det nationella målet, den tyska och den italienska regeringen samt kommissionen.

III – **Bedömning**

A – *Upptagande till sakprövning*

32. Pizzarotti har ifrågasatt huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning, och detta av två skäl.

33. Pizzarotti har, för det första, hävdat att direktiv 2004/18, som är den enda unionsrättsakt som det hänvisas till i begäran om förhandsavgörande, inte är tillämpligt i tidsmässigt hänseende (*ratione temporis*) i det nationella målet.

34. Pizzarotti har, för det andra, gjort gällande att domstolens svar inte kan påverka avgörandet av det nationella målet, vilket kännetecknas av att det föreligger flera domstolsavgöranden [7] som har vunnit laga kraft enligt italiensk rätt.

35. Inget av de argument som Pizzarotti har anfört till stöd för att begäran inte ska tas upp till prövning är övertygande.

36. När det, för det första, gäller argumentet att den hänskjutande domstolen endast har hänvisat till direktiv 2004/18, vilket inte är tillämpligt i förevarande mål, är detta knappast tillräckligt för att avvisa begäran om förhandsavgörande.

37. Det relevanta vid avgörandet av vilken lagstiftning som är tillämplig på ett offentligt kontrakt är, enligt fast rättspraxis [8] och som bland annat Pizzarotti och kommission har betonat, tidpunkten när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av det offentliga kontraktet. Av detta följer att det i förevarande fall är beslutet av den 14 augusti 2003 som är relevant. [9] Vid den tidpunkten var emellertid endast direktiv 93/37, i förening med direktiv 92/50, tillämpligt.

38. Jag anser emellertid att misstaget när det gäller att identifiera den unionslagstiftning som är tillämplig i detta fall är av begränsad betydelse och saknar konsekvenser. De bestämmelser som är relevanta i förevarande mål, det vill säga artikel 1 a i direktiv 93/37 och artikel 1 a iii i direktiv 92/50, har en ordalydelse som är väldigt lik ordalydelsen i direktiv 2004/18, vilket i huvudsak utgör en omarbetning och förenkling av de bestämmelser som dittills varit tillämpliga.

39. I denna situation, som uppenbart inte innebär en ändring av den rättsliga problematik som lagts fram i begäran om förhandsavgörande eller en prövning av rättsfrågor som inte har behandlats inom ramen för det nationella målet, [10] anser jag att det är fullt möjligt att omformulera frågorna så att de i själva verket syftar till en tolkning av bestämmelserna i direktiv 93/37.

40. När det, för det andra, gäller argumentet att begäran om förhandsavgörande ska avvisas eftersom befintliga lagakraftvunna domstolsavgöranden gör att domstolens svar är helt överflödiga för avgörandet av det nationella målet, kan inte heller detta argument godtas. En prövning av konsekvenserna av att de avgöranden som den hänskjutande domstolen har hänvisat till har rättskraft eller laga kraft är nämligen av central betydelse för problematiken i den andra frågan. För det fallet att Pizzarotti genom sina argument egentligen avser att ifrågasätta tolkningsfrågornas relevans, räcker det att erinra om att när en tvist anhängiggjorts vid en nationell domstol ankommer det i princip på denna nationella domstol att ensam bedöma relevansen hos de frågor som den ställer till domstolen. Något annat är möjligt endast då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte

7 — Pizzarotti har hänvisat till två avgöranden. Det första är avgörandet från Tribunale amministrativo regionale per la Puglia av den 18 maj 2004. Här prövade rätten en talan som väckts av en anbudsgivare vars anbud inte godtagits och slog fast att meddelandet om en marknadsundersökning hade en rent undersökande karaktär och syftade till att undersöka lämpliga lösningar för att skapa ett domstolskomplex i Bari, varför det inte innebar något åtagande från den kommunala förvaltningens sida att senare tilldela ett byggentreprenadkontrakt. Det andra är dom nr 4267/2007 från Consiglio di Stato, genom vilken den kommunala förvaltningen förpliktades att slutföra det inledda förfarandet genom att ingå ett hyreskontrakt med Pizzarotti avseende egendom som ska uppföras i framtiden.

8 — Se, bland annat, dom kommissionen/Nederländerna (C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 52 och där angiven rättspraxis).

9 — Som Consiglio di Stato har angett utgör ”det meddelande om en marknadsundersökning som Comune di Bari publicerade, valet därefter av det förslag som hade utarbetats av företaget Pizzarotti, inlämnandet av förslaget till justitieministeriet och justitieministeriets meddelande nr 249 av den 4 februari 2004 … också steg i ett komplicerat förfarande för att skapa ett nytt domstolskomplex”.

10 — Domstolen har upprepade gånger erinrat om att dess uppgift är att tolka alla bestämmelser i unionsrätten som de nationella domstolarna behöver för att avgöra tvister som är anhängiga vid dem, även om dessa bestämmelser inte anges uttryckligen i de frågor som dessa domstolar har ställt (se, bland annat, dom Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, punkt 39, och dom Worten, C-342/12, EU:C:2013:355, punkt 30).

har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den.[11] Detta tycks inte vara fallet.

