N. 00011/2016REG.PROV.COLL.

N. 00009/2015 REG.RIC.A.P.

N. 00010/2015 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9 di A.P. del 2015, proposto da:
Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Marco Annoni, Diego Vaiano, Paolo Vaiano, Felice Eugenio Lorusso, Roberto Mastroianni, con domicilio eletto presso Paolo Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

contro

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Trisorio Liuzzi, Renato Verna, Rosannna Lanza, con domicilio eletto presso Roberto Ciociola in Roma, viale delle Milizie, 2; Giunta Comunale di Bari, Consiglio Comunale di Bari;

nei confronti di

Complesso Residenziale Bari 2 S.r.l., Commissione di Manutenzione della Corte d'Appello di Bari, Giuseppe Albenzio in qualità di Commissario ad acta; Ministero della Giustizia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;
Regione Puglia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Rossana Lanza, Anna Bucci, con domicilio eletto presso Uffici Delegazione Romana Regione Puglia in Roma, Via Barberini n. 36;

sul ricorso per decreto ingiuntivo numero di registro generale 10 di A.P. del 2015, proposto da:
Impresa Pizzarotti & C. Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore. rappresentato e

difeso dagli avvocati Diego Vaiano, Felice Eugenio Lorusso, Marco Annoni, Roberto Mastroianni, con domicilio eletto presso Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio N. 3;

contro

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Aldo Loiodice, Isabella Loiodice, Renato Verna, con domicilio eletto presso Aldo Loiodice in Roma, Via Ombrone, 12 Pal. B; Sindaco del Comune di Bari, Giunta Comunale di Bari, Consiglio Comunale di Bari;

nei confronti di

Commissione di Manutenzione della Corte d'Appello di Bari, Ministero della Giustizia, Prefetto di Bari nella qualità di Commissario ad acta nominato con sentenza del Consiglio di Stato, V, N. 3817/2008, rappresentati e difesi per legge dall'avv. Luca Ventrella, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12; Rotunno Vito nella qualità di Commissario ad acta delegato;

per l'ottemperanza

quanto al ricorso n. 3273 del 2007 e al ricorso n. 5746 del 2010:

della sentenza del Consiglio di Stato - Sez. V n. 04267/2007 e delle sentenze di ottemperanza del Consiglio di Stato - Sez. V n. 03817/2008, n. 2153/2010 e n. 8420/2010 rese tra le parti e sulle istanze di Giuseppe Albenzio quale commissario *ad acta* proponente richiesta di chiarimenti ex art. 112, comma 5, c.p.a. con relazione del 10 agosto 2012 e con successiva relazione del 23 ottobre 2012 e 5 maggio 2015;

Visti i ricorsi in oggetto e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia, della Regione Puglia in Persona del Presidente P.T., del Comune di Bari, della Commissione di Manutenzione della Corte d'Appello di Bari e del Commissario ad Acta nominato con decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, n.. 3817 del 2008;

Vista l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3587 del 2015, di remissione all'Adunanza Plenaria;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2016 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato Annoni, l'avvocato Lorusso, l'avvocato Mastroianni, l'avvocato Bucci per sé e per delega dell'avvocato Lanza, l'avvocato dello Stato Paolo Gentili, l'avvocato Loiodice Isabella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A) *Ricostruzione del quadro fattuale in cui si inserisce il presente contenzioso*

1. La vicenda in esame prende le mosse da un'iniziativa dell'Impresa Pizzarotti. Questa aveva partecipato ad una procedura indetta del Comune di Bari con bando del 14 agosto 2003, procedura denominata "ricerca di mercato" e finalizzata alla realizzazione della cittadella giudiziaria di Bari, sulla base di un quadro esigenziale formulato dalla Commissione di Manutenzione presso la Corte d'Appello di Bari.

2. Con deliberazione della Giunta Comunale del 18 dicembre 2003, n. 1945 il Comune di Bari aveva dato atto della rispondenza della proposta della Pizzarotti alle richieste del bando e l'aveva individuata come quella preferibile rispetto alle altre pervenute.

Poiché a tale deliberazione non era seguito alcun atto conseguente, l'Impresa aveva attivato la procedura di cui all'art. 21-*bis* della legge n. 1034/1971, dopo aver chiesto che il Comune di Bari portasse "*a compimento tutte le procedure amministrative necessarie per la concreta realizzazione del progetto della Sede Unica degli Uffici Giudiziari*".

3. Il ricorso proposto dinanzi al Tar Puglia – Bari è stato respinto con sentenza della Sez. III n. 363/2007 dell'8 febbraio 2007, fondata sul duplice rilievo della avvenuta conclusione del procedimento con la deliberazione di Giunta comunale n. 1945 /2003, e della insussistenza di una posizione giuridica tutelabile ex art. 21-*bis* della legge n. 1034/1971. In tale contesto, secondo il T.a.r, la società istante non poteva vantare alcun diritto accertabile *ex* art. 21-*bis* della l. 1034/1971 "*giacché l'eventuale affidamento dei lavori di realizzazione della sede giudiziaria postula lo svolgimento di un autonomo procedimento ai sensi del Codice degli appalti*".

B) *La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 1° agosto 2007, n. 4267*

4. Contro tale sentenza l'Impresa Pizzarotti ha proposto appello al Consiglio di Stato, deducendo che, diversamente rispetto a quanto ritenuto dal primo giudice, era stata la stessa Amministrazione comunale di Bari a non ritenere concluso il procedimento allorché questa, successivamente all'invito del Ministero della Giustizia (nota prot. 249/2004/BA del 4 febbraio 2004. con la quale il Ministero aveva sollecitato la verifica della realizzabilità dell'opera anche a seguito dei mutamenti del quadro economico), aveva dato nuovo impulso al procedimento (nota prot. 31740 dell'11 febbraio 2004).

5. L'appello è stato accolto, con sentenza della Quinta Sezione, 1° agosto 2007, n. 4267, contenente ordine di conclusione del procedimento.

La sentenza n. 4267/2007, in particolare, ha statuito che:

la circostanza che l'Impresa Pizzarotti abbia preso parte alla ricerca di mercato, presentando quella che i competenti scrutatori hanno ritenuto essere la migliore proposta, fa sì che tale impresa resti interessata agli ulteriori sviluppi del procedimento, quali essi risultano prefigurati nella citata nota dell'Amministrazione della Giustizia (n. 249/04);

quest'ultima nota dispone che "*alla luce della ridotta disponibilità economica attuale per la realizzazione della nuova cittadella giudiziaria, appare opportuno che il Comune verifichi, anche nell'ambito delle proposte pervenute, la possibilità di realizzare l'opera nei limiti del mutato quadro economico*".

è certo, dunque, che, diversamente da quanto statuito dalla sentenza appellata, il procedimento al quale si riferisce l'appellante non si è esaurito con l'approvazione degli esiti della ricerca di mercato. Ed è anche certo che l'opinione manifestata dal Ministero della Giustizia sia quella di verificare "*anche nell'ambito delle proposte pervenute, la possibilità di realizzare l'opera nei limiti del mutato quadro economico*";

ne consegue che l'Amministrazione comunale, nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, deve, 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.

6. La sentenza n. 4267/2007 veniva impugnata dal Comune di Bari rispettivamente con ricorso per revocazione e con ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.

Il ricorso per revocazione veniva dichiarato inammissibile con decisione della Quinta Sezione n. 3816/2008.

La Corte di Cassazione, con ordinanza resa a Sezioni unite n. 30059 in data 23 dicembre 2008, respingeva il ricorso, riconoscendo che l'art. 2 della legge. n. 241 del 1990 in astratto attribuisce al privato un interesse legittimo alla conclusione dei procedimenti riferiti a rapporti caratterizzati da discrezionalità amministrativa, mentre attiene al merito, incensurabile in sede di ricorso per motivi di giurisdizione, la verifica in concreto dell'esistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda.

Giudicava, inoltre , la pronuncia esente dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale, non contenendo essa alcuna autonoma statuizione di merito, essendosi limitata a richiamare i limiti dell'attività da compiere nel portare a termine il procedimento.

