Pubblicato il 06/04/2017

N. 00001/2017REG.PROV.COLL.

N. 00012/2016 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 12 di A.P. del 2016, proposto da:
Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Felice Eugenio Lorusso, Marco Annoni e Roberto Mastroianni, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Aldo Loiodice, Isabella Loiodice e Biancalaura Capruzzi, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Ombrone, n. 12/B;
Ministero della Giustizia, in persona del Ministro in carica, Prefetto di Bari nella qualità di commissario *ad acta*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria per legge, in Roma, via dei Portoghesi, 12;
avvocato Albenzio Giuseppe, nella qualità di commissario *ad acta*, non costituito in giudizio;
Regione Puglia, non costituita in giudizio;

per la revocazione

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA, n. 11/2016, resa tra le parti e concernente: giudizio di ottemperanza;

Visti il ricorso in revocazione e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni resistenti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2017, il consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Annoni, Lorusso, Mastroianni e Isabella Loiodice, nonché l'avvocato dello Stato Gentili;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe, la società Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. ha chiesto la revocazione *ex* artt. 106, comma 1, cod. proc. amm. e 395, n. 5), cod. proc. civ. della sentenza n. 11 del 9 giungo 2016 dell'Adunanza Plenaria.

Con tale sentenza erano stati respinti i ricorsi n. 3273 del 2007 e n. 5746 del 2010 – vòlti a conseguire l'ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 4267/2007 e alle successive sentenze di ottemperanza della stessa Sezione n. 3817/2008, n. 2153/2010 e n. 8420/2010, nonché vertenti sulle richieste di chiarimenti formulate dal commissario *ad acta* ai sensi degli artt. 112, comma 5, e 114, comma 7, cod. proc. amm. nelle relazioni del 10 agosto 2012 e del 23 ottobre 2012 –, sulla base dell'assorbente rilievo che «*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*» (v. così, testualmente, il paragrafo 59 della sentenza n. 11/2016).

1.1. La qui impugnata sentenza dell'Adunanza Plenaria ha definito una complessa vicenda procedimentale e processuale, la quale aveva preso avvio dalla pubblicazione in data 14 agosto 2003, da parte del Comune di Bari, su invito della commissione di manutenzione della Corte di appello di Bari, di un avviso di «*ricerca di mercato*», intendendosi l'amministrazione dotare di una nuova, idonea e adeguata sede unica in cui fossero accorpati gli uffici giudiziari di Bari. L'avviso conteneva l'espressa precisazione che la procedura «*non impegna*[va] *in alcun modo l'Amministrazione Comunale*».

Con deliberazione della giunta comunale n. 1945 del 18 dicembre 2003, il Comune di Bari aveva dato atto della rispondenza della proposta dell'Impresa Pizzarotti (su quattro proposte pervenute) alle richieste del bando e l'aveva individuata come quella preferibile rispetto alle altre. Tale proposta prevedeva che una parte dell'opera sarebbe stata venduta al Comune di Bari per la somma di euro 43 milioni, mentre la parte restante sarebbe stata messa a sua disposizione in locazione verso un canone annuo di euro 3 milioni.

Il 29 dicembre 2003 il sindaco di Bari trasmetteva al Ministero della Giustizia il verbale 22 dicembre 2003 della commissione di manutenzione che prescegliev la proposta dell'Impresa Pizzarotti & C. s.p.a..

Successivamente, con nota del 4 febbraio 2004, il Ministero della Giustizia informava il Comune di Bari che le risorse disponibili per il progetto in questione si erano ridotte a euro 18,5 milioni, comunicando 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*».

Con nota dell'11 febbraio 2004, il Comune di Bari chiedeva all'Impresa Pizzarotti se fosse disponibile a dar seguito al procedimento attivato, al che quest'ultima riformulava l'offerta in funzione delle risorse pubbliche disponibili.

Nel settembre 2004 il finanziamento pubblico veniva interamente soppresso.

L'Impresa 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 proposta iniziale.

1.2. A fronte dell'inerzia dell'amministrazione, l'Impresa Pizzarotti attivava 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*».

Il ricorso proposto dinanzi al T.a.r. per la Puglia, Sede di Bari, veniva respinto con sentenza n. 363 dell'8 febbraio 2007, fondata sul duplice rilievo dell'avvenuta conclusione del procedimento con la deliberazione di giunta comunale n. 1945/2003 e dell'insussistenza di una posizione giuridica tutelabile *ex* art. 21-*bis* della legge n. 1034/1971, non potendo la società istante vantare alcun diritto accertabile ai sensi del citato art. 21-*bis*, «*giacché l'eventuale affidamento dei lavori di realizzazione della sede giudiziaria postula lo svolgimento di un autonomo procedimento ai sensi del Codice degli appalti*».

1.3. Contro tale sentenza l'Impresa Pizzarotti interponeva appello, deducendo che, contrariamente 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 (con nota n. 249/2004/BA del 4 febbraio 2004) a verificare la realizzabilità dell'opera anche a seguito dei mutamenti del quadro economico), aveva dato nuovo impulso al procedimento (con nota n. 31740 dell'11 febbraio 2004).

L'appello è stato accolto dal Consiglio di Stato, Sezione Quinta, con decisione n. 4267 del 1° agosto 2007, contenente l'ordine di conclusione del procedimento, sulla base dei seguenti rilievi:

- la circostanza che l'Impresa Pizzarotti avesse preso parte alla ricerca di mercato, presentando quella che i competenti scrutatori avevano ritenuto essere la migliore proposta, faceva sì che tale impresa restasse interessata agli ulteriori sviluppi del procedimento, quali prefigurati nella citata nota ministeriale*;*

- risultava pertanto evidente che, diversamente da quanto statuito dalla sentenza appellata, il procedimento al quale si riferiva l'appellante non si era esaurito con l'approvazione degli esiti della ricerca di mercato, dovendo essere verificata «*la possibilità di realizzare l'opera nei limiti del mutato quadro economico*», come da nota citata;

- ne conseguiva che l'amministrazione comunale, 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.

1.4. La decisione n. 4267/2007 veniva impugnata dal Comune di Bari sia con ricorso in revocazione dinanzi al Consiglio di Stato, sia con ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte di Cassazione.

1.4.1. Il ricorso in revocazione veniva dichiarato inammissibile dalla Quinta Sezione con decisione n. 3816 del 31 luglio 2008, ritenendo insussistenti sia il dedotto errore di fatto revocatorio sia il dedotto contrasto con il giudicato formatosi sulla sentenza del T.a.r. per la Puglia, Sede di Bari, n. 2163 del 10 aprile 2004, reiettiva del ricorso proposto da una delle imprese concorrenti (precisamente, dalla società Complesso Residenziale 2 s.r.l.) avverso gli atti della procedura di ricerca di mercato.

1.4.2. La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 30059/2008 resa a Sezioni unite in data 23 dicembre 2008, respingeva il ricorso, affermando che l'art. 2 l. n. 241/1990 in astratto attribuiva al privato un interesse legittimo alla conclusione dei procedimenti riferiti a rapporti caratterizzati da discrezionalità amministrativa, mentre atteneva 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 la stessa alcuna autonoma statuizione di merito, ma essendosi essa limitata a richiamare i limiti dell'attività da compiere nel portare a termine il procedimento.