41. Under dessa omständigheter anser jag att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning.

B – *Den första frågan: Huruvida det föreligger ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i direktiv 93/37*

1. Redogörelse för problematiken

42. Genom den första frågan vill den hänskjutande domstolen att domstolen, mot bakgrund av unionslagstiftningen om offentlig upphandling, ska klargöra den rättsliga kvalificeringen av ett kontrakt som den betecknar som ett ”avtal om hyra av egendom som ska uppföras i framtiden – särskilt den senast föreslagna formen, det vill säga en utfästelse att hyra ut”.

43. Domstolen ska närmare bestämt avgöra om det förslag som Comune di Bari lämnade till Pizzarotti efter det att den ursprungligen planerade statliga finansieringen hade dragits in (se ovan punkterna 14 och 15) ska anses ha syftat till att ingå ett hyreskontrakt som inte omfattas av unionslagstiftningen om offentlig upphandling, eller om det tvärtom kan förplikta Comune di Bari att ingå ett offentligt byggentreprenadkontrakt och det således är nödvändigt att inleda ett nytt förfarande.

44. Det är i huvudsak två uppfattningar som står emot varandra.

45. Pizzarotti och den italienska regeringen har, på flera punkter med stöd av den tyska regeringen, gjort gällande att det kontrakt som avses i det nationella målet inte uppfyller kriterierna i definitionen av ett byggentreprenadkontrakt, vilka anges i de tillämpliga bestämmelserna och har preciserats av EU-domstolen. Nämnda kontrakt omfattas således av undantaget i artikel 1 a iii i direktiv 92/50 och artikel 16 a i direktiv 2004/18.

46. De har i denna del anfört följande. För det första avser det nationella målet inte uppförande av ett byggnadsverk, utan uthyrning av fast egendom. Detta framgår framför allt av ordalydelsen i meddelandet om marknadsundersökningen och Comune di Baris beslut av den 18 december 2003 samt av själva kontraktets särdrag, vilka är typiska för ett hyreskontrakt i den mening som avses i artikel 1571 i den italienska civillagen och vilka tydligt skiljer sig från särdragen hos kontraktet i det ovannämnda målet KölnMesse.

47. För det andra finns det i det nationella målet ingen skyldighet för Comune di Bari att utge ekonomiskt vederlag för att erhålla en prestation i form av en byggnadsentreprenad som är av direkt ekonomiskt intresse för den. Detta innebär att kontraktet inte innehåller några ekonomiska villkor.

48. För det tredje kan Comune di Bari inte på rättslig väg tvinga Pizzarotti att utföra byggnadsarbetena.

49. För det fjärde bifogade Comune di Bari till den handling som upprättades av Commissione di manutenzione della Corte d’appello di Bari vare sig tekniska specifikationer i den mening som avses i punkt 1 i bilaga III till direktiv 93/37 eller punkt 1 a i bilaga VI till direktiv 2004/18 eller förfrågningsunderlag i den mening som avses i artikel 10 i direktiv 93/37 eller artikel 23 i direktiv 2004/18, vilket bekräftar att dess avsikt inte var att göra en upphandling av en byggentreprenad, utan att genomföra en icke bindande marknadsundersökning, i syfte att

11 — Se, för ett liknande resonemang, dom Fish Legal och Shirley (C-279/12, EU:C:2013:853, punkt 30).

sammanställa privata initiativ som den avsåg att utvärdera helt självständigt och utan någon beslutsskyldighet. Vidare kännetecknas det kontrakt som avses i det nationella målet av att det inte innehåller några precisa tekniska specifikationer för den typ av byggnadsarbete som ska utföras, vilket var fallet i målet KölnMesse.

50. Comune di Bari och kommissionen anser, å sin sida, att det kontrakt som avses i målet vid den nationella domstolen utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 93/37, vilket borde ha tilldelats med iakttagande av de handläggningsregler och regler om öppenhet som föreskrivs i samma direktiv.

51. Det kan konstateras att de argument som anförts av parterna i målet vid den nationella domstolen och de olika intervenienterna i det aktuella förfarandet i huvudsak avser frågan huruvida de villkor som ska vara uppfyllda för att ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i unionslagstiftningen ska anses föreligga, vilka domstolen har erinrat om och preciserat i bland annat domen i det ovannämnda målet KölnMesse, är uppfyllda i det nationella målet.

52. I domen i det ovannämnda målet KölnMesse var dock problematiken rörande den rättsliga kvalificeringen av den aktuella transaktionen en annan än den som avses i den första tolkningsfrågan i förevarande mål. I målet KölnMesse hade domstolen anmodats att avgöra om den del som avsåg uthyrning i kontraktet mellan staden Köln och GKM-GbR vägde tyngre än målet att uppföra byggnadsverken. Det rörde sig inte alls om frågan huruvida kontraktet omfattades av undantaget i artikel 1 a iii i direktiv 92/50 och artikel 16 a i direktiv 2004/18.

