

10 FEBBRAIO 2016

Brevi note sulla giurisprudenza della
Corte di giustizia dell'Unione
europea tra qualificazione del
rapporto contrattuale interno e
incidenza sul giudicato nazionale

di Grazia Vitale

Ricercatore di Diritto dell'Unione europea
Università degli Studi di Messina



Brevi note sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea tra qualificazione del rapporto contrattuale interno e incidenza sul giudicato nazionale^{*}

di Grazia Vitale

Ricercatore di Diritto dell'Unione europea
Università degli Studi di Messina

Sommario: 1. Premessa. – 2. La prima questione pregiudiziale e il giudizio della Corte sulla qualificazione del contratto *de quo*. L'oggetto principale del contratto. – 3. Segue. L'individuazione delle esigenze specifiche dell'Amministrazione. – 4. La seconda questione pregiudiziale. – 5. Il giudicato a formazione progressiva. – 6. Brevissime considerazioni conclusive.

1. Premessa

La vicenda che ci occupa, che trae le sue origini dal progetto di creazione di una nuova cittadella giudiziaria della giustizia di Bari, è stata ed è ancora oggi oggetto di un complesso ed articolato contenzioso nazionale, nel corso del quale si sono altresì innestati rilevanti momenti processuali innanzi alla Corte di giustizia¹. La Corte, più in particolare, è stata chiamata innanzi tutto a pronunciarsi sulla qualificazione giuridica dell'operazione contrattuale congegnata dalle parti del procedimento principale e sulla possibilità o meno che essa ricada nell'ambito di applicazione delle norme che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. Il giudice dell'Unione, inoltre, ha dovuto ancora una volta prendere posizione sul rapporto intercorrente tra

^{*} Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Si tratta della sentenza *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067. Per qualche recente commento si vedano V. FERRARO, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il diritto europeo: le recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 1055 ss.; M. GIAVAZZI, *L'effetto preclusivo del giudicato: la Corte di giustizia chiarisce il proprio pensiero. L'autonomia procedurale non è dunque un paradiso perduto*, in *Dir. Un. Eur.*, 2015, pp. 237 ss.; C. FIGLIOLIA, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il principio di autonomia processuale degli Stati: il giudicato a formazione progressiva come soluzione di compromesso tra il principio di certezza del diritto e l'effettività del diritto europeo*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 2015, pp. 917 ss.



il principio dell'autorità della cosa giudicata e il diritto dell'Unione, con cui il giudicato acquisito da decisioni giudiziarie definitive eventualmente contrasti. Il giudice del rinvio, infatti, si è chiesto se, anche ammettendo che il contratto di cui trattavasi costituisse un appalto di lavori, tale qualificazione potesse effettivamente comportare l'inefficacia del giudicato nazionale che avesse cristallizzato una situazione incompatibile con il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

Orbene, la presente trattazione tenterà una ricostruzione per quanto possibile critica della posizione assunta dalla Corte di giustizia in riferimento ad entrambe le questioni pregiudiziali sottoposte alla sua attenzione. In primo luogo, infatti, si cercherà di dimostrare come il contratto in corso di stipulazione tra la società Pizzarotti e il Comune di Bari, non solo in ragione del *nomen iuris* indicato dalle parti, ma anche della natura e del contenuto sostanziale degli obblighi reciprocamente assunti dalle stesse, sia da qualificarsi più correttamente come un contratto di locazione di cosa futura, come tale sottratto all'applicazione delle procedure di evidenza pubblica previste per gli appalti pubblici di lavori.

E tuttavia, nel corso del presente scritto si presterà più ampia attenzione al secondo quesito pregiudiziale sollevato innanzi ai giudici di Lussemburgo, ossia a quello relativo ai rapporti tra il giudicato nazionale e il diritto dell'Unione con cui esso venga in contrasto. La seconda questione pregiudiziale, infatti, così come peraltro correttamente rilevato dalla società Pizzarotti nelle sue difese, avrebbe dovuto essere probabilmente trattata dalla Corte prima ancora di quella relativa al merito, ossia di quella relativa alla qualificazione del contratto *de quo*, rivestendo nei confronti di quest'ultima una posizione logicamente e giuridicamente prioritaria. Da questo punto di vista, più in particolare, si tenterà di dimostrare nel corso della trattazione che, pur in presenza di una violazione rilevata dalla Corte relativamente alla normativa dell'Unione in tema di appalti, nessuna incidenza possa essere prodotta dalla sentenza in esame sul contenuto di statuizioni ormai definitive in quanto dotate dell'autorità della cosa giudicata, con cui i giudici nazionali abbiano previamente definito la natura del rapporto contrattuale intercorso tra le parti e la portata delle loro reciproche prestazioni.



2. La prima questione pregiudiziale e il giudizio della Corte sulla qualificazione del contratto *de quo*. L'oggetto principale del contratto

In breve, i fatti². La vicenda ha inizio con la pubblicazione, da parte del Comune di Bari, di un avviso pubblico di Ricerca di Mercato, avente l'obiettivo precipuo di dotare la città di una nuova cittadella giudiziaria, unica per tutti gli edifici giudiziari e idonea a soddisfare al meglio le esigenze strutturali e funzionali di amministrazione della giustizia. Tra le quattro proposte pervenute, il Comune di Bari selezionava, con delibera n. 1045/03, quella della società Pizzarotti, che avrebbe così avviato i lavori di costruzione delle opere al fine di concederli in locazione all'Amministrazione. A fronte dell'inerzia di quest'ultima, la Pizzarotti adiva l'autorità giudiziaria per far valere l'illegittimità del silenzio dalla stessa serbato, con conseguente affermazione dell'obbligo del Comune di provvedere. Con sentenza 4267/07 del Consiglio di Stato, si stabiliva che il Comune di Bari dovesse dare al procedimento una conclusione congrua, pur se nei limiti del mutato quadro economico. Successivamente adito ai fini dell'esecuzione di detta sentenza, il Consiglio di Stato riconosceva l'inottemperanza del Comune di Bari e ordinava a quest'ultimo di dare piena e integrale esecuzione al dispositivo della 4267/07. Il commissario ad acta, nel frattempo nominato per il compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla sentenza, propiziava l'emanazione di una delibera sulla "variante urbanistica" al piano regolatore generale del Comune di Bari relativamente ai terreni interessati alla costruzione della cittadella della giustizia. Questa decisione veniva impugnata dalla Pizzarotti innanzi al Consiglio di Stato così dando luogo al giudizio nell'ambito del quale sono state sollevate le questioni pregiudiziali che hanno dato vita alla pronuncia della Corte di cui oggi si discute.