1.5. Con decisione n. 3817 del 31 luglio 2008, coeva alla decisione *sub* 1.4.1., la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, constatato che il Comune di Bari non aveva ottemperato all'ordine giudiziale contenuto nella decisione n. 4267/2007 e ritenuto che la deliberazione di giunta comunale n. 61 del 4 febbraio 2008 – con la quale si era dato atto dell'impossibilità «*di realizzare l'opera di edilizia giudiziaria nell'ambito delle proposte pervenute in relazione al mutato quadro economico come da nota del Ministero n. 249/04*» e «*di dar seguito alla proposta dell'impresa Pizzarotti*» – fosse elusiva della pronunzia, reiterava 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.

1.6. Contro tale decisione l'amministrazione comunale di Bari interponeva ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione, dichiarato in parte inammissibile e in parte infondato con ordinanza n. 18375 del 19 agosto 2009 delle Sezioni Unite.

1.7. Dopo la pubblicazione della decisione di ottemperanza n. 3817/2008, l'Impresa Pizzarotti sollecitava l'intervento del commissario *ad acta* nominato in sede giudiziale, al che quest'ultimo provvedeva come segue:

- con determinazione del 6 novembre 2008, stabiliva che «*in ossequio al dictum del Giudice Amministrativo il Comune di Bari (e per esso il Commissario ad acta) deve valutare se le 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*»;

- con provvedimento del 21 novembre 2008, in dichiarata esecuzione della decisione n. 4267/2007, dava atto «*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 nota del 24 novembre 2008, trasmetteva 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*».

1.8. 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 giunta comunale n. 1207 del 24 novembre 2008, che aveva ritenuto la proposta Pizzarotti non rispondente al mutato quadro economico.

1.9. Alle determinazioni del commissario *ad acta* faceva seguito un ulteriore giudizio in sede di ottemperanza, in quanto entrambe le parti contendenti, l'Impresa Pizzarotti ed il Comune di Bari, avevano proposto distinti ricorsi per incidente di esecuzione, prospettando da punti di vista opposti un non corretto adempimento dell'ordine giudiziale 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 della insussistenza delle condizioni perché potesse procedersi ulteriormente.

Entrambi i ricorsi, tra di loro riunti, venivano definiti dalla Quinta Sezione con la decisione n. 2153 del 15 aprile 2010, con cui è stato accolto il ricorso dell'Impresa Pizzarotti e respinto quello del Comune di Bari.

In particolare, la Sezione, pur giudicando la correttezza dell'operato commissariale, lo riteneva incompleto, considerando necessario che l'attività di esecuzione dell'ordine del giudice fosse portata a quella «*conclusione plausibilmente congrua*» imposta dalla decisione n. 4267/2007.

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

La Sezione dichiarava, quindi, la nullità della deliberazione di giunta comunale n. 1207 del 24 novembre 2008 per elusione del giudicato, ritenendola altresì adottata in carenza assoluta di potere per essere intervenuta successivamente all'adozione dei provvedimenti del commissario *ad acta*, nonché stabilendo che l'attività ulteriore avrebbe doveva 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, la Sezione stabiliva dunque 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*».

Inoltre, la stessa Sezione giudicava la necessità di variante urbanistica come «*autolimitazione per l'ente comunale*» da cui il Comune non avrebbe potuto discostarsi se non per particolari condizioni, nella specie neppure 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*».

1.10. In esito a tale fase del giudizio di ottemperanza, il commissario *ad acta* con provvedimento del 27 maggio 2010 dava 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*».

Il commissario era giunto a tali conclusioni, quanto alla prima proposta avanzata dall'impresa nel 2004 a seguito della prima riduzione degli stanziamenti statali (da euro 43,5 milioni ad euro 18,5 milioni), poiché tra la proposta dell'impresa e l'obiettivo del Comune non vi era congruenza, non avendo l'impresa inteso di proporsi come locatrice, e poiché la perdita di parte del finanziamento era tale da non consentire di raggiungere l'obbiettivo del Comune; quanto alla seconda proposta, intervenuta in seguito alla perdita dell'intero finanziamento statale e consistente nell'offerta in locazione di fabbricati da realizzare da parte privata, poiché l'opera era priva delle caratteristiche di opera soggettivamente ed oggettivamente pubblica o di interesse pubblico, e la collaborazione del privato al perseguimento degli obiettivi comunali era 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 era titolare di un mero interesse di fatto.

Il commissario rilevava poi che la proposta consistente in un atto di impegno a locare, in quanto promessa unilaterale atipica, non era produttiva di effetti e non sarebbe stata praticabile sul piano operativo, ritenendo che: (i) non poteva essere ammesso alla fase contrattuale un soggetto terzo non presente nella fase procedimentale; (ii) i tempi di costruzione e di acquisizione da parte del terzo della proprietà confliggevano con l'interesse dell'amministrazione a 'chiudere' subito il contratto; (iii) il ricorso a tale modello contrattuale costituiva istituto eccezionale e marginale, applicabile solo ove risultassero impraticabili le procedure ordinarie, nella specie configurabili tramite la procedura selettiva *ex* art. 153 d.lgs. n. 163/2006 per la quale si sarebbe già attivato il Comune di Bari; (iv) vi ostava 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.

1.11. Per la dichiarazione di nullità del suddetto provvedimento proponeva 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. Secondo la ricorrente il commissario, contravvenendo a quanto disposto in merito alla necessità di portare a compimento il procedimento già correttamente impostato con il provvedimento 21 novembre 2008, 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.

Con sentenza di ottemperanza n. 8420/2010 del 3 dicembre 2010, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato accoglieva il ricorso dell'impresa Pizzarotti, dichiarando la nullità dell'atto commissariale del 27 maggio 2010 per violazione del giudicato, sulla base dei seguenti rilievi:

- 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 evidenziavano la contraddittorietà e l'elusività del provvedimento impugnato, essendo chiaro che l'esito della ricerca di mercato non poteva che essere uno solo ed era quello già definitivamente accertato con il provvedimento del 21 novembre 2008;

- quanto alle motivazioni addotte dal commissario, l'offerta in locazione degli edifici non realizzabili tramite il finanziamento statale risaliva alla prima offerta ed era stata sempre mantenuta nelle successive proposte, sicché tale modalità di acquisizione degli immobili era stata ritenuta, 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;

- identiche considerazioni valevano per la natura dei beni da realizzare, la cui rispondenza all'interesse pubblico e la cui funzionalità agli obiettivi generali di carattere pubblico erano 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, valeva 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;

- era pertanto «*naturale ed evidenteche 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 era a dirsi per l'atto di impegno a locare, giudicato dal commissario inidoneo perché improduttivo di effetti, non avendo quest'ultimo minimamente tenuto conto della disponibilità dell'impresa (con nota 19 maggio 2010) a puntualizzare e precisare, in una fase di confronto, gli atti convenzionali attraverso il coinvolgimento di tutti i soggetti (compreso il terzo locatore) che avrebbero dovuto prendervi parte, ma essendosi esso limitato a trincerarsi dietro l'improduttività di effetti della promessa unilaterale;

- quanto, infine, alla non conformità urbanistica del progetto, era sufficiente il richiamo a quanto stabilito dal giudice dell'ottemperanza nella decisione n. 2153/2010 in merito alla necessità da parte del commissario di attivare le procedure occorrenti per la predisposizione e adozione della variante urbanistica, previa verifica degli altri presupposti normativi.