53. I det nu aktuella målet rör det sig, med beaktande av den hänskjutande domstolens formulering av tolkningsfrågorna, framför allt om frågan huruvida transaktioner som avser egendom som ska uppföras kan omfattas av det undantag från tillämpning av bestämmelserna om offentlig upphandling som föreskrivs i dessa bestämmelser. Detta tyder på att den hänskjutande domstolen utgår ifrån antagandet att kontraktet i fråga utgör ett offentligt tjänstekontrakt som, med hänsyn till dess särdrag, kan falla utanför tillämpningsområdet för reglerna om offentlig upphandling.

54. Jag ska först ange skälen till att jag anser att ett byggnadsverk vars uppförande inte har påbörjats under inga omständigheter kan omfattas av ovannämnda undantag.

55. Eftersom det kan vara lämpligt att utöver den fråga som ställts av den hänskjutande domstolen även uttala sig om huruvida villkoren i förevarande fall är uppfyllda för att anse att kontraktet utgör ”ett offentligt byggentreprenadkontrakt” och inte ett offentligt tjänstekontrakt, kommer jag att förklara hur man, enligt min mening och som en fortsättning på resonemanget i domen i det ovannämnda målet KölnMesse, bör se på det utkast till kontrakt som är i fråga i det nationella målet.

2. Bestämmelserna i artikel 1 a iii i direktiv 92/50 avser ovillkorligen transaktioner som rör befintlig fast egendom

56. Det är här lämpligt att erinra om en nyckelparameter som bör beaktas för att avgöra om en transaktion omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling, nämligen den omständigheten att unionslagstiftningen inom området offentlig upphandling har som sitt främsta mål att undanröja begränsningar av de grundläggande friheterna och främja en effektiv konkurrens. [12]

12 — Se andra och tionde skälet i direktiv 93/37 och skäl 2 i direktiv 2004/18.

57. Detta mål äventyras när en upphandlande myndighet, utan att först ha genomfört de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i unionslagstiftningen, ger ett företag i uppdrag att genomföra byggentreprenader eller tillhandahålla tjänster, oavsett skälen för och sammanhanget kring byggentreprenadens genomförande eller tjänsternas tillhandahållande och oavsett vilket ändamål de ska uppfylla. [13]

58. För att det nämnda målet ska kunna uppnås på effektivt sätt är det nödvändigt att en given transaktion som avser ett byggentreprenadkontrakt ges en bred kvalificering samtidigt som undantagen tolkas restriktivt.

59. Detta gäller särskilt i fråga om de särskilda undantag från vissa offentliga tjänstekontrakt som anges i artikel 1 a i direktiv 92/50 (vilka i huvudsak även anges i artikel 16 i direktiv 2004/18). [14] Som det anges i skäl 24 i direktiv 2004/18 är det vissa kontrakts ”särdrag” som gör att regler för offentlig upphandling inte bör tillämpas.

60. När det gäller undantaget avseende förvärv eller hyra av fast egendom [15] i vid bemärkelse kan det enligt min åsikt endast omfatta befintlig egendom. En konkurrensutsättning enligt bestämmelserna om offentlig upphandling är nämligen ganska meningslös när det är fråga om uthyrning eller försäljning av en given befintlig egendom, vilken på grund av att den är unik inte lämpar sig för en jämförelse med annan egendom. Av vissa förarbeten framgår vidare att undantaget för kontrakt som avser hyra eller förvärv av fast egendom ursprungligen beror på dessa kontrakts lokala och icke-gränsöverskridande karaktär. [16] Eftersom verksamheten i detta fall omfattar framtida uppförande av fast egendom och således genomförande av byggentreprenader, är den konkurrensutsättning och öppenhet som krävs enligt bestämmelserna inte på något sätt oändamålsenlig och nämnda bestämmelser är därmed tillämpliga. Vidare bör hänvisningen i bestämmelserna till ”annan fast egendom” enligt min mening förstås så, att den avser andra slag av egendom än mark och byggnader och inte egendom som ännu inte har uppförts.

61. Utan att det finns anledning att uttala sig mer exakt om från vilket skede en fast egendom ska anses vara befintlig, följer det av det ovanstående att undantaget för förvärv eller hyra av ”mark, byggnader eller annan fast egendom” inte i något fall kan avse egendom vars uppförande inte ens har påbörjats, vilket förefaller vara fallet i det nationella målet. I det fallet att en offentlig myndighet i syfte att tillhandahålla vissa tjänster väljer att förvärva eller hyra ett byggnadsverk som ännu inte har uppförts, bör transaktionen vara föremål för de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i relevanta bestämmelser.

