

Corte di giustizia europea, Sez. II, 10/7/2014 n. C-213/13

Appalti pubblici di lavori - Direttiva 93/37/CEE - Atto di "impegno a locare" edifici non ancora costruiti - Decisione giurisdizionale nazionale con forza di giudicato - Portata del principio dell'intangibilità del giudicato.

L'articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, 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'articolo 1, lettera a), iii), della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, anche quando comporti un impegno a locare l'opera di cui trattasi.

Se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima.

Materia: appalti / appalti pubblici di lavori

SENTENZA DELLA CORTE

(Seconda Sezione)

10 luglio 2014 (*)

«Rinvio pregiudiziale - Appalti pubblici di lavori - Direttiva 93/37/CEE - Atto di "impegno a locare" edifici non ancora costruiti - Decisione giurisdizionale nazionale con forza di giudicato - Portata del principio dell'intangibilità del giudicato in una situazione contrastante con il diritto dell'Unione»

Nella causa C-213/13,

avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con decisione dell'11 gennaio 2013, pervenuta in cancelleria il 23 aprile 2013, nel procedimento

Impresa Pizzarotti & C. SpA

contro

Comune di Bari,

Giunta comunale di Bari,

Consiglio comunale di Bari,

con l'intervento di:

Complesso Residenziale Bari 2 Srl,
Commissione di manutenzione della Corte d'appello di Bari,
Giuseppe Albenzio, in qualità di «commissario ad acta»,
Ministero della Giustizia,
Regione Puglia,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta da R. Silva de Lapuerta, presidente di sezione, K. Lenaerts (relatore), vicepresidente della Corte, J.L. da Cruz Vilaça, G. Arestis e J.-C. Bonichot, giudici,

avvocato generale: N. Wahl

cancelliere: A. Impellizzeri, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 27 febbraio 2014,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Impresa Pizzarotti & C. SpA, da R. Mastroianni, D. Vaiano e F. Lorusso, avvocati;
- per il Comune di Bari, da A. Loiodice, I. Loiodice e R. Lanza, avvocati;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da P. Gentili, avvocato dello Stato;
- per il governo tedesco, da T. Henze e J. Möller, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da L. Pignataro-Nolin, A. Tokár e A. Aresu, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 15 maggio 2014,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), nonché sulla portata del principio dell'intangibilità del giudicato in una situazione contrastante con il diritto dell'Unione.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Impresa Pizzarotti & C. SpA (in prosieguo: la «Pizzarotti»), da un lato, e il Comune di Bari, la Giunta comunale di Bari e il Consiglio comunale di Bari, dall'altro, a seguito della pubblicazione di un bando di ricerca di mercato al fine di dotare l'amministrazione giudiziaria italiana di una nuova sede unica in cui accorpate tutti gli uffici giudiziari di Bari (Italia).

Contesto normativo

La direttiva 92/50/CEE

3 L'articolo 1, lettera a), della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), disponeva come segue:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

a) "appalti pubblici di servizi", 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 (...)

(...)».

La direttiva 93/37/CEE

4 L'articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), definiva gli «appalti pubblici di lavori», ai fini della medesima 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».

5 Tra le attività previste all'allegato II di detta direttiva figurano, nella classe 50, rubricata «Edilizia e genio civile», la «[c]ostruzione di edifici e [i] lavori di genio civile da parte di imprese non specializzate» (sottogruppo 500.1) nonché la «[c]ostruzione d'immobili (d'abitazione e altri)» (gruppo 501).

La direttiva 2004/18

6 L'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 così recita:

«a) Gli "appalti pubblici" sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

b) Gli "appalti pubblici di lavori" sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice. (...)

(...)».

7 Ai sensi dell'articolo 16 della medesima direttiva, rubricato «Esclusioni specifiche»:

«La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi:

a) aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni; (...)