1.12. Successivamente, il nuovo commissario *ad acta* designato dal Prefetto di Bari con provvedimento 29 gennaio 2011, in forza di quanto disposto dalla Quinta Sezione con le già citate sentenze n. 2153/2010 e n. 8420/2010, dopo la proroga del termine per l'esecuzione dell'incarico disposta dalla stessa Sezione con sentenza 3 agosto 2011, n. 4710 – che si era pronunciata sulla richiesta di chiarimenti formulata dal commissario ai sensi degli artt. 112, comma 5, e 114, comma 7, cod. proc. amm. –, poneva 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 giudiziaria, adottando la variante con delibera commissariale n. 1/12 del 23 aprile 2012.

Con successiva 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*» è stato espresso il prescritto parere motivato.

L'Impresa Pizzarotti contestava la procedura di variante al piano regolatore adottata dal commissario *ad acta*, assumendone la valenza elusiva del giudicato.

Il commissario *ad acta*, per suo conto, con istanza del 10 agosto 2012 presentava dettagliate e analitiche relazioni in merito alle attività svolte, chiedendo di ratificare l'operato, anche in riferimento alla nomina del RUP e del progettista della variante e 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, e di autorizzare il commissario a svolgere le ulteriori attività ritenute necessarie per l'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato in oggetto, nonché di liquidare le spese e 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.

In seguito, con relazione del 23 ottobre 2012, il commissario *ad acta* rilevava che, nelle more dell'espletamento delle attività relative alla menzionata variante urbanistica, la Commissione europea, su esposto del Sindaco di Bari, aveva 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 euro 4.845.000,00, e che, con nota del 3 ottobre 2012, il Dipartimento per le politiche europee della stessa Commissione aveva comunicato all'ufficio commissariale l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti della Repubblica Italiana, ai sensi dell'art. 258 TFUE, in ordine all'attività negoziale demandata al commissario dalle descritte decisioni del Consiglio di Stato.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, investita del nuovo ricorso per ottemperanza proposto dall'Impresa Pizzarotti e delle menzionate istanze commissariali, con ordinanza n. 1962 del 10 aprile 2013 rimetteva 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».

1.13. Su tali questioni la Corte di giustizia si è pronunciata con la sentenza 10 luglio 2014, C-213/13, statuendo testualmente:

«*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».

1.14. 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 – secondo cui anche le statuizioni contenute nelle sentenze rese in sede di ottemperanza sono idonee al giudicato, integrando il giudicato della sentenza di cognizione –, accolto dalla giurisprudenza amministrativa e dalla stessa Adunanza Plenaria (da ultimo, con la sentenza 15 gennaio 2013, n. 2) ha devoluto la controversia, ai sensi dell'art. 99, commi 1 e 3, cod. proc. amm., all'esame dell'Adunanza Plenaria.

In relazione a tale aspetto, l'ordinanza di rimessione rilevava 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 giudiziari.

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 precisava che sarebbe possibile anche una diversa interpretazione del giudicato progressivamente formatosi, potendo questo essere letto – aderendo ad una diversa ricostruzione del fatto – nel senso di escludere il riconoscimento all'Impresa Pizzarotti del diritto di realizzare l'opera. L'ordinanza di rimessione, a tale proposito, ricordava come nella stessa ordinanza di rinvio pregiudiziale (n. 1962/2013) 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.

La Sezione rimettente, tuttavia, riteneva 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. 4267 e, come tale, avendo natura di giudicato, risulti intangibile».

L'ordinanza di rimessione, per il caso in cui venisse accolta tale ultima soluzione (giudicato intangibile), rimetteva all'Adunanza Plenaria l'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*».

1.15. L'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 11/2016 del 9 giugno 2016, impugnata con il ricorso per revocazione in epigrafe, ritenendo logicamente pregiudiziale delimitare esattamente il contenuto e la portata conformativa delle sentenze di cui si chiedeva l'ottemperanza (ossia, della sentenza sul silenzio-inadempimento n. 4267/2007 e delle successive sentenze di ottemperanza n. 2153/2010 e n. 8420/2010), sulla base di una interpretazione sistematica delle sentenze medesime perveniva alle seguenti conclusioni:

- le sentenze ottemperande avevano 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);

- la struttura di questo interesse procedimentale si era progressivamente 'arricchita' e 'rafforzata' nel corso dei vari giudizi che si erano succeduti, a mano a mano che il giudice amministrativo aveva dichiarato la nullità per violazione del giudicato degli atti adottati dall'amministrazione o dal commissario *ad acta*;

- in tal modo il giudice aveva rilevato, in negativo, la contrarietà al giudicato delle determinazioni succedutesi nel tempo, ma non aveva affermato, in positivo, l'obbligo incondizionato di stipulare il contratto;

- nonostante questo progressivo 'rafforzamento', il massimo livello di tutela riconosciuto dalle sentenze ottemperande si era quindi tradotto nell'imposizione in capo all'amministrazione dell'obbligo di concludere il procedimento 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;

- nel corso del procedimento (scandito dai numerosi interventi giurisdizionali in precedenza richiamati), la trasformazione dell'interesse procedimentale in interesse finale (e, quindi, la conclusione positiva del procedimento) è risultata definitivamente 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 'cittadella giudiziaria';

- l'interesse finale reclamato dall'Impresa Pizzarotti era, così, venuto a contrastare con la disciplina europea come interpretata dalla Corte di giustizia.

L'Adunanza Plenaria rimarcava al riguardo che alle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia doveva attribuirsi la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate, nel senso che la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, 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 (citando all'uopo la consolidata giurisprudenza comunitaria: Corte Giust., 3 febbraio 1977, in causa C-52/76; id., 5 marzo 1986, in causa C-69/85), con la conseguenza che la richiamata efficacia vincolante delle sentenze interpretative pregiudiziali impediva di riesaminare la questione (nonostante la stessa fosse 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.

Infatti, secondo l'Adunanza Plenaria, la sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia era equiparabile ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto da giudicato, aveva determinato non un conflitto, ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica, sicché la prevalenza della regola sopravvenuta (rispetto al tratto di rapporto non coperto dal giudicato) si imponeva già in base ai comuni principi che regolano secondo il diritto nazionale il rapporto tra giudicato e sopravvenienze.

Ad ulteriore suffragio di tale conclusione, l'Adunanza Plenaria rilevava che in tal modo si evitava anche che alla sentenza del giudice amministrativo venisse data una portata contrastante con il diritto euro-unitario: infatti, a prescindere dalla questione se il giudicato sia intangibile anche quando risulti contrario al diritto euro-unitario (questione, ritenuta non direttamente rilevante nella fattispecie), doveva, comunque, evidenziarsi come fosse già 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. Ciò tanto più in quanto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avevano anche recentemente ribadito che l'interpretazione, da parte del giudice amministrativo, di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione Europea 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 ed in cui pertanto 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*» (citando Cass. Sez. Un., ordinanza 8 aprile 2016, n. 6891).

Aggiungeva, infine, l'Adunanza Plenaria che:

- 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 rappresentare, 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.

2. Con il ricorso in epigrafe, l'Impresa Pizzarotti chiede la revocazione della sentenza n. 11/20116 dell'Adunanza Plenaria.