3. Villkoren för att ett byggentreprenadkontrakt ska anses föreligga är under alla omständigheter uppfyllda i den situation som är i fråga i det nationella målet

62. Domstolen har upprepade gånger erinrat om att kvalificeringen av vad som utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt omfattas av unionsrätten och inte påverkas av kvalificeringen enligt nationell rätt. [17] Vid bedömningen av om en överenskommelse eller en transaktion omfattas av tillämpningsområdet för ett direktiv om offentlig upphandling är inte heller kontraktsparternas eventuella rättsliga kvalificering av ett visst kontrakt avgörande. [18]

13 — Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2006:410, punkt 43.

14 — Se även artikel 10 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, s. 65).

15 — Artikel 1 a iii i direktiv 92/50 och artikel 16 a i direktiv 2004/18.

16 — Se, bland annat, motiveringen till förslaget av den 6 december 1990 till rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (KOM(90) 372 slutlig – SYN 293).

17 — Se dom Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

18 — Domen i målet KölnMesse, punkt 54.

63. När det gäller det nationella målet är den formella kvalificeringen av kontraktet i fråga som ett hyreskontrakt således inte en avgörande faktor. Inte heller är det relevant att kontraktet har vissa särdrag som är utmärkande för hyreskontrakt avseende fast egendom i den mening som avses i artikel 1571 i den italienska civillagen, vilket den italienska regeringen och Pizzarotti har hävdat.

64. Här behöver en precisering göras. Det handlar inte om att ifrågasätta de nationella offentliga myndigheternas frihet att välja det kontraktsförfarande som de anser är lämpligt för genomförande av byggentreprenader eller tillhandahållande av tjänster eller att ifrågasätta huruvida användningen av vissa typer av kontrakt är rättsenlig, utan om att undvika den risk för att bestämmelserna om offentlig upphandling kringgås som användningen av vissa kontraktsformer kan skapa. Med andra ord, unionsbestämmelserna om offentlig upphandling inverkar inte på huruvida det är rättsenligt att använda sig av ett hyreskontrakt i syfte att låta uppföra ett byggnadsverk, förutsatt att man inför ingåendet av kontraktet iakttar de bestämmelser om offentliggörande och konkurrensutsättning som föreskrivs i dessa unionsbestämmelser.

65. Vidare ska direktivets tillämpningsområde avgöras endast utifrån de objektiva villkor som uttryckligen anges i de direktiv som antagits på området.

66. Detta innebär att de offentliga myndigheternas faktiska eller påstådda syften inte är relevanta när det gäller att avgöra om ett kontrakt ska kvalificeras som ett byggentreprenadkontrakt. Hänsyn kan således inte tas till den omständigheten att Comune di Bari, om så skulle vara fallet, ursprungligen hade för avsikt att endast förse domstolsadministrationen med ett gemensamt säte i Bari utan att det nödvändigtvis skedde genom en byggentreprenad.

67. Domstolen har även betonat att definitionen av begreppet offentligt byggentreprenadkontrakt i artikel 1 a i direktiv 93/37 innefattar alla transaktioner där ett avtal med ekonomiska villkor ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör och syftar till att leverantören ska uppföra ett byggnadsverk i den mening som avses i artikel 1 c i detta direktiv. Det centrala kriteriet är härvid att byggnadsverket uppförs enligt krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten, oavsett på vilket sätt uppförandet sker. [19] För att detta ska vara fallet måste den upphandlande myndigheten ha vidtagit åtgärder för att specificera byggnadsverkets särdrag eller åtminstone för att utöva ett bestämmande inflytande på dess projektering. [20]

68. Slutligen framgår det av rättspraxis att det är det huvudsakliga syftet med ett kontrakt som avgör vilka unionsbestämmelser som är tillämpliga, när ett kontrakt innehåller både inslag av offentlig byggentreprenad och av en annan typ av kontrakt. [21]

69. I förevarande fall anser jag på grundval av handlingarna i målet att den transaktion som är i fråga i det nationella målet uppvisar alla särdrag hos ett byggentreprenadkontrakt, eftersom det står klart att dess huvudsakliga syfte är att det mot betalning ska uppföras ett byggnadsverk som uppfyller de krav som ställts av den upphandlande myndigheten.

70. Dessa omständigheter visar för det första att syftet med hela det ifrågavarande förfarandet, vilket inleddes genom publiceringen av meddelandet om marknadsundersökningen den 14 augusti 2003, var att det i enlighet med de behöriga offentliga myndigheternas önskemål skulle uppföras nya lokaler avsedda att användas som gemensamt säte för domstolarna i Bari.

71. Detta framgår av meddelandet om marknadsundersökningen (*Ricerca di Mercato*) av den 14 augusti 2003, i vilket det särskilt anges att ”anbudsgivaren genom att lämna in sitt anbud åtar sig att påbörja byggnadsarbetet före den 31 december i år”.

19 — Dom KölnMesse, punkt 55.

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

21 — Se, bland annat, domen i målet KölnMesse, punkt 57.