C) *La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 31 luglio 2008, n. 3817*

7. Con la successiva sentenza 31 luglio 2008, n. 3817. la Quinta Sezione, constatato che il Comune di Bari non aveva ottemperato all'ordine del Giudice, nonostante la deliberazione di G.C. n. 61 del 4 febbraio 2008, ritenuta elusiva della pronunzia, ha reiterato l'ordine di dare esecuzione alla decisione n. 4267/2007 entro un termine prefissato, con nomina del commissario *ad acta* nella persona del Prefetto di Bari, o di suo delegato, per il caso di persistente inottemperanza.

Pubblicata la decisione n. 3817/2008, l'Impresa Pizzarotti ha sollecitato l'intervento del Commissario nominato dal Giudice. Il Prefetto di Bari ha delegato, come anticipato, l'avvocato Vito Rotunno, già Avvocato Distrettuale dello Stato di Bari.

8. Il Commissario ha così operato:

1) con determinazione del 6 novembre 2008 ha stabilito che "*in ossequio al dictum del Giudice Amministrativo il Comune di Bari (e per esso il Commissario ad actus) deve valutare se due offerte*

dell'impresa Pizzarotti siano contenute nella somma di € 21.500.000, e siano valide sotto l'aspetto tecnico e funzionale, alla stregua dei criteri indicati nell'avviso dell'agosto 2003 e nel quadro esigenziale ad esso allegato";

2) con provvedimento del 21 novembre 2008 ha dato atto "*in esecuzione della decisione Cons. Stato sez. V n. 4267/07: a) che le due offerte dell'impresa Pizzarotti sopra menzionate sono contenute nel quadro economico di riferimento e valide sotto il profilo tecnico-funzionale, alla stregua delle prescrizioni dell'avviso di procedura e del quadro esigenziale in esso richiamato; b) che l'offerta dell'1/10/04 (e successive modifiche) è in linea anche con le attuali disponibilità economiche del Comune di Bari*", ritenendo entro questi limiti "*concluso positivamente il procedimento relativo alla "ricerca di mercato*"".

Il Commissario, con la nota del 24.11.2008 ha trasmesso i propri provvedimenti del 6 e del 21 novembre 2008, ritenendo di aver dato esecuzione "*salvo diverso avviso di codesto Ecc.mo Consiglio di Stato*".

9. Nel frattempo il Comune, affermando di aver così dato corso all'ordine medesimo, aveva a propria volta posto in essere un procedimento, concluso, secondo il punto di vista dell'Ente locale, con la deliberazione di G.C. n. 1207 del 24 novembre 2008, che aveva ritenuto la proposta Pizzarotti non rispondente al mutato quadro economico.

10. Alle determinazioni del commissario *ad acta* ha fatto seguito un ulteriore giudizio in sede di ottemperanza, in quanto entrambe le parti contendenti, l'impresa Pizzarotti ed il Comune di Bari, hanno proposto distinti ricorsi per incidente di esecuzione.

Nell'ambito di tale giudizio, il commissario *ad acta*, assumeva di aver concluso i propri lavori in esecuzione dell'ordine del Giudice, salvo diverso avviso del Consiglio di Stato; per proprio conto sia l'Impresa che il Comune di Bari proponevano incidente di esecuzione, prospettando da punti di vista opposti un non corretto adempimento dell'ordine del Giudice che, dal punto di vista dell'Impresa, sarebbe dovuto pervenire sino all'esecuzione materiale dell'opera, o quanto meno all'impegno contrattuale di effettuarla, mentre, dal punto di vista del Comune, all'accertamento (negativo) della insussistenza delle condizioni perché possa procedersi ulteriormente.

D) *La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 15 aprile 2010, n. 2153*

11. Il giudizio in questione è stato definito dalla Quinta Sezione con la sentenza 15 aprile 2010, n. 2153, la quale ha accolto il ricorso della Pizzarotti e respinto quello del Comune di Bari.

Pur giudicando la correttezza dell'operato del commissario *ad acta*, la Sezione ha tuttavia ritenuto la stessa incompleta, considerando necessario che l'attività di esecuzione dell'ordine del giudice sia portata a quella "*conclusione plausibilmente congrua*" imposta dalla decisione n. 4267 del 2007.

Di contro, con la medesima decisione, la Sezione ha considerato il procedimento posto in essere dal Comune fondato su presupposti erronei, contraddittorio nella decisione finale rispetto alle conclusioni della Commissione tecnica, carente di motivazione ed in contrasto con le risultanze dell'istruttoria, violativo dei principi di buona fede ed affidamento e di quello di consequenzialità dei propri atti.

Ha, quindi, dichiarato l'elusività della deliberazione di giunta comunale n. 1207/08, ritenendola altresì adottata in carenza assoluta di potere per essere intervenuta successivamente all'adozione dei provvedimenti del commissario *ad acta* e ne ha accertato la nullità.

Ha stabilito, inoltre, che l'attività ulteriore avrebbe dovuto essere compiuta dall'organo di amministrazione straordinaria, in totale autonomia di poteri, con "*l'obbligo di porre in essere, in via sostitutiva, tutti gli atti necessari all'esecuzione della predetta decisione n. 4267/07 (vale a dire, sussistendone gli altri presupposti normativi, in particolare la variante urbanistica a cui lo stesso Comune si era impegnato con il bando di gara e la stipulazione del contratto con l'Impresa), finalizzati alla concreta "realizzazione della nuova cittadella della giustizia", utilizzando, se del caso, ove ritenuto utile ed opportuno, gli uffici della Prefettura di Bari, o altri ritenuti idonei*."

Rilevata la positiva verifica da parte del commissario *ad acta* circa la corrispondenza della proposta Pizzarotti al bando nonostante i mutamenti intervenuti nel quadro economico, ha stabilito che "*dovrà procedersi all'adozione degli atti necessari alla concreta realizzazione della stessa, verificando, quanto agli ulteriori presupposti in fatto e in diritto, la coerenza di tali atti con il sistema normativo ed il quadro amministrativo comunale*."

Ha poi giudicato la necessità di variante urbanistica come "autolimitazione per l'ente comunale" da cui il Comune non potrebbe discostarsi se non per particolari condizioni, nella specie non adombrate, disponendo che "*il Commissario, nella qualità indicata, dovrà attivare le procedure occorrenti perché tale variante venga predisposta e, previa verifica degli altri presupposti normativi, adottata secondo le procedure di legge, utilizzando se del caso, ove legittimamente possibile, i procedimenti accelerati che la legge appresta per casi di realizzazione di opere di interesse generale o di interesse pubblico strettamente inteso. Nella vigenza della variante di piano, ove intervenuta, il Comune di Bari, per il tramite necessario del Commissario ad acta, dovrà in seguito altresì porre in essere ogni atto occorrente a verificare la possibilità di stipulare accordi contrattuali vincolanti con i soggetti interessati alla realizzazione dell'opera, ed in caso di esito positivo provvedere alla stipula di detti accordi*".

Ha quindi assegnato il termine di centottanta giorni per la conclusione del procedimento.

12. Il commissario *ad acta*, con proprio provvedimento in data 27 maggio 2010, ha dato atto "che l'avviso di ricerca di mercato dell'agosto 2003, così come innanzi è stato descritto nelle sue fasi e momenti, non ha avuto esito positivo."

A tali conclusioni è giunto, quanto alla prima proposta avanzata dall'impresa nel 2004 a seguito della prima riduzione degli stanziamenti statali (da euro 43.500.000,00 ad euro 18.500.000,00), poiché tra la proposta dell'impresa e l'obiettivo del Comune non vi è congruenza, non avendo l'impresa inteso di proporsi come locatrice e poiché la perdita di parte del finanziamento è tale da non consentire di raggiungere l'obbiettivo del Comune; quanto alla seconda proposta, intervenuta in seguito alla perdita dell'intero finanziamento statale, consistente nell'offerta in locazione di fabbricati da realizzare da parte privata, poiché l'opera è priva delle caratteristiche di opera soggettivamente ed oggettivamente pubblica o di interesse pubblico, la collaborazione del privato al perseguimento degli obiettivi comunali è consistita nella mera presentazione di un progetto da realizzare mediante locazione, assolutamente inadeguato rispetto all'obiettivo comunale della realizzazione materiale e completa delle strutture giudiziarie rispetto a cui l'impresa è titolare di un mero interesse di fatto.