2.1. In funzione della pronuncia rescindente, la ricorrente deduce quale motivo revocatorio *ex* art. 395, n. 5), cod. proc. civ. il contrasto di tale sentenza con le seguenti pronunce giurisdizionali passate in giudicato:

(i) la sentenza del T.a.r. per la Puglia, Sede di Bari, n. 2163 del 18 maggio 2004 (con la quale era stato respinto il ricorso presentato da una delle quattro imprese partecipanti alla ricerca di mercato, la cui proposta era stata giudicata inadeguata), in quanto tale sentenza avrebbe escluso la configurabilità, nel caso di specie, di un appalto pubblico di lavori, invece posta a base della statuizione della sentenza revocanda n. 11/2016 con cui era stata affermata la preclusione all'attuazione dell'obbligo di natura procedimentale derivante dalla sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia (laddove quest'ultima aveva statuito che un contratto avente per oggetto principale la realizzazione di un'opera che risponda alle esigenze formulate dall'amministrazione aggiudicatrice costituisce un appalto pubblico di lavori assoggettato alla disciplina della direttiva 92/50/CEE sugli appalti pubblici di servizi anche quando comporti un impegno a locare l'opera), sicché la sentenza n. 11/2016 si porrebbe in contrasto con il giudicato formatosi sulla menzionata sentenza del T.a.r. che, invece, avrebbe escluso che si verteva in una fattispecie di appalto pubblico di lavori;

(ii) la decisione di ottemperanza n. 3817 del 31 luglio 2008 (di cui sopra *sub* 1.5.), con la quale la Quinta Sezione del Consiglio di Stato aveva constatato che il Comune di Bari non aveva ottemperato all'ordine giudiziale contenuto nella decisione n. 4267/2007 e ritenuto che la deliberazione di giunta comunale n. 61 del 4 febbraio 2008 fosse elusiva del giudicato di cui alla decisione n. 4267/2007, con ciò escludendo (implicitamente, ma necessariamente) la necessità di un'ulteriore verifica dell'organo giudicante circa l'osservanza della menzionata disciplina nel procedimento in questione [disciplina che, secondo l'assunto dell'odierna ricorrente, era peraltro inapplicabile alla fattispecie in esame per il mancato recepimento, nella disciplina nazionale all'epoca vigente, dell'art. 1, lettera a), della direttiva 93/37/CE];

(iii) l'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 18375 del 19 agosto 2009 (di cui sopra *sub* 1.6.), in quanto l'ordinanza regolatrice della giurisdizione avrebbe implicato la verifica positiva della conformità dell'*iter* procedimentale sino ad allora svolto alla disciplina comunitaria e nazionale rilevante *ratione temporis* (anno 2003), sicché tale verifica doveva ritenersi compiuta, con pronunce passate in giudicato, in epoca anteriore all'emanazione della sentenza di ottemperanza n. 2153/2010, mentre nel paragrafo 48 della sentenza revocanda si era affermato, in contrasto con le statuizioni (implicite) della decisione n. 3817/2008 del Consiglio di Stato e dell'ordinanza n.

18375/2009 delle Sezioni Unite, che tale verifica dovesse essere effettuata solo nella fase successiva al giudicato, cioè anche alla sentenza di ottemperanza n. 2153/2010;

(iv) la sentenza di ottemperanza 3 agosto 2011, n. 4710, della Quinta Sezione richiamata sopra *sub* 1.12. (che si era pronunciata sulla richiesta di chiarimenti formulata dal commissario ai sensi degli artt. 112, comma 5, e 114, comma 7, cod. proc. amm., fornendo chiarimenti normativi riferiti esclusivamente alla procedura di variante urbanistica), in quanto la stessa confermerebbe nei fatti che l'unica normativa di cui si chiedeva la verifica era la normativa comunale e, in particolare, la normativa urbanistica, e non già quella comunitaria e nazionale relativa al settore delle pubbliche gare già vagliata nelle sopra richiamate pronunce passate in giudicato nel senso dell'inapplicabilità alla fattispecie in esame, non qualificabile *sub specie* di appalto pubblico di lavori;

(v) la decisione di ottemperanza della Quinta Sezione n. 2153 del 15 aprile 2010, richiamata sopra *sub* 1.9., con la quale la sentenza n. 11/2016 dell'Adunanza Plenaria contrasterebbe nella parte in cui quest'ultima aveva ritenuto (al paragrafo 47) che la pronuncia di ottemperanza, con l'espressione «*verificando, quanto agli ulteriori presupposti in fatto e in diritto, la coerenza di tali atti con il sistema normativo e il quadro amministrativo comunale*», avesse inteso riferirsi alla verifica di coerenza con la disciplina primaria, nazionale e comunitaria, del settore delle pubbliche gare;

(vi) la sentenza di ottemperanza della Quinta Sezione n. 8240/2010 del 3 dicembre 2010 (di cui sopra *sub* 1.11.), in quanto, secondo l'assunto dell'odierna ricorrente:

- tale sentenza avrebbe, ancora una volta, confermato che era già stata positivamente vagliata dal giudice dell'ottemperanza, con efficacia di giudicato, la coerenza con la normativa nazionale e comunitaria in tema di pubbliche gare;

- al paragrafo 31 di tale sentenza la fattispecie *sub iudice* sarebbe stata espressamente qualificata come locazione di cosa futura e non come appalto pubblico di lavori e, sulla base di tale presupposto, sarebbe stato ordinato al commissario *ad acta* la prosecuzione fino alla stipula del contratto con l'Impresa Pizzarotti, in tal modo confermando la coerenza del procedimento con il sistema normativo nazionale applicabile *ratione temporis* (art. 19, comma 1, l. n. 109/1994), il quale non avrebbe ancora recepito la disciplina della direttiva 93/37/CE con riguardo alla terza tipologia di contratto di appalto contemplata dall'art. 1, comma 1, ultima parte, della citata direttiva che, dunque, non sarebbe stata applicabile al caso di specie in virtù del divieto degli 'effetti verticali inversi' (di una direttiva comunitaria non recepita nell'ordinamento interno) a danno di privati;

- la sentenza n. 8420/2010 (così come le decisioni n. 4267/2007 e n. 2153/2010), lungi dal riconoscere solo un obbligo di natura procedimentale (come, invece, sostenuto ai paragrafi 51 e 59 della sentenza n. 11/2016 dell'Adunanza Plenaria), avrebbe invece dichiarato che l'Impresa Pizzarotti era titolare di un interesse sostanziale al conseguimento del «*bene della vita consistente nella realizzazione e nella successiva vendita degli immobili*» e che l'istruttoria procedimentale da svolgere ulteriormente sarebbe dovuta culminare nella «*conclusione di un contratto*» nell'ipotesi di «*accertata presenza di tutti i presupposti in fatto e in diritto*», già accertati con efficacia di giudicato sotto il profilo della rispondenza alla disciplina comunitaria e nazionale nel settore degli appalti pubblici dei lavori;

(vii) la decisione della Quinta Sezione n. 4267/2007 del 1° agosto 2007 (di cui sopra *sub* 1.3.), con la quale l'organo giudicante, «*nel prescrivere l'obbligo in capo all'Amministrazione comunale di dare conclusione al procedimento, ha implicitamente confermato di aver preliminarmente operato*

la verifica della coerenza degli "atti" già assunti dall'Amministrazione, con il quadro normativo in tema di pubbliche gare» (v. così, testualmente, al punto 1.8. del ricorso in revocazione).

La ricorrente chiedeva pertanto, in via rescindente, la revocazione dell'impugnata sentenza n. 11/2016 dell'Adunanza Plenaria, per contrasto con i menzionati giudicati intervenuti *inter partes*.