72. Av det dokument (med rubriken *Quadro esigenziale* (ramkrav)) som var bifogat meddelandet om marknadsundersökningen och som hade upprättats av Corte d'appello di Bari och godkänts av Commissione di manutenzione, vars relevans för granskningen av utkastet till kontrakt inte har ifrågasatts,[22] framgår vidare att de behöriga offentliga myndigheterna specificerade ett visst antal strukturella, funktionsmässiga och organisatoriska krav som förslaget till ett enda domstolskomplex måste uppfylla med hänsyn till tillämplig lagstiftning och vissa statistiska uppgifter om domstolsverksamheten i Bari. Dessa krav, som täcker flera tiotals sidor, går enligt min mening mycket längre än en hyresgästs vanliga krav på en nybyggd byggnad av viss storlek.[23]

73. Slutligen hänvisas i kommunfullmäktiges beslut nr 1045/2003 av den 18 december 2003 om valet av det anbud som lämnats av Pizzarotti uttryckligen till ”uppförandet av ett gemensamt säte” för domstolarna.

74. Mer allmänt anser jag att i den mening som avses i direktiv 93/37 och direktiv 2004/18 kan det omedelbara och således huvudsakliga syftet med ett kontrakt som avser ett byggnadsverk vars uppförande inte ännu har påbörjats, i princip och som en fortsättning på resonemanget i domen i målet KölnMesse, inte anses vara att hyra en egendom, och detta oavsett vilken avtalsform som valts enligt nationell rätt. Det främsta syftet med ett sådant kontrakt kan logiskt sett bara vara uppförande av nämnda byggnadsverk, som sedan ska ställas till den upphandlande myndighetens förfogande genom ett avtalsförhållande som betecknas som ett ”hyreskontrakt”.[24]

75. För att återgå till det nationella målet står det klart att Pizzarotti inte hade någon möjlighet att fullgöra den skyldighet som angavs i utkastet till utfästelse om att hyra ut byggnadsverket, det vill säga att ställa det särskilda byggnadsverket i det angivna området till förfogande, utan att först uppföra det.

76. Det stora antalet tekniska specifikationer i referensdokumenten visar att den upphandlande myndigheten vidtog åtgärder för att specificera byggnadsverkets särdrag eller åtminstone för att utöva ett bestämmande inflytande på dess projektering. Dessa omständigheter och den komplicerade tvist som uppkommit till följd av underlåtenheten att ingå det kontrakt som är i fråga i det nationella målet visar, enligt min åsikt, tydligt att Pizzarotti inte hade varit berett att uppföra det ifrågavarande byggnadsverket om inte Comune di Bari hade utformat specifika krav och godtagit det förslag om uppförande av byggnadsverket som lämnades som svar på meddelandet om marknadsundersökningen.

77. Det tycks mig, för det andra, vara ganska uppenbart att även om kontraktet i det nationella målet i detta hänseende skiljer sig från det kontrakt som var i fråga i målet KölnMesse[25] så innehåller det ekonomiska villkor.

78. Det är förvisso riktigt att den ersättning i form av årlig hyra som det var avsett att Comune di Bari skulle betala under de 18 år som kontraktet skulle gälla långt ifrån täcker kostnaderna för uppförandet av byggnadsverket.

79. Detta konstaterande innebär emellertid inte att det kan förnekas att kontraktet i fråga innehåller ekonomiska villkor.

22 — I förslaget till utfästelse om att hyra ut byggnadsverket, som är daterat maj 2012, hänvisas särskilt i skäl 10 och artikel 7 till dessa ramkrav.

23 — Domen i målet KölnMesse, punkt 58.

24 — Se domen i målet KölnMesse, punkt 56.

25 — I målet KölnMesse anförde den tyska regeringen den omständigheten att det sammanlagda belopp som skulle betalas till GKM-GbR i hyra, vilket i slutändan skulle komma att uppgå till omkring 600 miljoner euro, klart översteg kostnaden för att uppföra byggnadsverken, vilken var omkring 235 miljoner euro.

80. För att skilja ett offentligt tjänstekontrakt från ett offentligt byggentreprenadkontrakt [26] kan, tvärtemot vad Pizzarotti samt den italienska och den tyska regeringen tycks anse, [27] ingen avgörande vikt läggas vid vilket belopp som erläggs som ekonomiskt vederlag för byggnadsarbetet. Domstolen har slagit fast att den avgörande faktorn vid kvalificeringen av ett kontrakt är dess huvudsakliga syfte, inte hur stor ersättning leverantören får eller hur betalningen sker. [28] Det förhållandet att betalningen av den årliga hyran under den period på 18 år som det ifrågavarande kontraktet skulle gälla inte täcker hela kostnaden för att uppföra byggnadsverket kan under inga omständigheter ändra det förhållandet att kontraktet innehåller ekonomiska villkor och således leda till slutsatsen att det inte rör sig om ett offentligt byggentreprenadkontrakt. Att en ekonomisk aktör faktiskt erhåller en fördel kan inte utgöra ett nödvändigt villkor för att ett kontrakt ska kvalificeras som ett offentligt byggentreprenadkontrakt. [29]