(...)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

8 In data 14 agosto 2003 il Comune di Bari pubblicava un bando di «ricerca di mercato» al fine di realizzare, nel più breve tempo possibile, una nuova, idonea e adeguata sede unica in cui accorpate tutti gli uffici giudiziari di Bari. Il bando veniva pubblicato, segnatamente, nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 23 agosto 2003 (GU S 161).

9 Detto bando richiedeva che gli offerenti si impegnassero ad avviare i lavori di costruzione dell'opera progettata entro il 31 dicembre 2003. Esso richiedeva inoltre indicazioni chiare ed esaustive circa i costi e le modalità di pagamento a carico dell'amministrazione comunale e del Ministero della Giustizia, tenendo conto del fatto che le risorse pubbliche disponibili ammontavano a EUR 43,5 milioni, già assegnati, cui occorreva aggiungere EUR 3 milioni corrispondenti all'importo dei canoni annuali sostenuti dal Comune di Bari per la locazione degli immobili sede degli uffici giudiziari interessati. Il medesimo bando era accompagnato da un allegato, predisposto dalla Corte d'appello di Bari, inteso a fornire «un quadro ufficiale ed esaustivo delle esigenze strutturali, funzionali ed organizzative» (in prosieguo: il «quadro esigenziale») connesse alla realizzazione della cittadella giudiziaria progettata.

10 Quattro sono le proposte che pervenivano. Con delibera n. 1045/2003, del 18 dicembre 2003, il Comune di Bari selezionava quella della Pizzarotti. Tale proposta prevedeva che una parte dell'opera costruita sarebbe stata venduta al Comune di Bari per la somma di EUR 43 milioni, mentre la parte restante sarebbe stata messa a sua disposizione in locazione dietro un canone annuale di EUR 3 milioni.

11 Con nota del 4 febbraio 2004 il Ministero della Giustizia informava il Comune di Bari che le risorse pubbliche disponibili per il progetto in questione si erano ridotte a EUR 18,5 milioni, chiedendogli di verificare se, alla luce delle proposte pervenute, fosse possibile realizzare l'opera nei limiti del mutato quadro economico. Con una nota dell'11 febbraio 2004 il Comune di Bari domandava alla Pizzarotti se fosse disponibile a dar seguito al procedimento attivato. La Pizzarotti rispondeva favorevolmente a tale domanda, riformulando la sua offerta in funzione della riduzione delle risorse pubbliche disponibili.

12 Nel settembre 2004 il finanziamento pubblico veniva interamente soppresso.

13 La Pizzarotti presentava indi al Comune di Bari una seconda proposta, dando atto della possibilità di realizzare la parte dell'opera destinata alla locazione quale indicata nella sua proposta iniziale.

14 A fronte dell'inerzia dell'amministrazione, la Pizzarotti adiva il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia per sentir affermare l'obbligo del Comune di Bari di provvedere.

15 Dopo una pronuncia di rigetto di tale domanda da parte del suddetto organo giurisdizionale, il Consiglio di Stato accoglieva, con sentenza n. 4267/2007, l'appello della Pizzarotti avverso la sentenza di primo grado. Ritenendo non esaurito il procedimento con l'approvazione degli esiti della ricerca di mercato, tenuto conto della nota del Ministero della Giustizia del 4 febbraio 2004 susseguente al

mutamento del quadro economico, il Consiglio di Stato stabiliva che il Comune di Bari, «nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, [doveva], dando consequenzialità ai propri atti, dare al procedimento una conclusione plausibilmente congrua, verificando, nell'ambito delle proposte pervenute, la possibilità di realizzazione dell'opera nei limiti del mutato quadro economico».

16 Il ricorso interposto avverso detta sentenza dal Comune di Bari veniva respinto dalla Corte suprema di cassazione con ordinanza del 23 dicembre 2008.