2.2. Con riferimento alla fase rescissoria, la ricorrente rassegnava le seguenti, testuali conclusioni:

«*a) che si prenda atto che, nella specie, il giudicato ormai consolidatosi* […] *impone il perfezionamento e la chiusura del procedimento già avviato, mediante la sottoscrizione del contratto, nei termini che il Commissario riterrà di proporre, o il Consiglio di Stato vorrà indicare, previa definizione delle procedure preliminari per il completamento della variante urbanistica e delle attività necessarie alla definizione tecnico-amministrativa;*

b) che si prenda atto che, a seguito della legge n° 190 del 23 dicembre 2014, art. 1, comma 526, che ha trasferito, a decorrere dal 01/09/2015 (data antecedente l'udienza della Plenaria del 23/03/2016), le competenze in materia di edilizia giudiziaria, dai Comuni al Ministero della Giustizia, il Comune di Bari è ormai sfornito di competenza in materia e che, pertanto, venga dichiarata la carenza di interesse processuale e sostanziale del medesimo Comune di Bari a contraddire, in ordine alla posizione e all'istanza dell'impresa Pizzarotti, e si riconosca il Ministero della Giustizia quale unico titolare attuale della funzione e del potere di amministrazione attiva in materia;

c) che sia confermata la percorribilità delle soprarichiamate soluzioni contrattuali alternative proposte dal Ministero della Giustizia e dal Commissario ad acta (o di alcuna di esse), in quanto coerenti tanto con il giudicato consolidatosi che con il diritto dell'Unione».

3. Si costituiva in giudizio il Comune di Bari, contestando l'ammissibilità e la fondatezza dell'avversario ricorso per revocazione, vòlto in ultima analisi a censurare l'interpretazione fornita dalla sentenza n. 11/2016 dell'Adunanza Plenaria sulla portata conformativa della sentenza cognitoria n. 4267/2007 e delle successive pronunce intervenute in sede di ottemperanza, e dunque a denunziare *errores in iudicando vel procedendo* non deducibili con lo strumento del ricorso per revocazione, a prescindere dalla correttezza dell'interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria con la sentenza qui impugnata in ordine alla portata degli atti procedimentali e processuali susseguitisi nella vicenda all'esame.

4. Con comparsa di stile si costituivano, altresì, in giudizio il Ministero della Giustizia e il Prefetto di Bari in qualità di commissario *ad acta*, resistendo.

5. Dopo il deposito e lo scambio di memorie difensive, la causa all'udienza pubblica del 22 febbraio 2017 è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Occorre premettere, al fine di delineare i limiti oggettivi del presente giudizio, che la società ricorrente ha fatto valere come motivo di revocazione quello previsto dall'art. 395, n. 5), cod. proc. civ., per asserito contrasto dell'impugnata sentenza n. 11/2016 dell'Adunanza Plenaria con le pronunce giudiziali riportate sopra *sub* 2.1., passate in giudicato formale.

Il ricorso in revocazione è inammissibile, attesa l'inconfigurabilità, quanto meno nel caso di specie, del dedotto motivo di revocazione di cui al combinato disposto degli artt. 106, comma 1, cod. proc.

amm. e 395, n. 5), cod. proc. civ., alla cui stregua, per quanto qui interessa, le sentenze del Consiglio di Stato «*possono essere impugnate per revocazione:* […] *5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione*».

6.1. Va preliminarmente rilevato, in linea di diritto, che ai fini dell'integrazione del motivo revocatorio di cui all'art. 395, n. 5), cod. proc. civ. devono concorrere, in via cumulativa, i seguenti presupposti:

(i) il contrasto della sentenza revocanda con un'altra precedente avente tra le parti autorità di cosa giudicata sostanziale;

(ii) la mancata pronuncia sulla relativa eccezione da parte del giudice della sentenza revocanda.

6.1.1. Il presupposto *sub* 6.1.(i) postula che tra i due giudizi vi sia identità di soggetti e di oggetto, tale che tra le due vicende sussista una ontologica e strutturale concordanza degli estremi su cui si sia espresso il secondo giudizio, rispetto agli elementi distintivi della decisione emessa per prima. A tal fine, dovrà aversi riguardo ai limiti oggettivi del giudicato quali risultano determinati dal *decisum*, ossia alla questione principale decisa nel giudizio che sorregge causalmente gli effetti scaturenti dal dispositivo della sentenza – con la precisazione che l'individuazione del dispositivo sostanziale deve essere il frutto della lettura congiunta della parte-motiva e della parte-dispositiva della sentenza –, i quali, a seconda della natura della giurisdizione esercitata (di legittimità, esclusiva, di merito), potranno essere effetti di accertamento, di condanna o costitutivi/determinativi (questi ultimi, a loro, volta, potranno essere annullatori-demolitori, ripristinatori e/o conformativi). Infatti, come ripetutamente statuito dal Consiglio di Stato (v., per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2008, n. 3816, e l'ivi richiamata giurisprudenza amministrativa e civile), ai fini dell'applicazione dell'art. 395, n. 5), cod. proc. civ., perché una sentenza possa considerarsi contraria ad un precedente giudicato, occorre che le decisioni a confronto risultino fra loro incompatibili in quanto dirette a tutelare beni ed interessi di identico contenuto, nei confronti delle stesse parti, con riferimento ad identici elementi di identificazione della domanda (*petitum* e *causa petendi*) confluiti nel *decisum*.

Inoltre, il contrasto, quale incompatibilità tra due pronunce decisorie che accertino e/o conformino in modo tra di loro antitetico (in tutto o in parte) una stessa situazione giuridica soggettiva, non può che manifestarsi in relazione a sentenze aventi un contenuto decisorio di merito, suscettibili di acquistare autorità di cosa giudicata sostanziale (art. 2909 cod. civ.), per cui non è configurabile in relazione a sentenze (o ad altri provvedimenti giudiziali a queste assimilabili) a mero contenuto processuale.

6.1.2. Il presupposto *sub* 6.1.(ii) richiede che il precedente giudicato formatosi sulle sentenze, con le quali la sentenza revocanda si assume essere in contrasto, sia rimasto del tutto estraneo al *thema decidendum* su cui si sia pronunciata la sentenza revocanda.

Se sull'esistenza e sulla portata del giudicato preesistente ci sia stato dibattito processuale e il giudice abbia ritenuto che la causa non sia pregiudicata dalla precedente decisione, si potrà essere verificato un eventuale errore di giudizio, il quale resta tuttavia sottratto al rimedio della revocazione, a pena di introdurre un ulteriore 'ordinario' mezzo di impugnazione a critica illimitata.

Essendo, inoltre, la sussistenza della cosa giudicata esterna rilevabile d'ufficio dal giudice (v., *ex plurimis*, Con. Stato, Sez. III, 11 febbraio 2015, n. 725; Cass. Civ., 27 luglio 2016, n. 15627; id., 6 giugno 2011, n. 12159), il rimedio della revocazione per contrasto con un precedente giudicato è

sperimentabile non per il semplice fatto che non sia stata sollevata in proposito un'eccezione, ma perché la circostanza del mancato rilievo dell'eccezione sia accompagnata da una situazione processuale che non abbia consentito al giudice di rilevarne d'ufficio l'esistenza, ossia dalla mancata allegazione (e produzione) in giudizio della sentenza passata in giudicato prima della pubblicazione della sentenza revocanda, con la quale quest'ultima si assume essere in contrasto. Ne deriva che il mancato rilievo dell'eccezione giustifica la proposizione della revocazione soltanto se la sentenza, assistita dall'autorità della cosa giudicata, sia stata pronunciata in altro separato giudizio, mentre, se la cosa giudicata promana da una sentenza pronunciata nello stesso giudizio, è garantita la rilevabilità anche d'ufficio (facendo i provvedimenti del giudice parte del fascicolo d'ufficio, ai sensi dell'art. 5, comma 3, allegato 2, cod. proc. amm.), sicché anche in tali casi l'eventuale violazione della cosa giudicata (al pari dell'ipotesi in cui l'interessato abbia eccepito il giudicato esterno, ma l'eccezione sia stata erroneamente respinta) si risolve in un *error in iudicando* (o, a seconda dei punti di vista, in un *error in procedendo*) sottratto al rimedio della revocazione.