81. Villkoret att det ska finnas ett ”direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten” innebär inte nödvändigtvis att den upphandlande myndigheten måste bli ägare till byggnadsverket utan kan uppfyllas av ett hyreskontrakt som ger den berörda offentliga myndigheten tillgång till byggnadsverket. [30]

82. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att den första frågan ska besvaras så, att ett hyreskontrakt avseende ett byggnadsverk som ska uppföras, vilket har samma särdrag som det kontrakt som är i fråga i det nationella målet, ska kvalificeras som ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 93/37.

C – Den andra frågan: Krav som följer av principen om lojalt samarbete och principen om rättskraft i en situation som presumeras vara oförenlig med unionsrätten

83. Genom den andra frågan vill den nationella domstolen få klarhet i om den kan frånta ett eventuellt rättskraftigt avgörande i den aktuella tvisten dess verkan av det skälet att detta avgörande annars skulle ge upphov till en rättslig situation som är oförenlig med unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling och om det är möjligt att verkställa ett lagakraftvunnet avgörande som är oförenligt med unionsrätten.

84. Jag måste inledningsvis säga att jag inte riktigt förstår exakt vad den hänskjutande domstolen menar med ett rättskraftigt avgörande som skulle vara problematiskt med avseende på unionsrätten, vare sig i fråga om *thema decidendum* eller *ratio decidendi*.

85. Även om jag är fullständigt medveten om att det ytterst ankommer på den nationella domstolen att ensam avgöra vilka domstolsavgöranden som kan hindra en fullständig tillämpning av unionsrätten, är nedanstående påpekanden nödvändiga för att ge den hänskjutande domstolen ett så användbart svar som möjligt.

26 — Detta till skillnad från den åtskillnad som görs mellan ett offentligt tjänstekontrakt och ett offentligt varukontrakt (se, bland annat, artikel 2 i direktiv 92/50 och artikel 1.2 d andra stycket i direktiv 2004/18).

27 — De har bland annat hänvisat till förslaget till avgörande där generaladvokaten ansåg att det även ska göras en ”jämförelse av priserna” (förslag till avgörande kommissionen/Tyskland, EU:C:2009:340, punkt 105).

28 — Se domen i målet KölnMesse, punkt 61.

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

30 — Se, för ett liknande resonemang, dom Helmut Müller (EU:C:2010:168, punkterna 50 och 51).

86. Det enda rättskraftiga avgörande som den hänskjutande domstolen i förevarande fall har hänvisat till [31] är dess dom nr 4267/2007, närmare bestämt avgörandet i den domen att Comune di Bari ”med iakttagande av skälighetsprincipen, principen om tro och heder och principen om skydd för berättigade förväntningar [skulle] ta konsekvenserna av sina handlingar och avslutaförfarandet på ett sannolikt ändamålsenligt sätt, varvid möjligheten att uppföra byggnadsverket inom den ändrade ekonomiska ramen [skulle] undersökas mot bakgrund av de mottagna förslagen”.

87. Även om nämnda avgörande, såsom Consiglio di Stato har uppgett, ”kan genomföras på många olika sätt”, är det a priori svårt att förstå av vilket skäl verkställandet av domen i fråga nödvändigtvis skulle vara oförenligt med unionsrätten, och närmare bestämt med tillämpningen av de relevanta bestämmelserna om byggentreprenadkontrakt.

88. Såsom Comune di Bari har anfört framgår det att det enda rättskraftiga (och lagakraftvunna) avgörandet i Consiglio di Statos dom nr 4267/2007 rör skyldigheten för Comune di Bari (och *commissario ad acta*) att avsluta det förfarande som inletts genom meddelandet om marknadsundersökningen. Inget hindrar i princip att avslutandet av förfarandet i den mening som avses i den nämnda domen sker genom att det inleds ett nytt anbudsförfarande med iakttagande av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling.

89. Det tycks emellertid som om den hänskjutande domstolen åtminstone delvis [32] har godtagit den tolkning som anförts av Pizzarotti, enligt vilken den nämnda domen och de senare rättsliga avgörandena borde tolkas så, att ”hyreskontraktet” med Pizzarotti måste ingås, vilket kan skapa en situation som strider mot unionsrätten. Det tycks även som om de verkställandebeslut som fattats av *commissario ad acta* ansetts ha en viss rättskraft (se beslut nr 8420/2010). Som jag förstår bestämmelserna i den italienska förvaltningsprocesslagen har Consiglio di Stato emellertid befogenhet att pröva alla frågor som avser ett korrekt verkställande av avgöranden, inbegripet frågor som följer av de beslut som fattats av *commissario ad acta* i dennes egenskap av rättsutövande organ.