Posta questa premessa, si ricordi che con la prima questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiedeva, in sostanza, se l'art. 1, lett. a) della direttiva 93/37, dovesse essere interpretato nel senso che un contratto avente ad oggetto un impegno a dare in locazione beni immobili non ancora

² Non si ritiene necessario riproporre fedelmente in questa sede le varie tappe della vicenda sottesa alla pronuncia della Corte, per le quali si rinvia integralmente tanto all'analitica ricostruzione operata dall'Avvocato Generale nelle sue Conclusioni (Parr. 10 ss.), quanto alla descrizione a tal fine prospettata dalla stessa Corte di giustizia nella prima parte della sua pronuncia (Punti 8 ss.). Pare più opportuno, invece, prestare particolare attenzione alle questioni giuridiche sottoposte all'attenzione dei giudici dell'Unione, soffermandosi sulla individuazione di taluni elementi in fatto della controversia solo nella misura in cui siano utili ad un migliore inquadramento delle argomentazioni di diritto poste dalla Corte a fondamento della propria decisione.



costruiti costituissero in realtà un appalto pubblico di lavori e non rientrasse, di conseguenza, nell'esclusione di cui all'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50³.

La Corte esordisce rilevando, in termini piuttosto decisi e lapidari, che “Nella controversia principale, risulta dal fascicolo a disposizione della Corte che, nel momento in cui la Pizzarotti ha proposto al Comune di Bari la conclusione del contratto *de quo*, la costruzione dell'opera prevista in tale contratto non era ancora stata avviata. Occorre pertanto considerare che l'oggetto principale di detto contratto consiste in tale costruzione, quale necessario presupposto, per l'appunto, della futura locazione” (Punto 42). Essa prosegue poi ricordando che, per l'esistenza di un appalto pubblico di lavori ai sensi della direttiva 93/37, è pure necessario che la realizzazione dell'opera progettata risponda alle esigenze specificamente formulate dall'amministrazione aggiudicatrice⁴, la quale abbia esercitato anche, in taluni casi, un'influenza determinante sulla progettazione della stessa⁵. Nel caso di specie, a tal proposito, la Corte rileva come il progetto di “atto di impegno a locare” intercorso tra le parti si riferisse al cosiddetto “Quadro Esigenziale” proposto dalla Corte d'Appello di Bari, e riservasse all'Amministrazione il diritto di verificare la conformità dell'opera da realizzare a detto Quadro. Esso, dal canto suo, avrebbe precisato molte delle caratteristiche tecniche e tecnologiche dell'opera da realizzare, nonché le esigenze specifiche di ciascun singolo ufficio del distretto, con ciò collocando il Comune di Bari in condizione di verificare, prima di ricevere l'opera, la conformità della stessa al Quadro Esigenziale. Ne deriverebbe, quindi, nell'ottica della Corte, che “il contratto di cui trattasi nel procedimento principale ha per oggetto principale la realizzazione di un'opera che risponda a esigenze specifiche dell'Amministrazione aggiudicatrice” (Punto 48). Né varrebbe a determinare la qualificazione del contratto, secondo la Corte, l'importo del corrispettivo spettante all'imprenditore o le modalità di pagamento dello stesso. Anzi, essa rileva che né l'art. 4 del progetto di atto di impegno a locare, secondo il quale il contratto avrebbe dovuto cessare automaticamente dopo 18 anni, né la normativa italiana sulla contabilità generale dello Stato, la

³ L'articolo 1, lettera a), della direttiva 92/50 definisce gli «appalti pubblici di servizi», ai fini della suddetta direttiva, come «i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice, ad esclusione (...) iii) dei contratti aventi per oggetto l'acquisizione o la locazione, qualunque siano le relative modalità finanziarie, di terreni, edifici esistenti o altri immobili, o riguardanti comunque diritti inerenti a tali beni immobiliari (...)». dal canto suo, L'articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37 definisce gli «appalti pubblici di lavori», ai fini della suddetta direttiva, come «contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice».

⁴ Si veda in questo senso sentenza *Commissione/Germania*, C-536/07, EU:C:2009:664.

⁵ Si veda sul punto la sentenza *Müller*, C-451/08, EU:C:2010:168.



quale prescrive che i contratti conclusi dalla Pubblica Amministrazione abbiano durata certa, osterebbero alla possibilità di stipulare con l'impresa Pizzarotti, alla scadenza del primo contratto, ulteriori contratti che servirebbero a rifonderla in tutto o in parte delle spese sostenute per la realizzazione dell'opera.

Sulla base di queste premesse, la Corte ritiene di rispondere alla prima questione precisando che "l'articolo 1, lett. a) della direttiva 93/37 deve essere interpretato nel senso che un contratto che abbia per oggetto principale la realizzazione di un'opera che risponda alle esigenze formulate dall'Amministrazione aggiudicatrice costituisce un appalto pubblico di lavori e non rientra, pertanto, nell'esclusione di cui all'art. 1, lettera a) iii), della direttiva 92/50, anche quando comporti un impegno a locare l'opera di cui trattasi" (Punto 52).