6.2. Nel caso di specie, la sentenza revocanda e le sentenze della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 3817 del 31 luglio 2008 [di cui sopra *sub* 2.1.(ii)], n. 4710 del 3 agosto 2011 [di cui sopra *sub* 2.1.(iv)], n. 2153 del 15 aprile 2010 [di cui sopra *sub* 2.1.(v)] e n. 8240 del 3 dicembre 2010 [di cui sopra *sub* 2.1.(vi)], con le quali, secondo la prospettazione dell'odierna ricorrente, la prima si porrebbe in contrasto, sono state pronunciate in sede di giudizio di ottemperanza alla sentenza cognitoria n. 4267 del 1° agosto 2007 della Quinta Sezione [di cui sopra *sub* 2.1.(vii)], con la quale la sentenza revocanda pure confliggerebbe.

6.2.1. La sentenza cognitoria n. 4267/2007 è stata resa in sede di ricorso avverso il silenzio-inadempimento, ricorso proposto dall'Impresa Pizzarotti ai sensi dell'allora vigente art. 21-*bis* l. n. 1034/1971.

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 n. 249/2004/BA del 4 febbraio 2004. Il Consiglio di Stato, in accoglimento del ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, 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*».

Sulla base di tali premesse, l'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 11/2016 ha, peraltro condivisibilmente, ritenuto che la portata conformativa della statuizione fosse 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, avendo questo solo l'obbligo di verificare, nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, la realizzazione dell'opera come oggetto di una «*possibilità*», nei limiti consentiti dal mutato quadro economico. L'Adunanza Plenaria escludeva pertanto che con tale sentenza all'Impresa Pizzarotti fosse stato riconosciuto il diritto di realizzare l'opera.

In tale contesto, nella sentenza n. 11/2016 è stata puntualmente evidenziata la particolare natura del giudizio contro il silenzio-inadempimento all'esito del quale quella sentenza è stata resa, connotata dalla circostanza che, in tale giudizio, 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; ciò, in applicazione della regola ora chiaramente enunciata dall'art. 31, comma 2, cod. proc. amm., operante anche nella vigenza dell'art. 21-*bis* l. n. 1034/1971 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie *sub iudice*), essendo tale limite al potere di cognizione del giudice 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.

L'Adunanza Plenaria, nella sentenza revocanda n. 11/2016, è dunque pervenuta alla conclusione che la natura ampiamente discrezionale del procedimento avviato dal Comune di Bari (una ricerca di mercato diretta a verificare la realizzabilità 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, escludessero la possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione e di predeterminare l'esito del procedimento attraverso il riconoscimento all'impresa del diritto di realizzare l'opera, a pena di un inammissibile sconfinamento nel merito amministrativo da parte del giudice e, di conseguenza, di un possibile eccesso di potere giurisdizionale.

Indi, l'Adunanza Plenaria, all'esito dell'esame delle pronunce di ottemperanza via via susseguitesi, pur rilevando come la struttura dell'interesse procedimentale riconosciuto all'Impresa Pizzarotti con la sentenza cognitoria n. 4267/2007, si fosse progressivamente «*arricchita*» e «*rafforzata*» a mano a mano che il giudice amministrativo, con le sentenze di ottemperanza, aveva dichiarato la nullità per violazione del giudicato degli atti adottati dall'amministrazione o dal commissario *ad acta*, con la qui impugnata sentenza n. 11/2016 – la quale ha deciso in via definitiva sull'azione di ottemperanza (ossia, sui ricorsi riuniti n. 3273/2007 e n. 5746/2010, nei quali s'innestano le varie pronunce di ottemperanza della Quinta Sezione con cui contrasterebbe la sentenza della Plenaria n. 11/2016) – è pervenuta alla conclusione che «*il massimo livello di tutela riconosciuto*» dalle predette sentenze si sia 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*» (v. così, testualmente, il paragrafo 52 della sentenza revocanda), ritenendo, di conseguenza, che fosse rimasto un tratto libero dell'azione amministrativa riservata alla discrezionalità dell'amministrazione.

All'esito di tale interpretazione/ricostruzione della portata conformativa della sentenza cognitoria ottemperanda e delle successive sentenze di ottemperanza, che ha condotto all'accertamento della persistente sussistenza di un tratto libero dell'azione discrezionale amministrativa, non 'coperto' dall'intangibilità del giudicato ed 'esposto' alle sopravvenienze normative, la sentenza revocanda n. 11/2016 ha accertato che la trasformazione dell'interesse procedimentale in interesse finale (e, quindi, la conclusione positiva del procedimento) è risultata definitivamente preclusa dalla sopravvenienza rappresentata dalla sentenza della Corte di Giustizia 10 luglio 2014, C-213/13 (di cui sopra *sub* 1.13.), 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, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori – della procedura in questione, in forza della contrarietà dell'interesse finale reclamato dall'Impresa Pizzarotti con la disciplina europea quale dichiarata dalla Corte di Giustizia.

6.2.2. Nella sentenza revocanda n. 11/2016, al paragrafo 36, ultimo capoverso, l'oggetto del giudizio viene espressamente individuato come segue: «*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, resa in sede di*

cognizione, e le successive sentenze n. 2153 del 2010 e n. 8420 del 2010, rese in sede di ottemperanza».

Ed infatti, il *proprium* del giudizio di ottemperanza si risolve nell'interpretazione della sentenza ottemperanda, scomponendosi, invero, la decisione da assumere in tale sede in una triplice operazione logica:

- di interpretazione del giudicato al fine di individuare il comportamento doveroso per la pubblica amministrazione in sede di esecuzione;

- di accertamento del comportamento in effetti tenuto dalla medesima amministrazione;

- di valutazione della conformità del comportamento tenuto dall'amministrazione rispetto a quello imposto dal giudicato.

Giova aggiungere – anche se le relative questioni assumerebbero rilevanza solo nell'ambito di un'eventuale fase rescissoria – che il problema centrale della concreta individuazione dell'ambito oggettivo del giudicato amministrativo che il giudice dell'ottemperanza, nella fase esecutiva, è chiamato a risolvere si muove tra il soddisfacimento dell'interesse sostanziale della parte e la salvaguardia della discrezionalità dell'amministrazione, quando la discrezionalità residui all'esito del giudizio. Tale problematica assume una accentuata rilevanza quando, come nel caso di specie, si verta in materia di giudicato cognitorio sul silenzio, particolarmente esposto alle sopravvenienze, e si tratti di valutare l'incidenza della normativa europea (cui è equiparata la sentenza della Corte di giustizia sulle questioni pregiudiziali) sull'attuazione del giudicato, tenuto conto che l'eventuale omessa considerazione di tale incidenza potrebbe dar luogo, 'nei casi estremi', al vizio di eccesso di potere giurisdizionale (v. sul punto, *ex plurimis*, Cass. Sez. Un. Civ., 8 aprile 2016, n. 6891; Cass. Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242). Senza voler considerare che, allo stato, risulta tutt'ora pendente la procedura di infrazione *ex* art. 258 TFUE promossa proprio in relazione al tenore di alcune delle sentenze di ottemperanza di cui qui si discute.