90. Eftersom det av bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen, [33] såsom dessa tolkats av den hänskjutande domstolen, förefaller som om den hänskjutande domstolen har befogenhet att komplettera domslutet i dom nr 4267/2007, vilket innebär att domen får det som den hänskjutande domstolen kallar ”stegvis rättskraft”, kan det knappast anses att principen om rättskraft åsidosätts. När en domstol har befogenhet att precisera eller ändra ett tidigare avgörande, måste denna möjlighet nämligen föreligga på samma villkor när det gäller att säkerställa en fullständig tillämpning av unionsrätten.

91. I denna situation gäller det ytterst att den nationella domstolen vid verkställandet av avgöranden som kan tolkas på olika sätt väljer en tolkning som garanterar att förvaltningens agerar i överensstämmelse med unionsrätten.

92. För det fallet att den hänskjutande domstolen däremot skulle konstatera att en korrekt tillämpning av unionsrättens bestämmelser om byggentreprenadkontrakt är oförenlig med rättskraftiga avgöranden i form av dess dom nr 4267/2007 eller senare avgöranden, [34] vilket den är ensam behörig att avgöra, omfattas formerna för att genomföra principen om rättskraft av medlemsstaternas processuella autonomi, under förutsättning att likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen iakttas.

31 — Detta trots att parternas krav tycks avse verkställande av beslut nr 8420/2010.

32 — Se redogörelsen för de avgöranden som Consiglio di Stato meddelat bland annat i fråga om *commissario ad actas* beslut av den 27 maj 2010 (ovan punkterna 23–25).

33 — Lagstiftningsdekret nr 104 av den 2 juli 2010 (GURI nr 156 av den 7 juli 2010).

34 — Consiglio di Stato har de facto låtit förstå att det är dess beslut om verkställande (av den 15 april 2010 och den 3 december 2010) av de åtgärder som vidtagits av *commissario ad acta* som har gett upphov till en situation som potentiellt kan strida mot unionsrätten, eftersom Consiglio di Stato i dessa beslut slog fast att nödvändiga åtgärder skulle vidtas för att ingå det kontrakt om hyra av byggnadsverk som ska uppföras vilket Pizzarotti hade ingett till förvaltningen som slutligt förslag efter det att den ekonomiska ramen radikalt förändrades år 2004.

93. Domstolen har upprepade gånger erinrat om att rättskraftsprincipen äger stor betydelse i såväl unionsrätten som i de nationella rättsordningarna. För att säkerställa såväl en stabil rättsordning och stabila rättsförhållanden som en god rättskipning är det viktigt att domstolsavgöranden som vunnit laga kraft efter det att tillgängliga rättsmedel har uttömts eller fristerna för dessa har löpt ut inte längre kan angripas. [35] En nationell domstol är följaktligen inte enligt unionsrätten skyldig att underlåta att tillämpa nationella processregler som leder till att avgöranden vinner rättskraft, även om ett sådant agerande skulle kunna bringa ett åsidosättande av unionsrätten genom ett sådant avgörande att upphöra. [36]

94. Eftersom det saknas unionslagstiftning på området omfattas formerna för att genomföra principen om rättskraft av medlemsstaternas nationella rättsordningar enligt principen om medlemsstaternas processuella autonomi. Dessa former får emellertid varken vara mindre förmånliga än dem som gäller liknande nationella situationer (likvärdighetsprincipen) eller göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen). [37]

95. Den uppenbara avvikelsen i domen i målet Lucchini [38] från principen om rättskraft har domstolen själv begränsat till att endast gälla området statligt stöd, vilket är ett mycket speciellt område.

96. Domstolen preciserade i den nämnda domen att eftersom bedömningen av om stödåtgärder eller en stödordning är förenliga med den gemensamma marknaden omfattas av kommissionens exklusiva behörighet, vars beslut kan prövas av unionsdomstolen, utgör gemenskapsrätten hinder för att tillämpa en sådan bestämmelse i nationell rätt i vilken principen om rättskraft stadfästs, såsom artikel 2909 i den italienska civillagen, om tillämpningen utgör ett hinder för att återvinna statligt stöd som beviljats i strid med gemenskapsrätten och vars oförenlighet med den gemensamma marknaden har slagits fast i ett beslut av kommissionen som har vunnit laga kraft. [39]

97. Särdragen i målet Lucchini har även betonats i domen i det ovannämnda målet Fallimento Olimpiclub, [40] i vilken domstolen preciserade att målet Lucchini avsåg en klart avgränsad situation som rörde principerna om kompetensfördelningen mellan medlemsstaterna och gemenskapen vad gäller statligt stöd. Europeiska gemenskapernas kommission har på detta område en exklusiv behörighet att pröva huruvida en nationell åtgärd för statligt stöd är förenlig med den gemensamma marknaden.