Ora, non pare possa condividersi la posizione assunta dalla Corte e, di conseguenza, la soluzione dalla stessa infine raggiunta. In altri termini, non pare affatto convincente l'idea per cui il contratto in via di conclusione tra l'Amministrazione comunale e la società Pizzarotti, nonostante qualificato formalmente come "impegno a locare", e nonostante dotato di taluni elementi caratteristici di un contratto di locazione, costituisca piuttosto l'atto di attribuzione diretta di un appalto di lavori.

Si tenga presente, da questo punto di vista, che il Comune di Bari pubblicava, nel 2003, un "Bando di Ricerca di Mercato", il quale si limitava ad invitare i soggetti eventualmente interessati a presentare adeguate proposte idonee a soddisfare un'esigenza generale, ossia quella di dotare l'Amministrazione giudiziaria di una nuova ed adeguata sede unica per i suoi uffici. Ciò significa, quindi, che l'Amministrazione non intendeva affatto prevedere l'affidamento di un appalto di lavori, ma solo soddisfare la suddetta esigenza, così come peraltro genericamente indicata nel Quadro Esigenziale redatto a tal fine dalla Corte d'Appello di Bari. Per il perseguimento di detta finalità, l'Amministrazione avrebbe quindi voluto solo stipulare un contratto di locazione avente ad oggetto un complesso strutturale idoneo a soddisfare le esigenze legate all'amministrazione della giustizia, e non già porre in capo all'impresa designata l'impegno di realizzare un'opera da mettere poi a disposizione dell'Amministrazione stessa.

Invece, la qualificazione dello stipulando contratto effettuata dalla Corte di giustizia nella sua pronuncia, non tiene conto di taluni elementi fondamentali ed incorre, di conseguenza, in taluni fraintendimenti che la conducono infine ad una statuizione tutt'altro che convincente. Al punto 42 della sua pronuncia, la Corte ritiene elemento determinante, ai fini dell'individuazione dell'oggetto principale del contratto e, quindi, della sua esatta qualificazione, la circostanza per cui "la costruzione dell'opera prevista in tale contratto non era ancora stata avviata". Orbene, pare

evidente che il fatto che il bene immobile da concedere in locazione non fosse ancora venuto ad esistenza al momento in cui le parti avrebbero dovuto sottoscrivere il contratto, è proprio l'elemento che lo qualifica come "locazione di cosa futura", con ciò distinguendolo dalla locazione di un immobile eventualmente già esistente.

Certo, correttamente la Corte ha ricordato che "quando un contratto contiene sia elementi propri di un appalto pubblico di lavori sia elementi propri di un altro tipo di appalto, occorre riferirsi al suo oggetto principale per determinarne la qualificazione giuridica e le norme di diritto dell'Unione applicabili" (Punto 41)⁶. A ciò aggiungasi che dalla giurisprudenza della Corte emerge pure che il campo di applicazione della direttiva in materia di appalti "è collegato all'oggetto principale del contratto, il quale deve essere determinato nell'ambito di un esame obiettivo dell'insieme dell'appalto cui si riferisce tale contratto"⁷. Questa valutazione deve avvenire, peraltro, "tenendo conto degli obblighi essenziali che prevalgono e che, in quanto tali, caratterizzano tale appalto, in opposizione a quelli che rivestono solo un carattere accessorio o complementare e sono imposti dall'oggetto stesso del contratto". La stessa Corte di giustizia ha a tal proposito espressamente affermato che si configura un appalto pubblico di lavori solo nel momento e nella misura in cui l'impresa aggiudicataria si assuma formalmente l'obbligo, previa contropartita, di realizzare quella determinata opera, ed il rispetto di detto obbligo possa costituire oggetto di un ricorso giurisdizionale⁸. Secondo la Corte, più in particolare, "il carattere oneroso del contratto implica che l'amministrazione aggiudicatrice che abbia stipulato un appalto pubblico di lavori riceva, in base allo stesso, una prestazione a fronte di una contropartita. Tale prestazione consiste nella realizzazione dei lavori che l'amministrazione aggiudicatrice intende ottenere"⁹. Ancora nella medesima pronuncia la Corte precisa che "Stipulando un appalto pubblico di lavori, l'aggiudicatario si impegna quindi ad eseguire o a far eseguire i lavori che ne rappresentano l'oggetto".

E tuttavia nel caso di specie, con particolare riguardo al contratto che le parti intendevano stipulare, non si rinviene affatto alcun obbligo della società Pizzarotti alla realizzazione dell'opera, né si individuano le conseguenze giuridicamente rilevanti eventualmente scaturenti dalla violazione di detto presunto obbligo. L'unico obbligo assunto dalla Pizzarotti era stato quello di mettere a disposizione del Comune di Bari un immobile il quale, come si è più volte detto, fosse

⁶ La Corte rinvia sul punto alle sentenze *Auroux e a.*, C-220/05, EU:C:2007:31; *Commissione/Italia*, C-412/04, EU:C:2008:102.

⁷ Cfr. sentenza *Commissione/Italia*, cit.

⁸ Si veda sul punto la sentenza *Müller*, cit.

⁹ Cfr. Sentenza *Müller*, cit.

congeniale al soddisfacimento di quelle esigenze genericamente individuate nel Quadro Esigenziale predisposto dalla Corte d'Appello di Bari. La realizzazione dell'opera era dunque un evento che coinvolgeva esclusivamente il soggetto privato e la costruzione dell'immobile era vicenda del tutto estranea al regolamento contrattuale, non potendo quindi configurarne l'oggetto principale, ossia la prestazione caratteristica.

La sola circostanza che l'immobile in discorso non fosse ancora venuto ad esistenza non era quindi sufficiente a qualificare il contratto come appalto pubblico di lavori, se non con la conseguenza di escludere in termini assoluti l'esistenza stessa della figura contrattuale della locazione di cosa futura, invece chiaramente accettata dalla stessa Corte di giustizia proprio nella sua giurisprudenza¹⁰.