17 Nel frattempo, adito ai fini dell'esecuzione della sua sentenza n. 4267/2007, il Consiglio di Stato riconosceva, con sentenza n. 3817/2008, l'inottemperanza del Comune di Bari e ordinava a quest'ultimo di dare piena e integrale esecuzione al dispositivo della sentenza n. 4267/2007 entro il termine di 30 giorni. Esso nominava, per il caso di ulteriore inottemperanza, il prefetto di Bari quale «commissario ad acta» per il compimento, anche tramite un suo delegato, di tutti gli atti necessari all'esecuzione della predetta sentenza.

18 Il 21 novembre 2008, il «commissario ad acta» delegato dal prefetto di Bari riconosceva valide le proposte della Pizzarotti e constatava, di conseguenza, che il procedimento attivato con il bando di ricerca di mercato in questione si era concluso positivamente.

19 Da parte sua, la Giunta comunale di Bari concludeva detto procedimento ravvisando la non conformità della seconda proposta presentata dalla Pizzarotti alle indicazioni del bando.

20 Sia la Pizzarotti che il Comune di Bari proponevano ricorso dinanzi al Consiglio di Stato. La Pizzarotti faceva valere che, non essendosi impegnato contrattualmente ai fini della realizzazione della nuova cittadella giudiziaria progettata, il Comune di Bari non aveva correttamente dato esecuzione alla sentenza n. 3817/2008 del Consiglio di Stato. Il Comune di Bari contestava che non era stato tenuto conto del deterioramento delle condizioni di realizzazione del progetto, determinante per l'ulteriore corso del procedimento.

21 Con decisione di esecuzione n. 2153/2010, del 15 aprile 2010, il Consiglio di Stato accoglieva il ricorso della Pizzarotti e respingeva quello del Comune di Bari. Quanto all'azione del «commissario ad acta», la riteneva incompleta, in mancanza di una «conclusione plausibilmente congrua», ai sensi della sentenza n. 4267/2007. Esso statuiva che occorreva procedere all'adozione degli atti necessari alla concreta realizzazione della seconda proposta della Pizzarotti e assegnava un termine di 180 giorni per la chiusura del procedimento.

22 Con provvedimento del 27 maggio 2010, il «commissario ad acta» concludeva che «[il bando] di ricerca di mercato dell'agosto 2003 [non aveva] avuto esito positivo». A sostegno di tale conclusione egli faceva valere, quanto alla prima proposta della Pizzarotti, come riformulata nel corso del 2004, che la perdita di parte del finanziamento pubblico rendeva irrealizzabile l'obiettivo perseguito dal Comune di Bari, mentre sottolineava, quanto alla seconda proposta dell'impresa, vertente sulla locazione di edifici da costruire a titolo privato, che era del tutto incongrua rispetto a detto obiettivo.

23 Investito di un ricorso della Pizzarotti contro tale provvedimento, il Consiglio di Stato, con sentenza di esecuzione n. 8420/2010, del 3 dicembre 2010, lo accoglieva. Sottolineando l'incoerenza delle conclusioni circa l'esito del suddetto bando cui erano pervenuti, rispettivamente, il provvedimento del 21 novembre 2008 e quello del 27 maggio 2010, esso riteneva che la sola conclusione che s'imponesse fosse quella di cui al primo dei summenzionati atti. Esso riaffermava la necessità, per il «commissario ad acta», di attivare le procedure occorrenti per l'adozione della seconda proposta della Pizzarotti e dichiarava nullo l'ultimo di detti atti in quanto emesso in violazione del giudicato.

24 Successivamente, il nuovo «commissario ad acta» nominato dal prefetto di Bari poneva in essere tutte le attività necessarie per addivenire all'adozione, il 23 aprile 2012, di una «variante urbanistica» al piano regolatore generale del Comune di Bari relativa ai terreni interessati dalla costruzione della cittadella giudiziaria progettata.

25 La Pizzarotti ha impugnato detta decisione dinanzi al Consiglio di Stato per violazione del principio dell'intangibilità del giudicato.