Ha poi considerato che la proposta consistente in un atto di impegno a locare, in quanto promessa unilaterale atipica, non è produttiva di effetti e non sarebbe praticabile sul piano operativo.

Ha inoltre ritenuto che non può essere ammesso alla fase contrattuale un soggetto terzo non presente nella fase procedimentale; che i tempi di costruzione e di acquisizione da parte del terzo della proprietà confliggono con l'interesse dell'amministrazione a "chiudere" subito il contratto ; che il ricorso a tale modello contrattuale costituisce istituto eccezionale e marginale, applicabile solo ove risultino impraticabili le procedure ordinarie, nella specie configurabili tramite la procedura selettiva ex art. 153 d.lgs. n. 163 del 2006 per la quale si sarebbe già attivato il Comune di Bari; che osterebbe altresì la non conformità urbanistica delle aree interessate dal progetto non superabile attraverso la variante urbanistica , che il Comune avrebbe previsto nell'avviso di gara solo in ragione della natura pubblica del bene da realizzarsi, sotto il duplice profilo dei finanziamenti pubblici e della natura pubblica del soggetto proprietario.

13. Per la dichiarazione di nullità del suddetto provvedimento ha proposto nuovo ricorso per incidente di esecuzione l'impresa Pizzarotti, assumendone il contrasto con i contenuti e le conclusioni raggiunte nelle precedenti determinazioni dello stesso Commissario (provvedimenti del 6 e 21 novembre 2008) e con i principi stabiliti nella decisione del Consiglio di Stato n. 2153/2010; contravvenendo, invero, a quanto disposto in merito alla necessità di portare a compimento il procedimento già correttamente impostato con il provvedimento 21 novembre 2008, il commissario avrebbe finito con il rimettere tutto in discussione ritornando su questioni già vagliate e sulle quali si erano già pronunciati sia il Consiglio di Stato che le Sezioni Unite della Corte di cassazione.

E) *La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 3 dicembre 2010, n. 8420*

14. Con sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010, questo Consiglio ha accolto il ricorso dell'impresa Pizzarotti.

Secondo il Consiglio di Stato, le contrastanti conclusioni circa l'esito dell'avviso della ricerca di mercato (positive in base al provvedimento 21 novembre 2008, negative in base al provvedimento 27 maggio 2010) già evidenziano la contraddittorietà e l'elusività del provvedimento impugnato. E' chiaro, infatti, che l'esito della ricerca di mercato non può che essere uno solo ed è quello già definitivamente accertato con il provvedimento del 21 novembre 2008.

Sempre nella predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010, questo Consiglio di Stato ha osservato che, quanto ai motivi addotti dal commissario, l'offerta in locazione degli edifici non realizzabili tramite il finanziamento statale risale alla prima offerta ed è stata sempre mantenuta nelle successive proposte. Tale modalità di acquisizione degli immobili fu ritenuta, pertanto, sin dalla selezione dell'impresa e, di seguito, fino al provvedimento del Commissario delegato del 28 novembre 2008, conforme agli obiettivi del Comune e non in contrasto con i tempi necessari alla realizzazione degli immobili.

Lo stesso è a dirsi per la natura dei beni da realizzare, la cui rispondenza all'interesse pubblico e funzionalità agli obiettivi generali di carattere pubblico sono state a suo tempo discrezionalmente valutate e confermate dal Commissario ad acta.

Quanto al coinvolgimento del terzo acquirente e locatore degli immobili da adibire ad uffici giudiziari, nella predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010 si è osservato che vale la medesima considerazione della già operata positiva valutazione di tale modulo convenzionale sia in sede di procedura selettiva sia in sede di prima delibazione del commissario.

"*E' naturale ed evidente*", ha infatti statuito la sentenza n. 8420/2010, "*che l'individuazione del soggetto, indicato nell'originaria proposta come "idoneo e qualificato" debba avvenire anteriormente alla stipula di qualunque convenzione, che questa debba produrre anche nei suoi confronti effetti obbligatori, che il terzo debba presentare tutti i requisiti, compresi quelli di capacità economica, che valgano ad assicurare l'adempimento delle obbligazioni, che debba, cioè, essere esperita una adeguata istruttoria culminante, nel caso di accertata presenza di tutti i presupposti in fatto e in diritto, nella conclusione di un contratto, come già affermato da questa Sezione. Per converso, emerge dall'atto oggetto del presente incidente di esecuzione che il Commissario non ha neppure tentato di approfondire questi aspetti, arrestandosi su ragioni astrattamente ostative smentite da quanto in precedenza accertato, così contravvenendo all'ordine del giudice che era quello di verificare i presupposti in fatto ed in diritto per dare concreta realizzazione alla proposta, rispetto alla quale l'interesse dell'impresa realizzatrice non è evidentemente solo di fatto , ma corrisponde al bene della vita consistente nella realizzazione e nella successiva vendita degli immobili*".

Lo stesso è a dirsi, sempre nella predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010, per l'atto di impegno a locare, giudicato dal commissario inidoneo perché improduttivo di effetti: il Commissario non ha minimamente tenuto conto della disponibilità dell'impresa (v. nota 19 maggio 2010) a puntualizzare e precisare, in una fase di confronto, gli atti convenzionali, coinvolgendo tutti i soggetti (compreso il terzo locatore) che avrebbero dovuto prendervi parte, ma si è limitato a trincerarsi dietro l'improduttività di effetti della promessa unilaterale.

Quanto, infine, alla non conformità urbanistica del progetto, nella predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010 si è richiamato quanto stabilito dal giudice dell'ottemperanza nella decisione n. 2153/2010 in merito alla necessità da parte del commissario di attivazione delle procedure occorrenti per la sua predisposizione e adozione, previa verifica degli altri presupposti normativi.

Conclusivamente, la predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010 ha accolto il ricorso dell'impresa e, pertanto, ha dichiarato la nullità dell'atto del Commissario ad acta delegato in data 27 maggio 2010 in quanto emesso in violazione del giudicato.

F) *La variante al P.R.G. del Comune di Bari adottata dal commissario* ad acta

16. Successivamente, il nuovo commissario, Giuseppe Albenzio, designato dal Prefetto di Bari con provvedimento 29 gennaio 2011, in forza di quanto disposto da questa Sezione con le già citate sentenze n. 2153/2010 e n. 8420/2010, dopo la proroga del termine per l'esecuzione dell'incarico disposta da questa Sezione con sentenza 3 agosto 2011, n. 4710, ha posto in essere tutte le attività necessarie per addivenire all'adozione della delibera di variante urbanistica al P.R.G. del Comune di Bari per i terreni interessati dalla costruzione della "Cittadella della Giustizia": la variante è stata adottata con delibera commissariale n. 1/12 del 23 aprile 2012.

Successivamente, inoltre, con determinazione dirigenziale del Servizio Ecologia della Regione, in riferimento alla Procedura di Valutazione Ambientale Strategica della Variante al P.R.G. da "*Zona per attività di tipo A*" in "*Area destinata alle sedi giudiziarie, ivi comprese le strutture carcerarie e i servizi connessi alle attività giudiziarie*", oggetto del giudizio, è stato espresso il prescritto parere motivato.

17. L'impresa Pizzarotti ha contestato la sottoposizione della Variante di Piano Regolatore adottata dal commissario *ad acta* in luogo del Comune di Bari inottemperante, assumendone la valenza elusiva del giudicato.