6.3. Orbene, applicando le considerazioni in diritto svolte sopra *sub* 6.1. alla fattispecie all'esame, deve escludersi la sussistenza dei presupposti richiesti per la proposizione della revocazione *ex* art. 395, n. 5), cod. proc. civ., la quale deve pertanto essere dichiarata inammissibile. Tale sussistenza va esclusa sia nei confronti della originaria sentenza di cognizione, sia relativamente alle successive sentenze rese in sede di ottemperanza alla prima: difetta infatti in radice il presupposto del contrasto tra giudicati che non può che riguardare giudicati tra loro "esterni" e non certo sentenze rese all'interno di un processo, funzionalmente unitario, vòlto a dare ottemperanza a una originaria sentenza di cognizione. Valgano le considerazioni che seguono.

6.3.1. In primo luogo, quanto al dedotto contrasto della sentenza revocanda con il giudicato formatosi sulla sentenza cognitoria ottemperanda n. 4267/2007, deve ritenersi insussistente il presupposto *sub* 6.1.(i), che ai fini revocatori richiede che tra i due giudizi vi sia identità, oltre che di soggetti, anche di oggetto.

Secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato deve escludersi l'identità per oggetto tra pronuncia ottemperanda che decide la controversia all'esito del giudizio di cognizione e quella emessa in sede di ottemperanza per stabilire l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato; infatti, qualora le sentenze poste a raffronto costituiscano l'esito, rispettivamente, del giudizio di cognizione e di quello di esecuzione, ciò che viene dedotto come contrasto fra giudicati è l'interpretazione che il giudice dell'ottemperanza ha dato dell'ambito della statuizione della sentenza da eseguire, onde la richiesta di revocazione si risolve, in realtà, nel chiedere il riesame

delle conclusioni, cui detto giudice è pervenuto, non nell'assenza di consapevolezza dell'esistenza di un giudicato facente stato fra le stesse parti, ma proprio nell'espresso apprezzamento dell'ambito di quest'ultimo e degli adempimenti amministrativi necessari per la sua corretta esecuzione (v., in tal senso, Cons. Stato, Sez. IV, 11 giugno 2015, n. 2855; Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2015, n. 1997; Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6330; Cons. Stato, Sez. VI, 19 luglio 1999, n. 974).

6.3.2. In secondo luogo, le sentenze di ottemperanza n. 3817 del 31 luglio 2008 [di cui sopra *sub* 2.1.(ii)], n. 4710 del 3 agosto 2011 [di cui sopra *sub* 2.1.(iv)], n. 2153 del 15 aprile 2010 [di cui sopra *sub* 2.1.(v)] e n. 8240 del 3 dicembre 2010 [di cui sopra *sub* 2.1.(vi)], con le quali confliggerebbe la sentenza revocanda recante la pronuncia definitiva sull'azione di ottemperanza, sono state emanate nell'ambito di un giudizio di ottemperanza sostanzialmente unitario e nell'esercizio della (sostanzialmente) medesima azione esecutiva volta all'attuazione della sentenza cognitoria n. 4267/2007.

Invero, la sentenza revocanda n. 11/2016 dell'Adunanza Plenaria si è pronunciata definitivamente sui ricorsi riuniti n. 3273/2007 e n. 5746/2010, nei quali s'innestano le varie pronunce di ottemperanza della Quinta Sezione (ciò anche sotto un formale profilo processuale, poiché le sentenze n. 4267/2007, n. 3817/2008 e n. 2153/2010 risultano inserite nel fascicolo d'ufficio, anche digitale, del ricorso iscritto *sub* r.g. n. 3273/2007, mentre le sentenze n. 8420/2010 e n. 4710/2011 risultano inserite in quello iscritto *sub* r.g. n. 5746/2010).

Ne deriva che, per le ragioni esposte sopra *sub* 6.1.2., nella fattispecie all'esame non sono configurabili giudicati esterni formatisi su sentenze pronunciate in separati giudizi che potessero dar luogo a un contrasto tra giudicati ai sensi della disposizione processuale invocata dall'odierna ricorrente.

6.3.3. In terzo luogo – anche nel solco della tesi tradizionale che configura il giudizio di ottemperanza come giudizio misto di cognizione ed esecuzione che dà luogo a un giudicato a formazione progressiva, anziché come giudizio di sola esecuzione, sia pure speciale, con poteri di merito del giudice di ottemperanza limitati alla sostituzione dell'amministrazione entro i limiti del giudicato formatosi sulla sentenza ottemperanda, con possibilità di proporre in esso esclusivamente azioni esecutive e con preclusione all'ingresso di aspetti cognitori non esaminati nel giudizio ordinario di cognizione definito con la sentenza ottemperanda (il che escluderebbe *ab imis* che le sentenze emesse nel giudizio di ottemperanza siano idonee ad assurgere ad autorità di cosa giudicata sostanziale) –, sotto un profilo strettamente logico, pena la violazione del principio di identità, mai sarebbe configurabile un contrasto di giudicati ai sensi dell'art. 395, n. 5), cod. proc. civ. nell'ambito di un medesimo giudizio di ottemperanza teso ad attuare una medesima sentenza cognitoria, non trattandosi di giudicati tra di loro autonomi, ma di un medesimo giudicato unitario originato dalle sentenze di ottemperanza che, in tesi, viene ad essere completato progressivamente.

Pertanto, anche sotto tale profilo è da escludere la configurabilità del vizio revocatorio per asserito contrasto di giudicato tra la sentenza di ottemperanza n. 11/2016 e le precedenti sentenze emesse in attuazione della medesima sentenza cognitoria (compresi gli incidenti di esecuzione che hanno investito gli atti commissariali).

6.3.4. In quarto luogo, nella sentenza revocanda risulta *ex professo* affrontata la questione relativa all'individuazione della portata conformativa sia della sentenza di cognizione n. 4267/2007 (v. paragrafi 41 e 42 della sentenza), sia delle sentenze di ottemperanza n. 2153/2010 (v. paragrafo 43 della sentenza) e n. 8429/2010 (v. paragrafo 44 della sentenza).

Quanto, poi, alla decisione di ottemperanza n. 3817/2008, il relativo contenuto viene esposto al paragrafo 7 della sentenza revocanda, mentre la sentenza di ottemperanza n. 4710/2011 è menzionata al paragrafo 16 della sentenza dell'Adunanza Plenaria. Dall'intero contesto motivazionale della sentenza revocanda si evince come tali ultime due sentenze siano state sostanzialmente prese in considerazione nella ricostruzione della portata conformativa del 'giudicato di ottemperanza' nel suo complesso (v. i primi due capoversi del paragrafo 42 della sentenza, dove si accenna, con formula onnicomprensiva, all'«*articolato contenzioso, caratterizzato dalla stratificazione di sentenze del giudice amministrativo, atti dell'Amministrazione e attività esecutiva dei commissari ad acta che si sono avvicendati*»), sicché anche tali sentenze hanno trovato ingresso nel *thema decidendum* affrontato dalla sentenza revocanda.

Ne consegue l'inconfigurabilità, con riguardo alle sentenze di ottemperanza menzionate nel ricorso per revocazione, del presupposto revocatorio *sub* 6.1.(ii) anche sotto tale ulteriore e autonomo profilo.