26 In tale contesto, il giudice del rinvio si domanda, in primo luogo, se uno stipulando contratto di locazione di un immobile futuro sotto forma di un atto di impegno a locare detto bene equivalga, malgrado la presenza di alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione, a un contratto d'appalto di lavori sottratto all'applicazione della specifica ipotesi di esclusione prevista all'articolo 16, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/18.

27 In secondo luogo, ammettendo che detto contratto costituisca un appalto pubblico di lavori, il medesimo giudice si domanda se possa ritenere inefficace il giudicato formatosi nel caso di specie con la sua sentenza n. 4267/2007, nei limiti in cui esso abbia portato, in ragione delle ulteriori decisioni di esecuzione e dei provvedimenti del «commissario ad acta», a una situazione incompatibile con il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Al riguardo detto giudice evidenzia che, in virtù della propria giurisprudenza, esso può, a determinate condizioni, integrare l'originario disposto di una delle sue decisioni con una statuizione che ne costituisca attuazione, dando luogo a un «giudicato a formazione progressiva».

28 Alla luce di quanto precede, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se lo stipulando contratto di locazione di cosa futura, anche sotto la forma ultima suggerita di atto di impegno a locare equivalga ad un appalto di lavori, sia pure con alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione e, quindi, non possa essere compreso fra i contratti esclusi dall'applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l'articolo 16 [della direttiva 2004/18].

2) Se, in caso di pronunciamento positivo sul primo quesito, possa il giudice nazionale e, segnatamente, codesto Giudice remittente, ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto, e descritto in parte narrativa, in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto [dell'Unione] degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto [dell'Unione]».

Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali

29 La Pizzarotti indica due motivi che la inducono a dubitare seriamente della ricevibilità delle questioni sollevate.

30 In primo luogo, essa sostiene che la domanda di pronuncia pregiudiziale è viziata da un errore di identificazione della normativa dell'Unione applicabile alla controversia oggetto del procedimento principale. Infatti, tale domanda sarebbe volta a ottenere un'interpretazione della direttiva 2004/18, mentre quest'ultima sarebbe stata adottata posteriormente alla data in cui il Comune di Bari ha deciso di pubblicare il bando di ricerca di mercato di cui trattasi, ossia il 14 agosto 2003, e non sarebbe quindi applicabile alla fattispecie.

31 Al riguardo, occorre ricordare che la direttiva applicabile è, in linea di principio, quella in vigore alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire risolvendo

definitivamente la questione se sussista o meno l'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico (sentenza Commissione/Paesi Bassi, C-576/10, EU:C:2013:510, punto 52 e giurisprudenza ivi citata). Sono, al contrario, inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di trasposizione sia scaduto dopo tale data (v., in tal senso, sentenza Commissione/Francia, C-337/98, EU:C:2000:543, punti 41 e 42).

32 Nel caso di specie, le direttive applicabili il 14 agosto 2003, data della pubblicazione da parte del Comune di Bari del bando di «ricerca di mercato» finalizzato alla realizzazione di una cittadella giudiziaria a Bari, erano la 92/50 e la 93/37. Queste stesse direttive erano applicabili quando, dopo la modifica del quadro economico dovuta all'abolizione completa del finanziamento pubblico, il Comune di Bari, nel mese di settembre 2004, ha ritenuto, secondo quanto riferisce esso stesso alla Corte, di dover avviare una nuova procedura di selezione anziché negoziare direttamente con la Pizzarotti, senza nuova gara, la conclusione di un contratto «di futura locazione».

33 Al contrario, la direttiva 2004/18 non trovava applicazione in tali diverse date, giacché il suo termine di trasposizione sarebbe scaduto, così come enuncia il suo articolo 80, paragrafo 1, soltanto il 31 gennaio 2006.