Ma anche qualora fosse possibile ritenere che il contratto *in itinere* sia un contratto misto, contenente cioè elementi sia di lavori, sia di prestazione di servizi, la soluzione rimarrebbe comunque opposta a quella fatta propria dalla Corte, atteso che la componente "locazione" prevarrebbe comunque, alla luce di un'analisi complessiva ed obiettiva del contratto, su quella "lavori".

Cerchiamo di chiarire meglio il senso di questa affermazione

La direttiva 92/50/CE, applicabile *ratione temporis* alla vicenda, chiarisce al suo XVI Considerando che "un appalto può essere considerato appalto pubblico di lavori soltanto se il suo oggetto consiste nel realizzare un'opera; che tali lavori non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono l'oggetto dell'appalto". Nella stessa direzione, la direttiva 2004/18 precisa, all'art. 1, par. 2, lett. d), che un appalto pubblico avente ad oggetto dei servizi (come nel nostro caso, di locazione) e che preveda anche attività relative alla costruzione di un immobile solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale dell'appalto, è considerato un appalto pubblico di servizi. Ora, da una interpretazione sistematica del contratto in via di stipulazione nel caso di specie, emerge chiaramente come l'elemento "locazione" superi di gran lunga quello "lavori", in quanto proprio nel primo andrebbe rintracciata la prestazione caratteristica del regolamento contrattuale. Così, ad esempio, nella vicenda che ci occupa l'impresa non si era di certo assunta l'obbligo di costruire l'opera, né e tanto meno tale obbligo risultava implicitamente dalla disciplina contrattuale o poteva essere imposto in via giurisdizionale¹¹. Inoltre, nel caso oggi in esame la

¹⁰ Cfr. sentenza *Commissione/Germania, cit.* (cfr. il punto 58, in fine)

¹¹ Diversamente da quanto accaduto nella vicenda degli edifici fieristici di Colonia. Si veda il punto 27 della sentenza *Commissione/Germania, cit.*, e il par. 97 delle Conclusioni dell'AG, ove si cita l'art. 2 del



durata della locazione risultava fissata in 18 anni, alla scadenza dei quali si prevedeva espressamente la risoluzione automatica del contratto, con la conseguenza che l'immobile sarebbe ritornato allo spirare del termine nella piena disponibilità del proprietario. Non pare quindi convincente l'argomento con cui la Corte, invero ipotecendo il futuro e solo sulla base di supposizioni risultanti da dibattiti d'udienza, immagina la stipula, alla scadenza del contratto in esame, di successivi contratti del medesimo tenore. L'unico dato certo è che la locazione dell'immobile da destinare a sede degli uffici giudiziari, nelle intenzioni delle parti quali contenute nella loro bozza di regolamento contrattuale, avrebbe avuto una durata limitata nel tempo, peraltro perfettamente in linea con la prassi ordinaria adottata dalla Pubblica Amministrazione italiana per le locazioni semplici dello Stato e quindi in maniera tale da non comportare alcun fraintendimento in ordine all'esatta qualificazione della procedura di cui si discute in termini di locazione semplice e non già di appalto pubblico di lavori.

Nel caso tedesco, invece, cui la Corte si riferisce più volte non considerando adeguatamente le differenze con quello presente, il valore complessivo della locazione eccedeva ampiamente quello dell'opera da costruire, per cui il giudice dell'Unione ha di fatto correttamente rinvenuto nella somma dei canoni pagati all'Amministrazione una indiretta modalità di finanziamento della costruzione dell'opera e dunque un aggiramento della disciplina degli appalti pubblici di lavori¹². Opposta è la situazione qui in discussione: il costo totale della locazione in corso di stipulazione tra il Comune di Bari e l'impresa Pizzarotti risulta enormemente più basso rispetto al valore complessivo dell'opera, con la conseguenza che le somme che il Comune dovrebbe versare a titolo di canoni di locazione non si potranno in alcun modo intendere come indiretta remunerazione per la realizzazione dell'opera, ma solo come normale corrispettivo per l'utilizzo temporaneo della stessa.

3. Segue. L'individuazione delle esigenze specifiche dell'Amministrazione

La Corte motiva, poi, la propria pronuncia sulla prima delle due questioni pregiudiziali rilevando come l'opera di cui si discute rispondeva direttamente alle esigenze specificamente formulate

contratto principale concluso tra l'Amministrazione e l'impresa, rubricato proprio "esecuzione, allestimento ed uso del bene locato".

¹² In questa direzione deve intendersi quanto esplicitato nelle sue Conclusioni dall'AG Trstenjak, secondo il quale la stipula del contratto era in quella vicenda "intesa principalmente alla realizzazione di opere edili", e "la cessione a lungo termine dell'uso delle erigende opere "serviva sostanzialmente quale costruzione giuridica di supporto per finanziare tale prestazione".



dall'Amministrazione, con ciò valendo a qualificare la fattispecie contrattuale che l'aveva ad oggetto in termini di appalto pubblico di lavori.

Ora, tale rilievo non pare del tutto conforme alla reale configurazione della fattispecie.