18. Il commissario *ad acta* per suo conto, con istanza del 10 agosto 2012 ha presentato dettagliate ed analitiche relazioni in merito alle attività svolte, chiedendo di ratificare l'operato, anche in riferimento alla nomina del RUP e del progettista della variante; di dare istruzioni sul prosieguo dell'attività dell'Ufficio commissariale, con particolare riferimento alla preannunziata apertura di procedura di infrazione da parte della Commissione Europea, autorizzando il Commissario a svolgere le ulteriori attività ritenute necessarie per l'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato in oggetto; di liquidare un acconto sulle competenze professionali del Commissario e dei professionisti che hanno collaborato alle attività sopra descritte (secondo le parcelle dagli stessi presentate) e il rimborso delle spese di amministrazione, viaggio e alloggio sino ad ora sostenute di prorogare il termine per l'esecuzione dell'incarico commissariale per il tempo necessario al completamento delle procedure per l'adozione della variante urbanistica e dei successivi strumenti contrattuali (termine non inferiore ad un anno solare).

G) *La procedura di infrazione comunitaria nel frattempo aperto dalla Commissione europea*

19. In seguito, con relazione del 23 ottobre 2012 il commissario *ad acta* ha rilevato che, nelle more dell'espletamento delle attività relative alla variante urbanistica di cui sopra si è detto, la Commissione europea, su esposto del Sindaco di Bari, ha aperto l'istruttoria per la verifica dell'eventuale violazione e/o elusione della normativa europea in tema di affidamento di appalti pubblici di lavori per importi superiori ad € 4.845.000,00.

La Commissione, nel corso della pre-istruttoria di cui alla procedura EU-Pilot 232 1/11 MARK, ha chiesto al Dipartimento per le politiche europee e, per il tramite di esso, all'Ufficio commissariale, chiarimenti sui punti rilevanti della vicenda; detti chiarimenti sono stati forniti dal Commissario con relazioni del 29.9.2011, 19.11.2011, 7.12.2011, e nel corso degli incontri avuti con i funzionari della Commissione in Bruxelles in data 16.1.2012 e in Roma in data 22.3.2012.

Con nota del 3 ottobre 2012 il Dipartimento per le Politiche Europee della Commissione Europea ha comunicato all'Ufficio commissariale l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti della Repubblica italiana da parte della Commissione europea, ai sensi dell'art. 258 TFUE, in ordine all'attività negoziale demandata al Commissario dalle decisioni del Consiglio di Stato sopra descritte.

20. Il Commissario, nella precitata relazione, al fine di evitare un fermo delle procedure di esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato, in attesa della conclusione della succitata procedura di infrazione e dell'eventuale giudizio dinanzi alla Corte di Giustizia, ha affermato che potrebbero essere soddisfatte le esigenze dell'Amministrazione, alternativamente:

- con l'autorizzazione al Commissario ad acta di rinviare la stipulazione dell'atto negoziale di completamento della esecuzione delle decisioni giudiziali, quale contratto di locazione semplice, al momento in cui l'immobile da adibire ad uffici giudiziari sia completato ed "esistente", senza la previa sottoscrizione di alcun atto di impegno, atteso che le obbligazioni che dovrebbero essere in esso contenute coincidono in sostanza con i deliberati delle precedenti sentenze i quali, ribaditi nell'emananda decisione del Collegio nella presente sede, possono ritenersi idonei a vincolare sin d'ora e direttamente il Commissario ad acta a sottoscrivere con l'Impresa Pizzarotti, o con il terzo

soggetto che questa si è riservata di indicare, il contratto di locazione per l'immobile una volta che sarà completato e, quindi, esistente (con le caratteristiche individuate dalla Commissione di manutenzione e poste a base delle sentenze pronunziate e nei tempi pure già ivi considerati);

- con la indizione di una gara pubblica per l'affidamento in locazione all'Amministrazione comunale di un edificio da adibire a sede di tutti gli uffici giudiziari di Bari che risponda al "quadro esigenziale" predisposto dalla Commissione di Manutenzione presso la Corte d'Appello, quale sub-procedimento affidato al Commissario ad acta nell'ambito della procedura di esecuzione delle decisioni in epigrafe indicate, al fine di dissipare definitivamente i dubbi della Commissione europea; in tal senso, dovrebbero essere date all'Ufficio commissariale le necessarie competenze ed istruzioni.

H) *L'ordinanza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 10 aprile 2013, n. 1962 di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE*

21. Con ordinanza 10 aprile 2013, n. 1962, la Quinta Sezione, dopo aver disposto la riunione dei ricorsi in ottemperanza n. 3273 del 2007 e n. 5746 del 2010 proposti dall'Impresa Pizzarotti (diretti all'esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato - Sez. V n. 4267/2007 e delle sentenze di ottemperanza del Consiglio di Stato, Sez. V n. 03817/2008, n. 2153/2010 e n. 8420/2010) e delle istanze di Giuseppe Albenzio quale commissario *ad acta*, proponente richiesta di chiarimenti ex art. 112, comma 5, c.p.a. con relazione del 10 agosto 2012 e con successiva relazione del 23 ottobre 2012, ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione Europea le seguenti questioni pregiudiziali:

- "*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'art. 16 DIR 2004/18/CE*";

- "*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 comunitario degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto comunitario*".

I) *La sentenza pregiudiziale interpretativa della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 10 luglio 2014, C-213/13*

22. Su tali questioni la Corte di Giustizia si è pronunciata con la sentenza 10 luglio 2014, C-213/13, dichiarando che:

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.

J) *L'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria*

23. Con successiva ordinanza 17 luglio 2015, n. 3587, la Quinta Sezione, dichiarando di non condividere il tradizionale insegnamento giurisprudenziale in tema di "giudicato a formazione progressiva" accolto dalla giurisprudenza amministrativa e dalla stessa Adunanza Plenaria (da ultimo con la sentenza 15 gennaio 2013, n. 2) ha devoluto la presente controversia, ai sensi dell'art. 99, commi 1 e 3, C.p.a. all'esame dell'Adunanza Plenaria.

Secondo la tesi del giudicato a formazione progressiva anche le statuizioni contenute nelle sentenze rese in sede di ottemperanza sono idonee al giudicato, integrando il giudicato della sentenza di cognizione.

In relazione a tale aspetto, l'ordinanza di rimessione rileva che seguendo la tesi del giudicato a formazione progressiva, nel caso di specie, il giudicato *potrebbe* essere individuato nel riconoscimento del diritto della Impresa Pizzarotti di eseguire l'opera oggetto dell'originaria offerta e nel corrispettivo obbligo dell'Amministrazione comunale di Bari di "prenderla in carico" a titolo oneroso e di "utilizzarla" quale sede degli uffici giudiziali.

Secondo la Sezione rimettente, tuttavia, "*tale esito del giudizio comporterebbe una palese violazione del diritto comunitario, come sancito dalle predetta sentenza della Corte UE, sezione II, 10 luglio 2014, C-213/13, con evidenti implicazioni di responsabilità dello Stato italiano*".

La Quinta Sezione precisa che sarebbe possibile anche una diversa interpretazione del giudicato progressivamente formatosi, nel senso, cioè, che esso potrebbe essere letto, aderendo ad una diversa ricostruzione del fatto, nel senso di escludere che esso riconosca all'Impresa Pizzarotti del diritto di realizzare l'opera. L'ordinanza di rimessione, a tale proposito, ricorda come nella stessa ordinanza di rinvio pregiudiziale (la n. 1962 del 2013), la Quinta Sezione aveva espressamente e solamente ipotizzato la sussistenza di un giudicato formatosi "eventualmente" in ordine al diritto dell'Impresa Pizzaroti di realizzare l'opera.

24. La Sezione rimettente, tuttavia, ritiene che "*prima di esplorare la possibilità di ricostruire il fatto diversamente, deducendo dalle sentenze sopra indicate l'assenza di statuizioni suscettibili di giudicato* [in ordine al riconoscimento all'Impresa Pizzarotti del diritto al contratto] *occorre previamente interrogarsi, dal punto di vista del diritto, sulla natura del giudicato a formazione progressiva, al fine di verificare, in primo luogo, se nel corrente quadro giuridico del processo amministrativo tale concetto sia ancora attuale; e, in secondo luogo, subordinatamente, per precisare il concetto medesimo allo scopo di stabilire se il dictum della sentenza 15 aprile 2010, n. 2153, abbia comportato o contenga soltanto misure esecutive, ovvero sia idoneo ad integrare il giudicato della sentenza di cognizione 1° agosto 2007, n. 4627 e, come tale, avendo natura di giudicato risulti intangibile*".