34 Ciò premesso, la nozione di «appalto [pubblico] di lavori», di cui alla prima questione, è definita in termini analoghi nell'articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37 e nell'articolo 1, paragrafo 2, lettere a) e b), della direttiva 2004/18. Peraltro, l'articolo 1, lettera a), iii), della direttiva 92/50 e l'articolo 16, lettera a), della direttiva 2004/18 ricorrono a termini identici per definire la portata dell'esclusione della quale parimenti tratta detta prima questione.

35 Pertanto, l'erronea identificazione, da parte del giudice del rinvio, delle disposizioni del diritto dell'Unione applicabili alla presente controversia non può avere conseguenze sulla ricevibilità delle questioni sollevate (v., in tal senso, sentenza Zurita García e Choque Cabrera, C-261/08 e C-348/08, EU:C:2009:648, punto 39).

36 In secondo luogo, la Pizzarotti eccepisce che la controversia principale è caratterizzata dalla presenza di decisioni giudiziarie, segnatamente del Consiglio di Stato, che hanno acquisito forza di giudicato, ciò che renderebbe manifestamente irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale, in particolare la prima questione. Infatti, una risposta della Corte a tale questione non potrebbe avere alcuna ripercussione sulla soluzione della controversia principale, tenuto conto, da un lato, dell'importanza riconosciuta dal diritto dell'Unione alla regola dell'intangibilità del giudicato, eventualmente pure a discapito dell'eliminazione di una violazione di tale diritto, e, dall'altro, dell'assenza di un obbligo, per un'autorità amministrativa, di ritornare su una sua decisione definitiva che si riveli non conforme a detto diritto.

37 Tuttavia, un tale argomento attiene al merito della controversia principale, più in particolare all'oggetto della seconda questione sollevata dal giudice del rinvio.

38 Ciò considerato, le questioni deferite sono ricevibili.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

39 Con la prima questione, che occorre riformulare in funzione delle disposizioni del diritto dell'Unione applicabili *ratione temporis* alla controversia principale, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37 debba essere interpretato nel senso che un

contratto che contenga un impegno a dare in locazione beni immobili non ancora costruiti costituisce un appalto pubblico di lavori, malgrado la presenza di elementi caratteristici del contratto di locazione, e non rientra, pertanto, nell'esclusione di cui all'articolo 1, lettera a), iii), della direttiva 92/50.

40 A tale riguardo, si deve ricordare subito, da un canto, che stabilire se un'operazione costituisca o meno un appalto pubblico di lavori, ai sensi della normativa dell'Unione, rientra nell'ambito del diritto dell'Unione. La qualificazione del contratto di cui trattasi come «contratto di locazione», operata dalla Pizzarotti e dal governo italiano, non è decisiva a tal fine (v., in tal senso, sentenza Commissione/Germania, C-536/07, EU:C:2009:664, punto 54 e giurisprudenza ivi citata).

41 D'altro canto, 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 del diritto dell'Unione applicabili (v., in tal senso, sentenze Auroux e a., C-220/05, EU:C:2007:31, punto 37; Commissione/Italia, C-412/04, EU:C:2008:102, punto 47, e Commissione/Germania, EU:C:2009:664, punto 57).

42 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 (v., in tal senso, sentenza Commissione/Germania, EU:C:2009:664, punto 56).

43 Come ha sottolineato il governo tedesco, per concludere per l'esistenza di un «appalto pubblico di lavori», ai sensi della direttiva 93/37, occorre pure che la realizzazione dell'opera progettata risponda alle esigenze specificamente formulate dall'amministrazione aggiudicatrice (sentenza Commissione/Germania, EU:C:2009:664, punto 55).

44 Ciò accade quando quest'ultima abbia adottato provvedimenti allo scopo di definire le caratteristiche dell'opera o, quantomeno, di esercitare un'influenza determinante sulla progettazione della stessa (v., in tal senso, sentenza Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punto 67).