E' certamente vero che, ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. a) della Direttiva 93/37/CEE, per appalto di lavori si intende una fattispecie contrattuale a titolo oneroso, avente ad oggetto l'esecuzione di un'opera nel rispetto delle esigenze tecniche specificate dall'Amministrazione aggiudicatrice. La normativa dell'Unione prevede anche che i documenti dell'appalto, quali ad esempio il bando di gara o il capitolato d'onori, contengano le cosiddette "specifiche tecniche", ossia indicazioni precise sui materiali e sui requisiti funzionali dell'opera. Nel noto e più volte citato dalla Corte caso *Commissione/Germania*, è stato espressamente precisato che si configurasse un appalto pubblico atteso che le opere di riferimento erano state realizzate "conformemente alle descrizioni ben dettagliate indicate dal Comune di Colonia nel contratto principale. Da tale contratto e dai suoi allegati risulta che dette prescrizioni, le quali si riferiscono ad una descrizione precisa degli erigendi edifici, della loro qualità e delle loro attrezzature, eccedono ampiamente le consuete esigenze di un locatario in relazione ad un immobile di nuova costruzione di una certa portata". E tuttavia, nel caso al nostro esame si rileva come il Documento predisposto dalla Corte d'Appello di Bari, ossia il Quadro Esigenziale, utilizzato dal Comune a fondamento del Bando di Ricerca di Mercato, non contenesse affatto le specifiche tecniche di cui si è poc'anzi detto, previste come elementi essenziali di un appalto pubblico di lavori, ma indicasse solo dei requisiti di ordine generale, comuni a qualsiasi edificio da destinare alle esigenze di amministrazione della giustizia. Nulla di paragonabile, in altri termini, "alle descrizioni e agli elenchi delle prestazioni contenuti nell'allegato nonché ai dettagliati piani degli edifici, agli schemi e ad altri documenti relativi al progetto"¹³.

La Direttiva di riferimento, per di più, prescrive che i requisiti funzionali dell'opera siano indicati in modo "preciso", onde consentire all'Amministrazione di procedere all'aggiudicazione dell'appalto sulla base delle risultanze di una valutazione comparativa tra le posizioni dei vari offerenti. Il Bando di Ricerca di Mercato di cui al caso alla nostra attenzione si configura, piuttosto, come lo strumento di una sorta di "indagine esplorativa", funzionalmente orientata ad acquisire le proposte provenienti da più parti ed a scegliere quella più congeniale al soddisfacimento delle esigenze in gioco.

¹³ Così l'Avvocato Generale Trstenjak, nelle sue Conclusioni, *cit.*, ove si parla anche di "migliaia di pagine" di indicazioni tecniche.

In definitiva, il Documento redatto dalla Corte d'Appello non indica le esigenze specifiche dell'Amministrazione aggiudicatrice sul piano strutturale, funzionale e tecnico, ma contiene solo generiche indicazioni in alcun modo comparabili alle specifiche tecniche di un tipico capitolato d'onori di un appalto pubblico di lavori.

4. La seconda questione pregiudiziale

Con la seconda questione pregiudiziale, e sulla premessa che il contratto in via di stipulazione tra le parti fosse da intendersi come un appalto, il giudice del rinvio chiede alla Corte se si possa o meno ritenere inefficace il giudicato nazionale che abbia cristallizzato una situazione contrastante con il diritto dell'Unione, con particolare riguardo alla normativa relativa agli appalti pubblici di lavori.

Per rispondere a questi interrogativi, la Corte si preoccupa di ricordare come il principio generale dell'autorità della cosa giudicata sia un principio fondamentale caro non solo agli ordinamenti giuridici nazionali, in quanto baluardo indiscusso del principio di certezza del diritto, ma anche all'ordinamento giuridico dell'Unione. La stessa Corte di giustizia ha a tal proposito precisato che “al fine di assicurare sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi, non possano più essere messe in discussione”¹⁴.

Sulla base del criterio dell'«autonomia procedurale», inoltre, spetta ai singoli ordinamenti nazionali, con particolare riguardo ai sistemi processuali interni, l'individuazione dei meccanismi di acquisizione della forza del giudicato, nonché delle modalità di esecuzione dello stesso.

Sotto questo aspetto il sistema processuale italiano contempla il criterio del “giudicato a formazione progressiva”, che consente in sostanza al giudice, a determinate condizioni, di

¹⁴ Cfr. sentenza *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513. La dottrina che si è occupata di questa pronuncia è piuttosto ampia. Solo per darne una prospettazione minima e non esaustiva si rinvia a E. SCODITTI, “*Francovich*” presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in *Foro it.*, 2004, IV, pp. 4 ss; P. PIVA, *La tradizionale responsabilità del giudice davanti al diritto comunitario. Note a margine della “köblerizzazione” del diritto comunitario e del diritto degli Stati membri*, in *Il Diritto della Regione*, 2004, pp. 809 ss; D. SIMON, *Le responsabilité des Etats membres en cas de violations du droit communautaire par une jurisdiction supreme*, in *Juris Classeur*, Europe, 2003, pp. 3 ss; G. DI FEDERICO, *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Riv. Dir. int.le priv. e proc.*, 2004, pp. 133 ss; A.S. BOTELLA, *La responsabilité du juge national*, in *Rev. trim. de droit eur.*, 2004, pp. 283 ss; M. BREUER, *State Liability for Judicial Wrongs and Community Law: the Case of Gerhard Köbler v. Austria*, in *European Law Rev.*, 2004, pp. 243 ss; P. BIAVATI, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del Giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, in *Int'l Lis*, 2005, pp. 62 ss.

completare il disposto originario delle sue sentenze passate in giudicato con decisioni di attuazione successive, anch'esse dotate della forza della cosa giudicata.

Ora, seguendo questa linea di ragionamento la Corte decide di rispondere al secondo quesito rilevando che solo “qualora le norme procedurali interne applicabili prevedano la possibilità, a determinate condizioni, per il giudice nazionale di ritornare su una decisione munita di autorità di giudicato, per rendere la situazione compatibile con il diritto nazionale, tale possibilità deve essere esercitata, conformemente ai principi di equivalenza e di effettività, e sempre che dette condizioni siano soddisfatte, per ripristinare la conformità della situazione oggetto del procedimento principale alla normativa dell’Unione in materia di appalti pubblici di lavori”¹⁵. Sulla base di queste premesse il giudice nazionale potrebbe quindi essere tenuto, nella misura in cui il suo sistema nazionale glielo consenta, ad adottare tra le “molteplici e diverse soluzioni attuative” del giudicato quella che meglio soddisfi l’esigenza di garantire l’uniforme ed effettiva applicazione del diritto dell’Unione presso tutti gli Stati membri¹⁶.