98. När det gäller den analogi som dragits mellan de skyldigheter som åligger förvaltningsorgan i enlighet med deras skyldighet till lojalt samarbete, vilka bland annat preciserats i domen i målet Kühne & Heitz, [41] och de skyldigheter som i enlighet med skyldigheten till lojalt samarbete åligger nationella domstolar, är den långt ifrån övertygande.

99. Såväl respekten för ett förvaltningsbeslut laga kraft som respekten för ett domstolsavgörandes rättskraft grundar sig på att det med hänsyn till principen om rättssäkerhet är nödvändigt att säkerställa stabila rättsförhållanden. Det nationella målet avser, enligt de uppgifter som lämnats av Consiglio di Stato, den ovanliga situationen att Consiglio di Stato kan komplettera domslutet i ett av sina avgöranden som har vunnit laga kraft och vid behov ändra de beslut som *commissario ad acta* antagit för att verkställa dessa avgöranden.

35 — Se, bland annat, dom av den 30 september 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, punkt 38, av den 16 mars 2006, Kapferer, C-234/04, EU:C:2006:178, punkt 20, och av den 3 september 2009, Fallimento Olimpiclub, C-2/08, EU:C:2009:506, punkt 22.

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

37 — Dom Kapferer (EU:C:2006:178, punkt 22) och Fallimento Olimpiclub, (EU:C:2009:506, punkt 24).

38 — Se dom Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434).

39 — Se dom Lucchini (EU:C:2007:434, punkterna 62 och 63).

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

41 — Dom Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, punkt 28). Se även dom i-21 Germany och Arcor (C-392/04 och C-422/04, EU:C:2006:586, punkterna 51–55) och dom Kempter (C-2/06, EU:C:2008:78).

100. För det fallet att denna möjlighet kan anses utgöra en nyansering av principen att rättskraftiga och lagakraftvunna avgöranden är oantastliga, vilket inte är helt klart (se ovan punkt 90), finns det emellertid en viktig skillnad mellan möjligheten att ompröva ett lagakraftvunnet förvaltningsbeslut och möjligheten att ändra ett lagakraftvunnet domstolsavgörande. Skyldigheten för ett förvaltningsorgan att under vissa omständigheter ändra ett förvaltningsbeslut trots att det har vunnit laga kraft, vilken slås fast i domen i det ovannämnda målet Kühne & Heitz, vilar på premissen att en sådan omprövning inte kan skada tredje part. Detta villkor är enligt min mening inte uppfyllt när det gäller ändring av rättskraftiga domstolsavgöranden. Jag anser vidare att ovannämnda dom ytterst kan ses som en tillämpning av effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen med beaktande av att det i nationell rätt fanns en möjlighet att under vissa omständigheter ändra lagakraftvunna förvaltningsbeslut.

101. Av ovanstående överväganden följer att när ett domstolsavgörande, i förekommande fall på grund av senare beslut om verkställande, har gett upphov till en situation som är oförenlig med unionsrätten ankommer det i princip inte på den nationella domstolen att ändra avgörandet.

102. Det finns även en möjlighet att avhjälpa en situation där unionsrätten har åsidosatts. I det fallet att ett lagakraftvunnet avgörande gör det omöjligt att tillämpa unionsrätten finns det möjlighet för enskilda att väcka talan om skadestånd. [42]

103. Jag föreslår följaktligen att den andra frågan ska besvaras så, att det ankommer på den nationella domstolen att ensam bestämma den exakta ordalydelsen i ett lagakraftvunnet domstolsavgörande. Formerna för att verkställa ett domstolsavgörande som har vunnit laga kraft omfattas av medlemsstaternas nationella rättsordningar, under förutsättning att likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen iakttas. I det fallet att den nationella domstolen enligt nationella bestämmelser har befogenhet att komplettera eller till och med ändra ordalydelsen i ett rättskraftigt domstolsavgörande, ankommer det på den att utöva denna befogenhet så att unionsrätten genomförs på lämpligt sätt.

IV – **Förslag till avgörande**

104. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Consiglio di Stato på följande sätt:

1) Ett hyreskontrakt avseende ett byggnadsverk som ska uppföras, vilket har samma särdrag som det kontrakt som är i fråga i det nationella målet, ska kvalificeras som ett byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1 a i rådets direktiv 93/37/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader.

2) Det ankommer på den nationella domstolen att ensam bestämma den exakta ordalydelsen i ett lagakraftvunnet domstolsavgörande. Formerna för att verkställa ett domstolsavgörande som har vunnit laga kraft omfattas av medlemsstaternas nationella rättsordningar, under förutsättning att likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen iakttas. I det fallet att den nationella domstolen enligt nationella bestämmelser har befogenhet att komplettera eller till och med ändra ordalydelsen i ett rättskraftigt domstolsavgörande, ankommer det på den att utöva denna befogenhet så att unionsrätten genomförs på lämpligt sätt.

42 — Se, för ett liknande resonemang, dom Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punkt 51 och följande punkter).