25. L'ordinanza di rimessione, per il caso in cui venga accolta tale ultima soluzione (giudicato intangibile), rimette all'Adunanza Plenaria una ulteriore questione: "*se il concetto di ius superveniens idoneo a circoscrivere l'effetto del giudicato, possa in primo luogo essere applicabile anche all'ipotesi di una giurisprudenza comunitaria sopravvenuta come quella in oggetto che impedisce giuridicamente l'attribuzione alla ricorrente Pizzarotti del contratto per la realizzazione dell'opera in contestazione; in secondo luogo, se la normativa nazionale sopravvenuta (ad esempio in riferimento all'edilizia giudiziaria – cfr. relazione del commissario ad acta) possa incidere sul giudicato a formazione progressiva eventualmente formatosi, determinandone l'inidoneità a produrre gli effetti programmati e stabiliti*".

K) *Il giudizio dinnanzi all'Adunanza Plenaria*

26. In vista della camera di consiglio dinnanzi all'Adunanza Plenaria tutte le parti hanno depositato memorie difensive a sostegno delle rispettive posizioni.

27. In sintesi, l'Impresa Pizzarotti ha sostenuto l'intangibilità del giudicato formatosi sulla sentenza n. 4267/2007 (resa in sede di cognizione, sia pure all'esito del giudizio speciale in materia di silenzio-inadempimento *ex* art. 21-*bis* legge n. 1034/1971, applicabile *ratione temporis*) e successivamente integrato dalle sentenze n. 2153/2010 e n. 8420/2010 rese in sede di ottemperanza. La ricorrente ha richiamato la giurisprudenza comunitaria che esclude l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare il giudicato anche nel caso di contrarietà dello stesso con il diritto dell'Unione europea (anche quale risultante dall'interpretazione vincolante fornitane dalla Corte di Giustizia).

28. Il Ministero della Giustizia a sua volta ha concluso per l'accoglimento del ricorso proposto dall'Impresa Pizzarotti sostenendo che il giudicato formatosi sulle sentenze precedentemente rese dalla Quinta Sezione (in particolare su quelle rese in sede di ottemperanza n. 2153/2010 e n. 8420/201), ha esaurito ogni discrezionalità dell'Amministrazione circa l'*an* della conclusione del procedimento, lasciando a questa, tramite il commissario *ad acta*, soltanto il reperimento delle modalità esecutive più idonee.

29. Il Comune di Bari, per contro, ha chiesto il rigetto del ricorso, sostenendo peraltro che, anche a prescindere dalla risoluzione delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione, il giudicato formatosi non avrebbe comunque comportato il riconoscimento in capo all'Impresa Pizzarotti del diritto alla stipula del contratto.

30. La Regione Puglia ha eccepito, *in primis*, la sua estraneità al giudicato formatosi sulla sentenza n. 4267/2007 e sulle altre pronunciate in sede di ottemperanza, chiedendo, quindi, di essere estromessa dal giudizio. Nel merito, ha concluso, comunque, per il rigetto del ricorso.

31. Il commissario *ad acta* Giuseppe Albenzio, ha depositato una memoria, nella quale, richiamate le osservazioni del 5 maggio 2015, presentate per l'udienza del 26 maggio 2015 dinnanzi la Quinta Sezione, ha chiesto la liquidazione dei compensi e delle spese per sé e per i professionisti che hanno collaborato nello svolgimento delle relative attività poste in essere in esecuzione del giudicato.

L) *L'estromissione dal giudizio della Regione Puglia*

32. Occorre in via pregiudiziale esaminare la richiesta di estromissione dal giudizio della Regione Puglia.

33. La richiesta merita accoglimento.

Il gravame proposto mediante incidente di esecuzione dall'Impresa Pizzarotti nei confronti della Regione Puglia ha ad oggetto la determinazione dirigenziale n. 96 dell'11 maggio 2012, con il quale il Dirigente del Servizio Ecologia della Regione ha disposto l'assoggettamento alla procedura di valutazione ambientale strategica della variante al PRG del Comune di Bari adottata dal commissario *ad acta* in ottemperanza della sentenza n. 2153 del 2012 del Consiglio di Stato, avente ad oggetto il suolo relativo al progetto della "*Sede Unica degli Uffici Giudiziari di Bari*".

La ricorrente assume la nullità di tale determinazione in quanto adottata in violazione o elusione del giudicato.

Tale gravame è, tuttavia, inammissibile nelle forme in cui è stato proposto, ovvero attraverso l'incidente di esecuzione nell'ambito del giudizio di ottemperanza al giudicato.

Il giudicato di cui si lamenta la violazione si è formato, infatti, su sentenze rispetto alle quali la Regione Puglia è terza non avendo partecipato ai relativi giudizi.

Trattandosi di sentenze rese *inter alios*, la loro portata dispositiva e conformativa non può, dunque, avere efficacia vincolante rispetto alla Regione Puglia, alla quale, di conseguenza, non può essere imputata alcuna violazione o elusione del giudicato.

In nessun modo, quindi, un giudicato reso *inter alios* può essere fonte, per la Regione, di obblighi conformativi alla cui stregua valutare la legittimità (sotto il profilo della nullità per violazione o elusione del giudicato) degli atti dalla stessa adottati.

L'eventuale illegittimità di tale atti doveva essere fatta valere, anche per evitare l'elusione del doppio grado di giudizio, nelle forme del rito ordinario, attraverso l'instaurazione di un giudizio di cognizione dinnanzi al Tribunale amministrativo regionale.

In tal senso, del resto, l'Impresa Pizzarotti si è attivata, atteso che, come risulta dagli atti, contro la stessa determinazione è stato proposto anche ricorso (r.g. n. 1220/2012) innanzi al T.a.r. Puglia, sede di Bari.

La Regione Puglia deve, pertanto, essere estromessa dal giudizio, con conseguente inammissibilità del ricorso proposto nei suoi confronti.

M) *L'ordine logico di esame delle questioni*

34. Si può ora passare all'esame delle questioni sottoposte dall'ordinanza di rimessione.

La Sezione rimettente, pur senza individuare la "regola conformativa" ricavabile dalle sentenze ottemperande (lasciando aperta, dunque, la questione se le sentenze ottemperande abbiano o meno riconosciuto all'Impresa Pizzarotti il diritto alla stipula del contratto e alla realizzazione dell'opera), chiede all'Adunanza Plenaria di risolvere due questioni, concernenti, rispettivamente, l'ampiezza del giudicato amministrativo e la sua forza di resistenza rispetto ad uno *ius superveniens*

rappresentato da una sentenza della Corte di Giustizia che attesti la contrarietà al diritto dell'Unione Europea degli effetti dallo stesso prodotti.

In relazione alla prima questione, la Sezione rimettente, richiamando e criticando la tesi del c.d. giudicato a formazione progressiva, chiede all'Adunanza Plenaria di "*stabilire in astratto uno o più criteri, certi e ripetibili, per definire il discrimine*" tra "*statuizioni della sentenza di ottemperanza suscettibili di passare in giudicato e mere misure esecutive*".

In relazione alla seconda questione, la Sezione chiede all'Adunanza Plenaria di stabilire, anche alla luce del principio di diritto enunciato dalla Corte di Giustizia nella già citata sentenza 10 luglio 2014, C-213/13 (cfr., in particolare, il punto *b)* del dispositivo), se il diritto nazionale conosca dei rimedi per ritornare sul giudicato che ha condotto ad una situazione contrastante con la normativa dell'Unione Europea.

35. Occorre, anzitutto, evidenziare come l'ordine logico delle questioni prospettato dalla Sezione rimettente non appia del tutto condivisibile.

Prima ancora di stabilire se le statuizioni contenute nelle sentenze rese in sede di ottemperanza costituiscano giudicato e se, in caso di risposta positiva a tale quesito, esistano strumenti per impedire che il giudicato produca effetti anticomunitari, è necessario, infatti, delimitare esattamente il contenuto e la portata conformativa delle sentenze di cui si chiede, in questa sede, l'ottemperanza.