Si ricordi che una conclusione argomentativa sotto certi aspetti analoga era stata raggiunta dalla Corte anche nelle pronunce *i-21 Germany e Arcor*¹⁷, laddove si era precisato che solo “se le norme nazionali di ricorso obbligano a ritirare l’atto amministrativo illegittimo per contrarietà col diritto interno, pur se ormai atto definitivo, allorchè il suo mantenimento è semplicemente insopportabile, identico obbligo deve sussistere a parità di condizioni in presenza di un atto amministrativo non conforme al diritto comunitario”. Analogamente, nella sentenza *Asturcom* la Corte ebbe modo di precisare che solo qualora il giudice interno, adito per l’esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo, debba valutare d’ufficio la contrarietà della clausola compromissoria sulla base della quale sia stato emanato detto lodo con norme nazionali di ordine pubblico, sia parimenti tenuto a rilevare d’ufficio il carattere abusivo di detta clausola alla luce della direttiva 93/13¹⁸.

¹⁵ La Corte si preoccupa invero di sottolineare come la normativa in materia di appalti contenga norme imperative di diritto dell’Unione, in quanto volta ad assicurare l’applicazione dei principi della parità di trattamento degli offerenti, di trasparenza e di concorrenza non falsata presso tutti gli Stati membri. In questo senso la Corte rinvia espressamente ad una serie di pronunce: sentenza *Commissione/Portogallo*, C-70/06, EU:C:2008:3; sentenza *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731; sentenza *Commissione/Cipro*, C-251/09, EU:C:2011:84; sentenza *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647.

¹⁶ A questo proposito il Comune di Bari aveva addirittura suggerito che una tale soluzione avrebbe potuto consistere nell’ordinare la chiusura del procedimento di indagine di mercato e nella successiva apertura di un nuovo procedimento che fosse ottemperante alla normativa dell’Unione in materia di appalti pubblici di lavori.

¹⁷ Cfr. Sentenze *i-21 Germany e Arcor*, cause riunite C-392/04 e C-422/04, EU:C:2006:586.

¹⁸ Cfr. Sentenza *Asturcom*, C-40/08, EU:C:2009:615.



5. Segue. Il giudicato a formazione progressiva

In sintesi, la posizione assunta dalla Corte di giustizia in riferimento al secondo quesito pregiudiziale sottoposto alla sua attenzione passa attraverso il nostro sistema processuale amministrativo, con particolare riguardo alla figura, ivi contemplata ancorché di origine pretoria, del “giudicato a formazione progressiva”¹⁹.

Più in particolare, nel nostro ordinamento il giudizio di ottemperanza ha una natura mista, ossia di esecuzione e di cognizione, atteso che accade spesso, come è anche avvenuto nel caso che ci occupa, che la statuizione contenuta nel giudicato amministrativo contenga un precetto implicito o incompleto, che spetta al giudice dell’ottemperanza poi esplicitare o completare. Ciò comporta che il giudice amministrativo, in sede di giudizio di ottemperanza, “può esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia poteri sostitutivi che poteri ordinatori e cassatori e può, conseguentemente, integrare l’originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscono non mera ‘esecuzione’, ma ‘attuazione’ in senso stretto, dando luogo al cosiddetto giudicato a formazione progressiva”²⁰.

Tuttavia, la giurisprudenza del Consiglio di Stato è stata chiara nell’affermare che i poteri di integrazione del giudicato riconosciuti al giudice amministrativo in sede di ottemperanza non possono comunque spingersi fino al punto di ampliare o, addirittura, di modificare, quanto deciso nella sentenza da eseguire²¹. Ciò significa, quindi, che “il contenuto del vincolo conformativo scaturente dalla statuizione può affinarsi progressivamente nel corso del giudizio di ottemperanza”²² e non può invece subire stravolgimenti, anche se funzionali al perseguimento di specifiche esigenze dell’ordinamento. Peraltro, autorevole dottrina ha avuto modo di prendere posizione sul punto già in tempi piuttosto risalenti, allorché ha precisato che “nel giudizio di ottemperanza, alla ineliminabile funzione esecutiva, spesso si associa uno spazio di cognizione

¹⁹ A proposito del giudicato a formazione progressiva e della sua riconducibilità all’attuale codice del processo amministrativo cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2014, pp. 622 ss.; C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2014; A. MEALE, *Il giudizio di ottemperanza*, in E. FOLLIERI, E. STICCHI DAMIANI, L. PERFETTI, A. MEALE (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 77 ss.; G. MARI, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Il nuovo processo amministrativo*. Studi e contributi, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2013, p. 457 e ss.; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Giuffrè, 2010, pp. 477 ss.; M. ANTONIOLI, *Giudizio di ottemperanza*, in E. PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Giappichelli, 2010, pp. 199 ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, pp. 2061 ss.

²⁰ Si vedano sul punto, per tutte, CdS n. 796/08; CdS n. 748/11; CdS n. 3517/13; CdS 2680/13 e anche la pronuncia dell’Adunanza Plenaria n. 2/2013.

²¹ Si veda sul punto CdS n. 4131/10.

²² Cfr. CdS n. 796/08.

volto a specificare il contenuto delle regole, spesso elastiche ed incomplete, poste nella precedente decisione di annullamento rimasta ineseguita²³. Correlativamente, la giurisprudenza amministrativa ha anche recentemente precisato che una cosa è l'integrazione del contenuto precettivo di una sentenza allo scopo di indirizzare l'azione successiva della Pubblica Amministrazione; un'altra e ben diversa cosa è il mutamento radicale del contenuto della sentenza della cui esecuzione si tratti. Da questo punto di vista, infatti, la stessa Adunanza Plenaria ha precisato che "l'Amministrazione in sede di esecuzione non può mettere in discussione quanto accertato in sede giurisdizionale", sebbene sia astrattamente abilitata, in sede di riedizione del potere, a procedere ad una valutazione discrezionale di situazioni già oggetto di valutazione da parte del giudice (CdS. Ad. Plen. n. 2/2013).

Ciò significa, in definitiva, che in base al meccanismo del giudicato a formazione progressiva il giudice non ha il potere di "ritornare" su una propria decisione passata in giudicato, ancorché ciò risulti necessario per renderla conforme alle norme dell'ordinamento nazionale con cui in ipotesi essa venga in contrasto. E ciò significa anche, per quanto in questa sede ci riguarda più da vicino, che in base al meccanismo del giudicato a formazione progressiva al giudice nazionale non può nemmeno essere riconosciuta analogo possibilità al fine di garantire la conformità del giudicato interno al diritto dell'Unione, sebbene ciò comporti una frustrazione della corretta applicazione dello stesso.

Quindi, se le norme del sistema processuale nazionale non prevedono che l'Autorità sia tenuta a ritornare su una decisione definitiva e tuttavia incompatibile con il diritto interno in materia di aggiudicazione degli appalti, nemmeno potrà sussistere un analogo obbligo nei casi in cui l'incompatibilità sia relativa al diritto dell'Unione. Sarebbe contrario al principio di equivalenza, infatti, consentire che le procedure nazionali preordinate a garantire ai singoli la tutela dei diritti loro spettanti in forza del diritto dell'Unione siano più favorevoli di quelle relative a ricorsi che, pur se di analogo contenuto sostanziale, abbiano il loro fondamento nel diritto interno²⁴.

²³ Cfr. M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1981, pp. 1157 ss.

²⁴ D'altra parte, sulla base della giurisprudenza costante della Corte si può affermare che in seguito all'esaurimento delle vie di ricorso interne i provvedimenti giurisdizionali nazionali divengano definitivi e non possano più essere messi in discussione, nemmeno allorquando si ritenga siano stati emessi in violazione del diritto dell'Unione, salva la sussistenza di talune ipotesi eccezionali, espressamente previste dalla giurisprudenza della Corte. Per tali rilievi cfr. Sentenza *Kühne & Heitz*, C-453/00, EU:C:2004:17; Sentenza *Kempter*, C-2/06, EU:C:2008:78; sentenza *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269; Sentenza *Kapferer*, C-234/04, EU:C:2006:178.



La pronuncia emessa dalla Corte nel caso Pizzarotti, quindi, rimette giustamente e correttamente all'ordinamento nazionale le determinazioni per il caso di specie. Qualora il giudicato interno, in base al nostro diritto processuale, avesse potuto essere rivisto e modificato in sede di esecuzione, il giudice interno avrebbe dovuto raddrizzare il tiro e renderlo conforme alla normativa dell'Unione in materia di appalti. Ma, come si è tentato di prospettare, il giudicato a formazione progressiva consente nel nostro ordinamento solo di “andare avanti”, aggiungendo tasselli ad una definizione dei rapporti già cristallizzata, e non già di “andare indietro”, stravolgendo un contenuto definitivamente acquisito e, nel caso di specie, la qualificazione della fattispecie contrattuale già operata dal giudice con sentenza dotata della forza del giudicato. Tale possibilità, invero, avrebbe riguardato solo i casi in cui il giudicato da eseguire avesse espresso una regola di comportamento incompleta e l'Amministrazione, nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, avesse adempiuto in termini contrari al diritto dell'Unione. In tali ipotesi il diritto dell'Unione si sarebbe atteggiato come *ius superveniens* retroattivo, da tenere in considerazione tanto da parte dell'Amministrazione, quanto da parte del giudice che, nello specificare le modalità del corretto adempimento dell'ordine contenuto nella sentenza, avrebbe dovuto indicare quelle conformi alle prescrizioni del diritto dell'Unione.

Ma diverso è, come più volte detto, il caso sottoposto alla nostra attenzione. Il giudicato di cui si discute, in ragione del meccanismo sopra indicato del “giudicato a formazione progressiva”, è quello risultante dall'insieme delle pronunce emesse in sede di ottemperanza, che tutte partecipano indiscutibilmente della definitività della cosa giudicata, e nelle quali il Consiglio di Stato ha in effetti già provveduto a specificare l'oggettivo contenuto dell'ordine giudiziale di cui alla sentenza da eseguire, ossia ha chiaramente indicato le attività che il Comune avrebbe dovuto porre in essere per concludere il procedimento e, più in particolare, addivenire alla stipula del contratto con l'impresa. L'Amministrazione, dal canto suo, non ha quindi mantenuto alcuna discrezionalità nell'adempire, né eventuali sopravvenienze, ancorché giuridicamente rilevanti, potrebbero in alcun modo incidere su un tratto dell'azione amministrativa in effetti coperto dal giudicato²⁵.

Si ricordi a tal proposito che il giudice nazionale è stato invero piuttosto esplicito nel qualificare il contratto in corso di stipulazione come un contratto di “locazione di cosa futura”. In primo luogo, con sentenza n. 4267/07, il Consiglio di Stato ha stabilito l'obbligo, in capo al Comune di

²⁵ Cfr. C. ROMANO, D. CONTI, *Il ritorno dell'intangibilità del giudicato?*, in *Corriere tributario*, 2014, p. 3165 ss. Per un ulteriore recente commento alla sentenza cfr. D. GALLI, *La locazione di cosa futura e l'intangibilità del giudicato nazionale nel diritto europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, p. 53 ss.