45 Nella controversia principale, il progetto di «atto di impegno a locare», indicato dal giudice del rinvio come l'ultima forma di contratto proposta dalla Pizzarotti al Comune di Bari, si riferisce, al suo punto 10, al quadro essenziale che era stato predisposto dalla Corte d'appello di Bari ai fini della pubblicazione del bando di ricerca di mercato controverso. L'articolo 7 di tale progetto di atto riserva all'amministrazione il diritto di verificare, prima di ricevere l'opera, la conformità della stessa a detto quadro essenziale.

46 Quest'ultimo precisa le diverse caratteristiche tecniche e tecnologiche dell'opera da realizzare nonché, in funzione di un insieme di dati statistici relativi alle attività degli uffici giudiziari del distretto di Bari (numero dei procedimenti civili e dei procedimenti penali, numero delle udienze settimanali per ufficio giudiziario, numero dei magistrati giudicanti e dei magistrati requirenti, numero dei membri del personale amministrativo, della polizia giudiziaria e dei servizi di sicurezza, numero degli avvocati dell'albo di Bari, eccetera), le esigenze specifiche di ciascun singolo ufficio del distretto (numero dei locali e delle aule d'udienza, di conferenza, di riunione e di archivio necessari, superficie dei locali, modalità di collegamento tra i reparti), così come talune esigenze comuni, per esempio la capacità d'accoglienza dei parcheggi.

47 Contrariamente a quanto sostengono la Pizzarotti e il governo italiano, un tale quadro esigenziale mette il Comune di Bari in condizione di esercitare un'influenza determinante sulla progettazione dell'opera da costruire.

48 Ne consegue 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.

49 Certo, come rileva il giudice del rinvio, il progetto di «atto di impegno a locare» comporta altresì alcuni elementi caratteristici di un contratto di locazione. Dinanzi alla Corte è stato posto l'accento sul fatto che la contropartita finanziaria a carico dell'amministrazione corrisponde, ai termini dell'articolo 5 di detto progetto, a un «canone annuale» di EUR 3,5 milioni da pagare per i 18 anni di durata del contratto. Secondo quanto riferito dalla Pizzarotti e dal governo italiano, tale contropartita complessiva, del totale di EUR 63 milioni, sarebbe nettamente inferiore al costo totale stimato dell'opera, che ammonterebbe a circa EUR 330 milioni.

50 Si deve tuttavia ricordare, al riguardo, che l'elemento determinante per la qualificazione del contratto di cui trattasi è il suo oggetto principale, e non l'importo del corrispettivo dell'imprenditore o le modalità di pagamento dello stesso (sentenza Commissione/Germania, EU:C:2009:664, punto 61).

51 Del resto, né l'articolo 4 del progetto di «atto di impegno a locare», ai sensi del quale il contratto termina automaticamente dopo 18 anni, né la disposizione della normativa italiana relativa alla contabilità generale dello Stato, sottolineata dal governo italiano, la quale prescrive che i contratti conclusi dalle autorità pubbliche abbiano termine e durata certi e vieta che i medesimi rappresentino un onere continuo per lo Stato, osterebbero, come risulta dai dibattiti in udienza, alla conclusione, alla scadenza del primo contratto considerato, di uno o più contratti successivi, che garantirebbero alla Pizzarotti la remunerazione di tutti o di parte sostanziale dei lavori eseguiti per la realizzazione dell'opera in parola.

52 Tutto ciò considerato, occorre rispondere alla prima questione che l'articolo 1, lettera 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'articolo 1, lettera a), iii), della direttiva 92/50, anche quando comporti un impegno a locare l'opera di cui trattasi.

Sulla seconda questione

53 Con la seconda questione il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se possa ritenere inefficace il giudicato eventualmente formato da una sua decisione che abbia condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori.

54 Al riguardo occorre ricordare che, in assenza di una normativa dell'Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell'intangibilità del giudicato rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, ai sensi del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, nel rispetto tuttavia dei principi di equivalenza e di effettività (v., in tal senso, sentenza Fallimento Olimpiclub, C-2/08, EU:C:2009:506, punto 24 e giurisprudenza ivi citata).