La Sezione rimettente, come si è detto, non affronta tale questione, riservandosi espressamente di esaminarla solo all'esito della decisione dell'Adunanza Plenaria, nell'ipotesi in cui l'Adunanza Plenaria dovesse appunto confermare la tesi del giudicato a formazione progressiva (esteso anche alla statuizioni rese in sede di ottemperanza) e sancire l'intangibilità del giudicato nonostante la sua contrarietà al diritto comunitario.

In questo modo si altera, però, il naturale ordine di esame delle questioni. La rilevanza ai fini della decisione dei quesiti sottoposti al vaglio dell'Adunanza Plenaria è, invero, meramente ipotetica, perché dipende dalla questione logicamente preliminare che è quella concernente l'esatta delimitazione degli obblighi discendenti dalle sentenze portate ad esecuzione.

Il Collegio, pertanto, modificando l'ordine logico delle questioni prospettato dalla Sezione rimettente ritiene che il primo punto da esaminare sia proprio l'esatta delimitazione della portata conformativa delle statuizioni contenute nelle sentenze ottemperanda.

36. La natura preliminare di tale verifica corrisponde, del resto, alle prospettazioni difensive delle parti.

Da un lato, l'impresa ricorrente fonda il suo ricorso proprio sull'assunto che quelle sentenze le abbiano progressivamente riconosciuto il diritto alla stipula del contratto e alla realizzazione dell'opera, esaurendo ogni residuo margine di discrezionalità amministrativa in capo al Comune di Bari. Assume, in altri, termini, che dalle citate sentenze discenda un "obbligo di risultato" in capo all'Amministrazione comunale, e ne reclama l'adempimento chiedendo a questo Giudice di rimuovere ogni ulteriore ostacolo alla conclusione del contratto e alla realizzazione dell'opera. In relazione a tale profilo, peraltro, l'impresa ricorrente sostiene che tale obbligo di risultato sarebbe già rinvenibile, *in nuce*, nella prima sentenza rese in sede di cognizione (la numero 4267 del 2007), il che, se fosse vero, renderebbe irrilevante la questione del giudicato a formazione progressiva.

Dall'altro lato, il Comune di Bari, oltre a difendersi contestando la tesi del giudicato a formazione progressiva e invocando, comunque, la primazia del diritto dell'Unione Europea, nega che le sentenze ottemperande abbiamo mai riconosciuto alla Pizzarotti, il diritto alla stipula del contratto.

Anche le contrapposte difese confermano, quindi, che il *thema decidendum*, la principale questione oggetto del contendere, riguarda l'ampiezza della regola conformativa ricavabile dalle più volte citate sentenze precedentemente rese dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato: la sentenza n. 4267 del 2007, resta in sede di cognizione, e le successive sentenze n. 2153 del 2010 e n. 8420 del 2010, rese in sede di ottemperanza.

N) *La delimitazione dell'obbligo conformativo derivante dalla sentenze ottemperande*

37. Così ristabilito il naturale ordine logico di esame delle questioni, occorre, quindi, delimitare l'ampiezza dell'obbligo conformativo scaturente dalle citate sentenze.

38. L'Adunanza Plenaria ritiene che dette sentenze non abbiano riconosciuto all'Impresa Pizzarotti il diritto incondizionato alla stipula del contratto e alla realizzazione dell'opera. Da esse deriva solo una obbligo procedimentale e strumentale (quello di portare a conclusione il procedimento), non un obbligo sostanziale e finale (quello di concluderlo riconoscendo il diritto alla stipula del contratto o, addirittura, alla realizzazione dell'opera).

Utilizzando una distinzione offerta dalla dottrina civilistica, si può dire che dalla sentenze in esame deriva una obbligazione di mezzi (o, comunque, una obbligazione di risultato strumentale), non una obbligazione di risultato finale.

39. Numerosi sono gli argomenti che depongono a favore di tale conclusione.

40. In primo luogo, il dato testuale, offerto dal tenore letterale delle statuizioni contenute in dette sentenze.

La prima sentenza che viene in rilievo è la n. 4267 del 2007.

Giova evidenziare sin da ora che si tratta di una sentenza resa in sede di ricorso avverso il silenzio-inadempimento, ricorso proposto dall'Impresa Pizzarotti ai sensi dell'allora vigente art. 21-*bis* della legge n. 1034 del 1971.

In quell'occasione, il Consiglio di Stato, riformando la sentenza di primo grado che aveva considerato già concluso il procedimento, ritenne, invece, che l'Impresa Pizzarotti avesse titolo (in quanto aveva preso parte a tale procedimento, presentando quella era risultata la migliore proposta) per dare impulso agli ulteriori sviluppi del procedimento quali prefigurati nella nota del Ministero della Giustizia prot. n. 249/2004/BA del 4 febbraio 2004. In tale nota, "*alla luce della ridotta disponibilità economica attuale per la realizzazione della nuova cittadella giudiziaria*", si invitava il Comune a verificare, "*anche nell'ambito delle proposte pervenute, la possibilità di realizzare l'opera nei limiti del mutato quadro economico*".

Sulla base di tali premesse argomentative, quindi, il Consiglio di Stato ha disposto che il Comune di Bari "*nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, deve, 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".

Non vi possono essere dubbi sul fatto che la portata conformativa della statuizione sia circoscritta alla mera conclusione del procedimento (più esattamente a dare al procedimento una "*conclusione plausibilmente congrua*"), senza obbligare il Comune alla incondizionata realizzazione dell'opera.

La realizzazione dell'opera viene letteralmente indicata come oggetto di una "*possibilità*", che, nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, il Comune aveva solo l'obbligo di verificare, nei limiti consentiti dal mutato quadro economico.

Né si può ritenere che, riferendosi ad una "*conclusione plausibilmente congrua*", il Consiglio di Stato avesse, in realtà, inteso implicitamente riconoscere alla Pizzarotti il diritto di realizzare l'opera.

41. Tale deduzione, oltre ad essere incompatibile con il tenore letterale dell'ordine impartito dalla sentenza (in cui, come si è detto, si fa espresso riferimento alla mera verifica della possibilità di realizzare l'opera), è smentita dalla natura del giudizio contro il silenzio-inadempimento all'esito del quale quella sentenza è stata resa.

In quel giudizio, come è noto, il giudice amministrativo non può sindacare la fondatezza della pretesa e predeterminare il contenuto del provvedimento finale se non nei casi in cui l'attività sia vincolata o si siano comunque esauriti gli spazi di discrezionalità riconosciuti alla Pubblica Amministrazione. Si tratta di una regola, ora chiaramente enunciata dall'art. 31, comma 2, C.p.a., operante anche nella vigenza dell'art. 21-*bis* legge n. 1034 del 1971, applicabile *ratione temporis*. Tale limite al potere di cognizione del giudice è, infatti, la naturale conseguenza della natura della giurisdizione amministrativa che non ammette, tranne i casi eccezionali e tassativi di giurisdizione di merito, che il giudice amministrativo possa sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio di valutazioni discrezionali.

La natura ampiamente discrezionale del procedimento avviato dal Comune di Bari (una ricerca di mercato diretta a verificare la realizzazibilità di un progetto di opera pubblica e la natura stessa del giudizio con cui ha avuto inizio la controversia, e cioè di giudizio sul silenzio, escludevano, quindi, la possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi all'Amministrazione predeterminando l'esito del procedimento attraverso il riconoscimento all'impresa del diritto di realizzare l'opera. In questo senso, d'altra parte ha avuto modo di pronunciarsi questo Consiglio di Stato (Sez. VI, 19 giugno 2012 n. 3569). E' stato, in particolare precisato che, nell'ipotesi di azione di annullamento di un provvedimento discrezionale e di azione avente ad oggetto attività discrezionale non ancora esercitata dall'amministrazione, si assiste "alla formazione di un giudicato che contiene una regola incompleta", e che il sindacato "non può estendersi all'intero rapporto controverso"; ciò, d'altra parte, come rappresentato anche in sede di discussione dalla difesa del Comune, costituirebbe uno sconfinamento nel merito amministrativo da parte del giudice e di conseguenza, un possibile eccesso di potere giurisdizionale.