Bari, di portare a termine il procedimento iniziato con la Ricerca di Mercato, verificando all'uopo la persistente realizzabilità del rapporto locatizio proposto dalla società Pizzarotti. Con le successive decisioni di esecuzione (la n. 2153/10 e la n. 8420/10), che come detto partecipano anch'esse dell'autorità della cosa giudicata, il Consiglio di Stato ha poi confermato che l'unico comportamento possibile ai fini della corretta esecuzione del giudicato fosse la conclusione di un "contratto di locazione semplice di cosa futura", escludendo proprio la proposta del Comune di Bari di azzerare tutto e ripartire con una nuova procedura. Attraverso il giudicato a formazione progressiva sono stati definitivamente qualificati, quindi, gli obblighi intercorrenti tra le parti e la natura del rapporto contrattuale in corso di stipulazione tra le stesse. Peraltro, l'esecuzione del giudicato formatosi a partire dal 2007 richiedeva non già l'adozione di un qualsiasi atto conclusivo del procedimento iniziato con la Ricerca di Mercato, ma la stipula di un contratto di locazione di cosa futura, come individuato dalle suddette pronunce dei giudici di Palazzo Spada. Per di più, persino la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, adita ex art. 362 c.p.c., ha statuito nel senso della inammissibilità della censura avente ad oggetto la natura giuridica del rapporto, "trattandosi di questione ormai coperta dal giudicato e che, quindi, non può essere riproposta e riesaminata in sede di giudizio di ottemperanza, avendo tale giudizio la finalità di dare soddisfazione all'interesse sostanziale del soggetto ricorrente, ormai definitivamente ed incontrovertibilmente riconosciuto nel giudicato stesso, qualora venga lesa a causa dell'inadempimento da parte della pubblica amministrazione dell'obbligo di conformazione al contenuto della statuizione del giudice amministrativo"²⁶.

6. Brevissime considerazioni conclusive

La pronuncia resa dalla Corte di giustizia nel caso *Pizzarotti* mette in evidenza, una volta di più, il rapporto intercorrente tra taluni principi generali posti a fondamento del corretto coordinamento tra i sistemi nazionali e quello dell'Unione di tutela giurisdizionale dei diritti. Si tratta del principio di "effettività" del diritto dell'Unione; del principio di "effettività della tutela giurisdizionale"

²⁶ Cfr. Cass. SS.UU. n. 5517/09.

Si tenga presente che con ordinanza del 26 maggio 2015, n. 3587, depositata il 17 luglio successivo, l'Ecc.mo Consiglio di Stato, V Sez., ha ritenuto che, alla luce della complessità e della delicatezza della situazione di fatto e della ricostruzione in diritto della vicenda, fosse necessario devolvere la controversia *de qua* all'Adunanza Plenaria, ex art. 99, comma 1 e 3 c.p.a. In particolare, la Sezione ha chiesto ai giudici di Palazzo Spada di pronunciarsi sulla natura dell'istituto del "giudicato a formazione progressiva" nel corrente quadro giuridico del processo amministrativo, al fine di verificare la sua attualità. Si attende, pertanto, l'esito dell'udienza, per confermare prevedibilmente la ricostruzione prospettata nel testo, peraltro coerente con la costante e copiosa giurisprudenza del Consiglio di Stato relativa all'istituto di cui trattasi.



spettante ai singoli in forza di posizioni giuridiche scaturenti dall'ordinamento dell'Unione; del principio dell'autorità della cosa giudicata, cui è sotteso il connesso principio della "certezza del diritto".

Ora, il rapporto tra i principi su indicati non si risolve, *sic et simpliciter*, in un superamento della vincolatività e definitività del giudicato allorquando ciò sia necessario per garantire l'effettivo soddisfacimento degli interessi sottesi alle posizioni giuridico-soggettive spettanti ai singoli in forza di norme promananti dall'ordinamento dell'Unione. Il rapporto in esame viene rintracciato dalla Corte, piuttosto, anche se talvolta a mezzo della disapplicazione delle norme interne sul giudicato, nella ricerca di un tendenziale equilibrio tra criteri giuridici riconducibili ad ordinamenti diversi e tuttavia destinati ad interagire continuamente tra di loro. La stessa idea di *primauté*, d'altra parte, non ha alcun fondamento di tipo gerarchico, ma attiene piuttosto alla distinzione tra diversi ambiti di applicazione di norme pressoché differenti, tutte valide, ma alcune delle quali dotate della idoneità ad essere applicate con prevalenza rispetto ad altre.

Alla luce di queste considerazioni, pare evidente come la Corte non abbia inteso – nella sua copiosa giurisprudenza relativa ai rapporti tra il giudicato e il diritto dell'Unione, cui appartiene da ultimo anche la pronuncia qui in esame – né affermare, né negare in termini assoluti la rilevanza dell'intangibilità della cosa giudicata rispetto all'effettività del diritto dell'Unione. La Corte ha più moderatamente affermato che nei casi in cui l'applicazione della norma interna sull'autorità della cosa giudicata non produca la conseguenza di rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti ai singoli dall'ordinamento dell'Unione, e si applichi indistintamente a tutte le impugnazioni, tanto a quelle fondate sul diritto nazionale quanto a quelle di matrice comunitaria, la decisione non contestata manterrà intatto il proprio valore. Solo allorquando, invece, i principi di effettività e di equivalenza vengano frustrati da una norma interna che attribuisce definitività ad una decisione contraria al diritto dell'Unione, la disapplicazione di tale norma si configurerà come l'unica soluzione possibile al fine di ripristinare il più generale interesse alla uniforme ed effettiva applicazione del diritto dell'Unione presso tutti gli Stati membri²⁷.

²⁷ Né varrebbe a mettere in discussione questa ricostruzione la statuizione contenuta nella nota pronuncia *Lucchini*, in cui la Corte concluse in termini netti per la disapplicazione dell'art. 2909 c.c. e del connesso principio dell'intangibilità del giudicato. Gli stessi giudici di Lussemburgo, infatti, al punto 61 della sentenza *Pizzarotti*, prendono espressamente le distanze dalla *Lucchini*, in quanto emessa "in una situazione del tutto particolare, in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di aiuti di Stato [...]. La presente causa, invece, non solleva simili questioni di ripartizione delle competenze". Sulla sentenza *Lucchini*, C-119/05, EU:C:2007:434., ci si permette di rinviare a G. VITALE, *Il recupero degli aiuti di Stati illegittimamente erogati tra autorità del giudicato e incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, pp. 595 ss.