55 Nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale il giudice del rinvio fa presente che, secondo la propria giurisprudenza, esso può, a determinate condizioni, completare il disposto originario di una delle sue sentenze con decisioni di attuazione successive, dando luogo a quel che chiama «giudicato a formazione progressiva».

56 Se, ciò che spetta al giudice del rinvio verificare, per la decisione contenuta nella sua sentenza n. 4267/2007, menzionata al punto 15 della presente sentenza e costituente, secondo l'ordinanza di rinvio, la cosa giudicata nel caso di specie, valgono le condizioni di applicazione di detta modalità procedurale, il medesimo giudice è tenuto, alla luce del principio di equivalenza, ad applicare detta modalità privilegiando, fra le «molteplici e diverse soluzioni attuative» di cui tale decisione può essere oggetto secondo le sue proprie indicazioni, quella che, conformemente al principio di effettività, garantisca l'osservanza della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori.

57 Come rileva il Comune di Bari, questa soluzione potrebbe consistere nell'ordinare, a completamento di detta decisione, la chiusura del procedimento d'indagine di mercato senza accogliere nessuna proposta, ciò che permetterebbe l'apertura di un nuovo procedimento, nel rispetto della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori.

58 Se, al contrario, il giudice del rinvio dovesse ritenere che la corretta applicazione di tale normativa sia un ostacolo, tenuto conto delle norme procedurali interne applicabili, per il giudicato costituito dalla sua sentenza n. 4267/2007 o dalle relative decisioni di esecuzione adottate il 15 aprile e il 3 dicembre 2010, va ricordata l'importanza che riveste, sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione che negli ordinamenti giuridici nazionali, il principio dell'intangibilità del giudicato. Infatti, al fine di garantire tanto la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici quanto una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenze Kapferer, C-234/04, EU:C:2006:178, punto 20; Commissione/Lussemburgo, C-526/08, EU:C:2010:379, punto 26, e ThyssenKrupp Nirosta/Commissione, C-352/09 P, EU:C:2011:191, punto 123).

59 Pertanto, il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto (v., in tal senso, sentenze Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, punti 46 e 47; Kapferer, EU:C:2006:178, punti 20 e 21; Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, punti 22 e 23; Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, punti da 35 a 37, nonché Commissione/Slovacchia, C-507/08, EU:C:2010:802, punti 59 e 60).

60 Il diritto dell'Unione non esige, dunque, che, per tener conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, quest'ultimo ritorni necessariamente su tale decisione.

61 La sentenza Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434), citata dal giudice del rinvio, non è atta a rimettere in discussione l'analisi sopra svolta. Infatti, è stato 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, che la Corte ha statuito, in sostanza, che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione nazionale, come l'articolo 2909 del codice civile italiano, che mira a consacrare il principio dell'intangibilità del giudicato, nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva (v., in tal senso, sentenza Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, punto 25). La presente causa, invece, non solleva simili questioni di ripartizione delle competenze.

62 Ciò osservato, 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.

63 Al riguardo è d'uopo sottolineare che detta normativa contiene norme essenziali del diritto dell'Unione, in quanto mira ad assicurare l'applicazione dei principi della parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza ai fini dell'apertura di una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenze Commissione/Portogallo, C-70/06, EU:C:2008:3, punto 40; Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punto 55; Commissione/Cipro, C-251/09, EU:C:2011:84, punti da 37 a 39, nonché Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 28).

64 Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla seconda questione che, se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte ai sensi dell'articolo 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte.

Sulle spese

65 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

1) L'articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, 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'articolo 1, lettera a), iii), della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, anche quando comporti un impegno a locare l'opera di cui trattasi.

2) Se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima.

Firme

* Lingua processuale: l'italiano.

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)