42. I rilievi appena svolti assumono una importanza centrale anche per delimitare la portata conformativa delle sentenze, questa volta rese in sede di ottemperanza, che sono successivamente intervenute nella vicenda in oggetto.

Non si può trascurare, infatti, che questo articolato contenzioso, caratterizzato dalla stratificazione di sentenze del giudice amministrativo, atti dell'Amministrazione e attività esecutiva dei commissari *ad acta* che si sono avvicendati, nasce, in realtà, da un giudizio contro il silenzio-

inadempimento maturato nell'ambito di un procedimento di ricerca di mercato connotato dall'esistenza di ampi profili di discrezionalità amministrativa.

La focalizzazione di questo aspetto rappresenta la chiave per una corretta lettura anche delle successive sentenze (n. 2153/2010 e n. 8420/2010) pronunciate in sede di ottemperanza al giudicato formatosi sulla sentenza n. 4267/2007.

43. La prima in ordine di tempo di tali successive sentenze è la n. 2153/2010.

Il passaggio ulteriore rispetto alla sentenza n. 4267/2007 è rappresentato dalla valutazione del mutato quadro economico.

Anche in questo caso l'obbligo conformativo posto a carico del Comune di Bari è meramente strumentale, non finale.

Il Consiglio di Stato esplicita la statuizione conformativa nel paragrafo 12 della sentenza (che si apre con la significativa formula "*In conclusione e riepilogando*"). Poche righe dopo si legge testualmente: "*Preso atto che, come verificato dal Commissario ad acta, la proposta Pizzarotti è rispondente al bando ed alle richieste di questo, nonostante i mutamenti intervenuti nel quadro economico, dovrà procedersi, all'adozione degli atti necessari alla concreta realizzazione della stessa, verificando , quanto agli ulteriori presupposti in fatto e in diritto, la coerenza di tali atti con il sistema normativo ed il quadro amministrativo comunale.*"

La sentenza, pur dando al procedimento un impulso ulteriore (superato l'ostacolo del mutato quadro economico, alla cui valutazione, in base alla sentenza n. 4267 del 2007, era subordinata la realizzabilità dell'opera), non riconosce ancora un diritto incondizionato a favore dell'Impresa Pizzarotti.

L'ordine impartito dalla Quinta Sezione è sempre di natura procedimentale: portare avanti il procedimento finalizzato alla realizzazione dell'opera, verificando gli ulteriori presupposti di fatto e di diritto, tra i quali viene espressamente richiamata la coerenza del risultato finale con il sistema normativo ed il quadro amministrativo comunale.

44. La successiva sentenza n. 8420/2010 non amplia, a sua volta, la portata di tale obbligo conformativo. La sentenza, infatti, si limita a censurare l'operato del commissario *ad acta*, dichiarando insussistenti le cause ostative alla realizzazione del progetto che lo stesso aveva individuato, ma senza alcun riconoscimento definitivo alla Pizzarotti del diritto di realizzare l'opera.

45. Si potrebbe obiettare (e tale obiezione è presente, in sostanza, nelle difese della Pizzarotti) che in realtà la sentenza n. 2153/2010, sembra (aderendo ad una interpretazione formalistica) fare salva solo la verifica di compatibilità con il sistema normativo e amministrativo *comunale*, lasciando fuori, quindi, la normativa di altro genere (nazionale o comunitaria).

46. L'obiezione non coglie, tuttavia, nel segno.

47. In primo luogo, infatti, la necessità espressamente riconosciuta, di vagliare la compatibilità con "il sistema normativo ed il quadro amministrativo comunale non può non implicare", per una evidente esigenza di coerenza sistematica, anche la verifica di compatibilità con le fonti normative sovraordinate, prime fra tutte quelle comunitarie che godono del rango privilegiato derivante dal c.d. principio di primazia. D'altra parte, già sul piano testuale, la sentenza tiene distinti il "sistema normativo" ed il "quadro amministrativo comunale"; appare pertanto impossibile riferire l'aggettivo

“comunale” (per di più espresso al singolare) anche al sistema normativo, come se, nel verificare gli “ulteriori presupposti in fatto ed in diritto” si potesse -ed anzi, nell’assunto di parte si dovesse- prescindere dalle fonti di livello nazionale e comunitario. Appare pertanto evidente che con la cennata espressione, la pronuncia del Consiglio di Stato n. 2153 del 2010 ha inteso subordinare la conclusione del procedimento alla necessaria verifica di coerenza dei relativi con la disciplina primaria -nazionale e comunitaria- e con la disciplina amministrativa di settore.

48. In secondo luogo, per quello che ancora più conta, evocando la necessità di una successiva verifica di compatibilità con il sistema amministrativo e normativo, la sentenza lascia comunque aperto il procedimento, prefigurando lo svolgimento di un successivo tratto procedimentale successivo al giudicato.

Si tratta di un aspetto centrale anche per delimitare la portata del giudicato rispetto alle sopravvenienze poi intervenute (nella specie la già citata sentenza della Corte di Giustizia 10 luglio 2014, C-213/13). Il giudicato, infatti, non può incidere sui tratti liberi dell’azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest’ultimo.

O) *I rapporti tra giudicato e sopravvenienze*

49. Devono essere a questo proposito richiamati i principi elaborati dalle plurime Adunanze Plenaria che hanno affrontato il delicato tema degli effetti del tempo e delle sopravvenienze (giuridiche e fattuali) sulle situazioni giuridiche dedotte in giudizio in relazione alla portata precettiva dei giudicati (cfr. Ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2; 13 aprile 2015, n. 4; 15 gennaio 2013, n. 2; 3 dicembre 2008, n. 13; 11 maggio 1998, n. 2; 21 febbraio 1994, n. 4; 8 gennaio 1986, n. 1), in forza dei quali:

a) l’esecuzione del giudicato amministrativo (sebbene quest’ultimo abbia un contenuto poliforme), non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso; se così fosse, il processo, considerato nella sua sostanziale globalità, rischierebbe di non avere mai termine, e questa conclusione sarebbe in radicale contrasto con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all’effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici (valori tutelati a livello costituzionale e dalle fonti sovranazionali alle quali il nostro Paese è vincolato); da qui l’obbligo di esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa del privato alla stabile definizione del contesto procedimentale;

b) l’Amministrazione soccombente a seguito di sentenza irrevocabile di annullamento di propri provvedimenti ha l’obbligo di ripristinare la situazione controversa, a favore del privato e con effetto retroattivo, per evitare che la durata del processo vada a scapito della parte vittoriosa;

c) questa retroattività dell’esecuzione del giudicato non può essere intesa in senso assoluto, ma va ragionevolmente parametrata alle circostanze del caso concreto ed alla natura dell’interesse legittimo coinvolto (pretensivo, oppositivo, procedimentale);

d) tale obbligo, pertanto, non incide sui tratti liberi dell’azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest’ultimo;

e) nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, un punto di equilibrio è stato tradizionalmente rinvenuto nel principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile; sicché la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima;

f) anche per le situazioni istantanee, però, la retroattività dell'esecuzione del giudicato trova, peraltro, un limite intrinseco e ineliminabile (che è logico e pratico, ancor prima che giuridico), nel sopravvenuto mutamento della realtà - fattuale o giuridica - tale da non consentire l'integrale ripristino dello *status quo ante* (come esplicitato dai risalenti brocardi *factum infectum fierinequit* e *ad impossibilia nemo tenetur*) che semmai, ove ne ricorrano le condizioni, può integrare il presupposto esplicito della previsione del risarcimento del danno, per impossibile esecuzione del giudicato, sancita dall'art. 112, co. 3, c.p.a.

P) *L'applicazione al caso oggetto del giudizio dei principi in materia di rapporti tra giudicato e sopravvenienze*

50. Applicando i principi sopra richiamati al caso di specie, si traggono le seguenti conclusioni.

51. La sentenza n. 4267/2007 e le successive sentenze n. 2153/2010 e 8420/2010 hanno riconosciuto all'Impresa Pizzarotti la titolarità di un interesse strumentale e procedimentale (alla conclusione del procedimento), non di un interesse finale (alla realizzazione dell'opera).