6.3.5. Quanto, invece, al dedotto contrasto della sentenza revocanda con l'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n 18375/2009 del 19 agosto 2009 [di cui sopra *sub* 2.1.(iii) e 1.6.] – con la quale era stata era stato dichiarato in parte inammissibile e in parte infondato il ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione proposto dal Comune di Bari avverso la sentenza di ottemperanza n. 3817 del 31 luglio 2008 –, la natura prettamente processuale della statuizione della Corte di Cassazione sulla giurisdizione (v. art. 386 cod. proc. civ.) e la sua inidoneità ad assurgere ad autorità di cosa giudicata sostanziale esclude che possa sorgere un contrasto tra giudicati ai sensi dell'art. 395, n. 5), cod. proc. civ..

6.3.6. Per quanto, infine, concerne il dedotto contrasto della sentenza revocanda con il giudicato formatosi sulla sentenza del T.a.r. per la Puglia, Sede di Bari, n. 2163 del 18 maggio 2004 [di cui sopra *sub* 2.1.(i) e 1.6.] – con la quale era stato respinto il ricorso presentato da una delle quattro imprese partecipanti alla ricerca di mercato (precisamente, dalla società Complesso Residenziale 2 s.r.l.), la cui proposta era stata giudicata inadeguata – si osserva che, sebbene tale giudicato esulasse dal *thema decidendum* affrontato dalla sentenza revocanda e si fosse formato in un separato giudizio, le seguenti considerazioni ostano a che si possa scorgere un contrasto della sentenza revocanda con tale giudicato, per gli invocati effetti revocatori:

- la sentenza del T.a.r. è stata resa tra parti non interamente coincidenti con le parti del giudizio di ottemperanza definito con la sentenza revocanda;

- sotto il profilo della posizione processuale delle parti, in quel giudizio l'Impresa Pizzarotti, quale parte controinteressata, assumeva una posizione collimante con quella del Comune di Bari, mentre nel giudizio definito con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 11/2016 le rispettive posizioni processuali sono antagoniste;

- l'affermazione contenuta nella sentenza del T.a.r. – del seguente tenore: «*Va ribadito che con la "ricerca di mercato" l'amministrazione comunale non ha inteso porre in essere alcuna procedura preordinata alla esecuzione di un'opera pubblica ex artt. 1 e 2, l. 109/94*» –, invocata a sostegno della tesi dell'intervenuto giudicato sull'inapplicabilità della disciplina, comunitaria e nazionale, in materia di appalti pubblici, risulta estrapolata dal contesto motivazionale della sentenza, nel cui ambito tale affermazione era, invece, funzionale ad escludere l'obbligo dell'amministrazione comunale di provvedere sulla proposta formulata dall'impresa ricorrente Complesso Residenziale 2 s.r.l. ai sensi dell'art.37-*bis*, comma 1, l. n. 109/1994;

- ad una lettura sistematica della sentenza del T.a.r., la sua *ratio decidendi* si rinviene, per converso, nella ripetuta affermazione del concetto che il bando era finalizzato esclusivamente a sollecitare la presentazione delle possibili soluzioni per individuare quella più adeguata, «*e non già a pervenire alla individuazione di un contraente" in senso proprio*», e che la «*scelta della proposta progettuale non comporta tuttavia alcun obbligo da parte dell'amministrazione nei confronti della progettazione scelta, trattandosi di procedura finalizzata esclusivamente alla conoscenza delle proposte degli operatori privati, laddove la conoscenza implica naturalmente un momento valutativo che nel caso è espletato dalla commissione di valutazione costituita presso il Comune (fase procedimentale impugnata con ricorso per motivi aggiunti) e dalla Commissione di Manutenzione della Corte di Appello di Bari, trattandosi di edilizia giudiziaria*»: con ciò, la *ratio decidendi* sottesa alla pronuncia del T.a.r. non solo non contrasta, ma tendenzialmente coincide con la *ratio decidendi* della sentenza revocanda, sebbene le due sentenze abbiano ad oggetto un diverso *thema decidendum* derivante dalla diversità del *petitum* e della causa *petendi* dei due giudizi (di cui il primo, di natura impugnatoria, verteva su atti del tutto estranei al giudizio di ottemperanza definito dalla sentenza revocanda).

Pertanto, anche con riferimento alla sopra esaminata sentenza del T.a.r. viene a mancare, sotto plurimi profili, il presupposto di applicabilità della fattispecie revocatoria *ex* art. 395, n. 5), cod. proc. civ., per carenza di identità soggettiva e oggettiva dei giudizi definiti con le sentenze passate in giudicato, asseritamente tra di loro contrastanti, nonché per l'assenza di un contrasto effettivo.

7. Conclusivamente, in ragione delle plurime considerazioni sopra svolte, in parte autonomamente sufficienti a sorreggere la parte dispositiva della presente sentenza, devono ritenersi insussistenti i presupposti del dedotto vizio revocatorio dell'impugnata sentenza n. 11/2016 dell'Adunanza Plenaria, con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso.

Il mancato superamento della fase rescindente impedisce l'ingresso delle questioni rilevanti ai fini della decisione della controversia nella fase rescissoria, ivi incluse: le questioni relative all'individuazione della disciplina, comunitaria e nazionale, del settore degli appalti pubblici di lavori applicabile *ratione temporis*; le questioni inerenti all'interpretazione della sentenza della Corte di Giustizia 10 luglio 2014, C-213/13 e dei suoi effetti nell'ambito del giudizio di ottemperanza; infine, le questioni di competenza (nel procedimento) e di legittimazione (processuale) conseguenti al trasferimento, a decorrere dal 1° settembre 2015, delle attribuzioni in materia di edilizia giudiziaria dai comuni al Ministero della Giustizia, in forza dell'art. 1, comma 526, l. 23 dicembre 2014, n. 190.

D'altra parte, va rilevato come la sentenza di cui si è chiesta la revocazione non abbia fatto altro che dare applicazione, da una parte, alla valutazione (operata dalla Corte di giustizia) di incompatibilità comunitaria della procedura amministrativa in atto, con riferimento a un tratto di procedimento non ancora coperto dal giudicato; dall'altra, ha fatto corretta applicazione di tale valutazione della Corte di giustizia alla procedura in corso, completando in tali termini la cosa giudicata in modo da evitare che essa si ponesse in contrasto con la normativa europea; il che – se non fosse stato fatto – avrebbe esposto lo Stato a responsabilità nei confronti dell'Unione europea e la stessa sentenza di questa Adunanza plenaria al vizio di violazione del limite esterno della giurisdizione in relazione alla intervenuta incompatibilità comunitaria.

8. In applicazione del criterio della soccombenza, le spese del presente giudizio di revocazione, sostenute dal Comune resistente, come liquidate nella parte dispositiva, devono essere poste a carico della società ricorrente, mentre, in considerazione della posizione difensiva assunta dal Ministero resistente, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese di causa compensate nei rapporti con la detta Amministrazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sul ricorso per revocazione, come in epigrafe proposto (ricorso r.g. n. 12 del 2016 A.P.), lo dichiara inammissibile; condanna la società ricorrente a rifondere al Comune di Bari le spese del presente giudizio di revocazione, che si liquidano nell'importo complessivo di euro 10.000,00 (diecimila/00), oltre agli accessori di legge, dichiarandole compensate nei rapporti con il Ministero della Giustizia.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Taormina, Presidente FF

Paolo Troiano, Consigliere

Carlo Deodato, Consigliere

Francesco Bellomo, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Oberdan Forlenza, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

IL PRESIDENTE

Filippo Patroni Griffi

L'ESTENSORE
Bernhard Lageder

IL SEGRETARIO