52. La struttura di questo interesse procedimentale si è progressivamente "arricchita" e "rafforzata" nel corso dei vari giudizi che si sono succeduti, a mano a mano che il giudice amministrativo dichiarava la nullità per violazione del giudicato degli atti adottati dall'Amministrazione o dal commissario *ad acta*. In tal modo il giudice ha rilevato, in negativo, la contrarietà al giudicato delle determinazioni succedutesi nel tempo, ma non ha affermato, in positivo, l'obbligo incondizionato di stipulare il contratto. Nonostante questo progressivo "rafforzamento", il massimo livello di tutela riconosciuto dalle sentenze ottemperande si è quindi tradotto nell'imposizione in capo all'Amministrazione dell'obbligo di concludere il procedimento, di concluderlo in maniera "plausibilmente congrua", verificando nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento, la possibilità di realizzare l'opera, compatibilmente con la situazione di fatto e il sistema normativo e amministrativo.

53. Nel corso del procedimento (scandito dai numerosi interventi giurisdizionali sopra richiamati), tuttavia, la trasformazione dell'interesse procedimentale in interesse finale (e, quindi, la conclusione positiva del procedimento) è risultata preclusa dalla sopravvenienza rappresentata dalla sentenza della Corte di Giustizia 10 luglio 2014, C-213/13, la quale ha sancito l'incompatibilità con il diritto dell'Unione Europea – segnatamente con 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 – della procedura di affidamento posta in essere dal Comune di Bari per la realizzazione della nuova sede della "città giudiziaria". L'interesse finale reclamato dall'Impresa Pizzarotti contrasta, così, con la disciplina europea come dichiarata dalla Corte di Giustizia.

54. Occorre a tal proposito ricordare che le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di Giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto (in tal senso è costante la giurisprudenza comunitaria: cfr. cfr. Corte Giust., 3 febbraio 1977, in causa C-52/76, Benedetti c. Munari F.lli sas, in Racc. 1977, 163 e 5 marzo 1986, in causa 69/85, Wünsche Handelgesellschaft Gmbh& Co. c. Repubblica Federale della Germania, in Racc., 1986, 947).

La richiamata efficacia vincolante delle sentenze interpretative pregiudiziali impedisce a questo Giudice di riesaminare la questione (nonostante la stessa sia stata nuovamente prospettata sia dall'Impresa Pizzarotti, sia, in parte, dal Ministero della Giustizia) della compatibilità comunitaria della procedura di affidamento seguita nel caso di specie.

55. La sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Giustizia è, quindi, equiparabile ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato ha determinato non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica.

Nel caso di specie, pertanto, la prevalenza della regola sopravvenuta (rispetto al tratto di rapporto non coperto dal giudicato) si impone già in base ai comuni principi (sopra richiamati) che regolano secondo il diritto nazionale il rapporto tra giudicato e sopravvenienze.

Q) *L'esigenza di prevenire la formazione di un giudicato contrastante con il diritto sovranazionale anche alla luce dei principi espressi dalle Sezioni Unite sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa*

56. Avvalora tale conclusione l'ulteriore considerazione che in tal modo si evita anche che alla sentenza del giudice amministrativo venga data una portata contrastante con il diritto euro-unitario.

A prescindere, infatti, dalla questione se il giudicato sia intangibile anche quando risulta contrario al diritto euro-unitario (questione, come si è visto, non direttamente rilevante nella fattispecie), deve, comunque, evidenziarsi come sia già, invece, presente nel nostro ordinamento il principio che impone al giudice nazionale di adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato anticomunitario o, più in generale, contrastante con norme di rango sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

57. Come, infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno anche recentemente ribadito, l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione Europea, secondo quanto risultante da una pronunzia della Corte di Giustizia successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un "limite esterno" della giurisdizione, rientrando in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per *errores in iudicando* o *in procedendo* che danno luogo al superamento del limite esterno (in questi termini, cfr. Cass. Sez. Un. ordinanza 8 aprile 2016, n. 6891, che richiama in motivazione gli analoghi principi precedentemente espressi da Cass. Sez. Un. 6 febbraio 2015, n. 2403). In questi "casi estremi" – continuano le Sezioni Unite – si impone la cassazione della sentenza amministrativa "*indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, esplichi i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocumento per l'ordinamento europeo*

e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria".

58. I principi appena richiamati rilevano nel presente giudizio nella misura in cui consacrano l'esigenza che tutti gli organi dello Stato, a cominciare da quelli giurisdizionali, si adoperino, nei limiti delle rispettive competenze, al fine di evitare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario.

Tale preminente esigenza di conformità al diritto comunitario certamente rileva anche in sede di ottemperanza, essendo dovere del giudice dell'ottemperanza interpretare la sentenza portata ad esecuzione e delinearne la portata dispositiva e conformativa evitando di desumere da esse regole contrastanti con il diritto comunitario.

La dinamicità e la relativa flessibilità che spesso caratterizza il giudicato amministrativo nel costante dialogo che esso instaura con il successivo esercizio del potere amministrativo permettono al giudice dell'ottemperanza – nell'ambito di quell'attività in cui si sostanzia l'istituto del giudicato a formazione progressiva – non solo di completare il giudicato con nuove statuizioni "integrative", ma anche di specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale.

Il giudizio di ottemperanza può rappresentate in quest'ottica una opportunità ulteriore offerta dal sistema processuale anche per evitare che dal giudicato possano trarsi conseguenze anticomunitarie che darebbero vita a quei "casi estremi" in cui, richiamando gli insegnamenti delle Sezioni Unite, la sentenza diventa "abnorme" e supera i limiti esterni del potere giurisdizionale.

R. *Conclusioni*

59. Alla luce delle considerazioni svolte, pertanto, i ricorsi proposti dall'Impresa Pizzarotti devono essere respinti. Richiamando le considerazioni già ampiamente svolte, le sentenze ottemperande riconoscono solo un obbligo di natura procedimentale, la cui ulteriore attuazione risulta, peraltro, ormai preclusa dall'insormontabile ostacolo rappresentato dalla sentenza della Corte di Giustizia 10 luglio 2014, C-213/13, la quale, intervenendo su un tratto di procedimento non investito dal giudicato, ha diretta applicazione e prevale, secondo un criterio di successione temporale, sulla "regola conformativa" desumibile dalle sentenze amministrative rese dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato nel corso della vicenda in oggetto.

Le considerazioni che precedono hanno natura assorbente e rendono irrilevante la questione, pure sollevata negli scritti difensivi, dell'incidenza sul giudicato della normativa nazionale sopravvenuta, rappresentata, in particolare, dall'articolo 1, comma 526, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 (c.d. legge di stabilità per il 2015), che, a far data dal 1° settembre 2015, ha trasferito dai Comuni allo Stato ogni competenza in tema di edilizia giudiziaria.

60. Per quanto riguarda, infine, le istanze del commissario *ad acta*, forniti i chiarimenti richiesti nel senso esposto in motivazione, sulle ulteriori richieste dirette ad ottenere la liquidazione delle spese e dei compensi gli atti vengono rimessi alla Sezione.

61. La complessità delle questioni esaminate e la valutazione globale della vicenda di fatto sottesa al presente contenzioso giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sui ricorsi come in epigrafe proposti:

dispone l'estromissione dal giudizio della Regione Puglia e dichiara inammissibile il ricorso contro la stessa proposto dalla società Pizzaraotti & c. s.p.a;

respinge i ricorsi per l'ottemperanza (R.G.. n. 3273/2007 e R.G. n. 5746/2010) proposti dalla società Pizzarotti & c. S.p.a.

fornisce al commissario *ad acta* i chiarimenti richiesti nel senso esposto in motivazione;

rimette gli atti alla Sezione per la liquidazione delle spese e dei compensi chiesti dal commissario *ad acta*;

compensa integralmente le spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente del Consiglio di Stato

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Sandro Aureli, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

L'ESTENSORE IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/06/2016

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione