amministrativ@mente

# Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

**Diretta da**
Gennaro Terracciano, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

**Direttore Responsabile**
Marco Cardilli

**Coordinamento**
L. Ferrara, F. Rota, V. Sarcone

# FASCICOLO N. 3-4/2015

## estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

## Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

## Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

# Giudicato amministrativo in violazione del diritto dell'Unione Europea: la Corte di Giustizia chiarisce "a quali condizioni" il giudice nazionale del rinvio può incidere sulla *res iudicata*, in contrasto con la normativa UE sugli appalti

**di Valeria Tevere**

**Inquadramento della problematica**

Il *decisum* in esame della seconda sezione della Corte di Giustizia[1], reso a seguito di un rinvio pregiudiziale del giudice amministrativo nazionale, *ex* art. 267 TFUE, verte sul delicato tema del giudicato in violazione del diritto dell'Unione Europea[2]. La questione rappresenta uno specifico profilo del più ampio dibattito relativo all'incidenza del diritto europeo sul diritto interno[3]. Il giudice di Lussemburgo adito ha affrontato la problematica del bilanciamento tra la regola processuale nazionale dell'intangibilità del giudicato (art. 2909 c.c.), che ha come fondamento i principi di certezza del diritto, di legittimo affidamento e di buona amministrazione della giustizia ed il principio

* *Avvocato, cultore di diritto amministrativo e dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche – indirizzo europeo, presso l'Università degli studi di Salerno.*

[1] Corte di Giustizia, sezione II, 10 luglio 2014, causa C-213/13 in http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=IT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=154821&occ=first&dir=&cid=204528.

[2] Il rinvio pregiudiziale è un rimedio di tutela giurisdizionale indiretto. Con lo strumento *de quo* la Corte di Giustizia svolge una funzione di controllo giurisdizionale sulla corretta ed uniforme applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri in modo che esso abbia la stessa efficacia. Il meccanismo del rinvio pregiudiziale, disciplinato all'art. 267 TFUE, conferisce al giudice nazionale la facoltà, e se di ultima istanza l'obbligo, di chiedere alla Corte di Giustizia una pronuncia sull'interpretazione o sulla validità di una norma dell'Unione quando la pronuncia divisata risulta necessaria, perché verte su una questione pregiudiziale, ai fini della risoluzione della controversia interna. Il rinvio pregiudiziale quindi è espressione del principio di leale cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri (art. 4, par. 3, TUE) che si esprime anche attraverso la collaborazione degli organi giurisdizionali nazionali ed europei (cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 293).

[3] Valga menzionare, con riferimento alla più ampia tematica della incidenza del diritto europeo sul diritto interno, anche la coeva questione del giudicato penale, scaturito all'esito di un processo non equo, in violazione dell'art.6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). In questo caso, si prende in esame il conflitto tra le disposizioni normative di una diversa organizzazione internazionale regionale europea, il Consiglio d'Europa, e non l'Unione Europea, e le norme nazionali. A tal riguardo, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'art. 630 c.p.p. illegittimo, per violazione degli art. 117, comma 1, Cost. e 46 CEDU (norma interposta), nella parte in cui non prevede tra le ipotesi di revisione, da parte del giudice nazionale, il contrasto tra il giudicato interno e la pronuncia della Corte di Strasburgo di condanna per violazione della CEDU (cfr. Corte Cost., 7 aprile 2011 n 113).

del *primautè* del diritto dell'UE, riconosciuto a partire dalla nota sentenza della Corte di Giustizia del 15 luglio 1964 (causa C-6/64, caso *Costa c. Enel*)[4].

In sostanza, può un giudicato, reso in violazione della normativa dell'Unione Europea, spiegare ancora la sua efficacia? O il giudice nazionale, ravvisato il contrasto della normativa interna processuale sul giudicato con il diritto sovranazionale, può rivedere il *decisum*, disapplicando in questo modo la relativa normativa processuale? Ed ancora, se si riconosce all'autorità giurisdizionale il potere *de quo*, "a quali condizioni" potrà essere esercitato, senza sacrificare eccessivamente il principio dell'intangibilità del giudicato?

Invero la questione controversa, già in passato, era stata posta all'attenzione della Corte di Giustizia, nei casi *Lucchini* (causa C-119/05) e *Fallimento Olimpiclub* (causa C-2/08).

Tuttavia, le fattispecie *de quibus* erano peculiari. Nella prima sussisteva un problema di ripartizione di competenze esclusive tra l'Unione Europea e gli Stati membri, in materia di aiuti di Stato. Pertanto la Corte di Lussemburgo aveva statuito che *"il diritto dell'UE osta all'applicazione di una disposizione nazionale come l'art. 2909 c.c. che mira a consacrare il principio dell'intangibilità del giudicato, nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero dell'aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'UE e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva".*

Con la pronuncia sul caso *Fallimento Olimpiclub*, invece, la Corte di Giustizia ha affrontato il tema relativamente ad una controversia su una materia di competenza concorrente (*rectius*, una controversia sulle pratiche abusive legate all'imposta IVA). Si affermava, anche in questo caso, la cedevolezza della *res iudicata* quando fosse da ostacolo ad una corretta applicazione di una disposizione dell'ordinamento UE.

La sentenza della Corte di Lussemburgo in esame, quindi, si pone sullo stesso crinale delle suddette sentenze ma ha una valenza più generale, riguardando l'ambito delle direttive sugli appalti pubblici di lavori, che sono espressione del principio europeo della libera concorrenza.

La Corte chiarisce i termini della *quaestio* sull'intangibilità del giudicato e fornisce ai giudici nazionali del rinvio dei criteri guida sulla possibilità di esercitare il potere di incidere sul giudicato in violazione del diritto UE - in alcuni casi, anche completando il contenuto dello stesso creando una sorta di "giudicato a formazione progressiva".

La sentenza, invero, costituisce una soluzione temperata in cui la Corte di Lussemburgo ha individuato un punto di equilibrio tra le opposte esigenze dell'intangibilità del giudicato e dei principi di *primautè* ed effettività del diritto dell'UE.

Valga, a questo punto, esaminare nel dettaglio la sentenza.

**La fattispecie alla base del rinvio pregiudiziale**

Nel 2003, l'impresa alfa aveva partecipato ad un bando di "ricerca di mercato", indetto dal

[4] Il caso Costa c. Enel fu sollevato da un avvocato italiano, Sig. Costa, che ritenendosi leso dalla nazionalizzazione dei mezzi di produzione e di distribuzione dell'energia elettrica in Italia, si rifiutò di pagare un'esigua bolletta all'ENEL. Egli sosteneva, infatti, che la legge di nazionalizzazione fosse contraria ad alcune disposizioni del trattato di Roma. Il giudice conciliatore nazionale adito si avvalse, quindi, dello strumento del rinvio pregiudiziale. La Corte di Giustizia, investita della questione pregiudiziale, in quella sede, affermò il principio del *primautè* del diritto dell'UE sul diritto interno, sostenendo che con l'istituzione della Comunità europea (oggi Unione europea), gli Stati membri hanno limitato i loro poteri sovrani, in alcuni campi circoscritti, e creato un complesso di norme vincolanti non solo per loro stessi ma anche per i loro cittadini. Dalla suddetta limitazione della sovranità ne scaturiva, quindi, come corollario, l'impossibilità per gli Stati di far prevalere contro tale ordinamento un provvedimento unilaterale ulteriore.



www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

Comune x per la realizzazione di una nuova cittadella giudiziaria.
In base al bando, tutti gli offerenti dovevano impegnarsi ad avviare i lavori di costruzione dell'opera progettata entro il 31 dicembre 2003. Pervenivano quattro proposte. Il comune selezionava l'impresa alfa che aveva proposto che una parte dell'opera costruita sarebbe stata venduta all'ente locale, per la somma di 43 milioni, e che la restante parte sarebbe stata messa a sua disposizione in locazione, dietro un canone annuale di 3 milioni. Tuttavia, con una nota del 4 febbraio 2004 il Ministero della Giustizia informava il Comune che le risorse pubbliche disponibili per il progetto si erano ridotte a euro 18,5 milioni. Il Comune chiedeva ad alfa, dunque, se fosse ancora disposta a dare seguito al procedimento, alla luce del mutato quadro economico. Alfa rispondeva favorevolmente. Tuttavia, nel settembre 2004, il finanziamento pubblico veniva interamente soppresso. Alfa, quindi, presentava una nuova proposta, dando atto della possibilità di realizzare la parte dell'opera destinata alla locazione, quale indicata nella sua proposta iniziale.
A fronte dell'inerzia dell'amministrazione comunale, alfa adiva il Tar competente, al fine dell'accertamento dell'obbligo di provvedere del Comune. Il Tar rigettava il ricorso. Pertanto alfa proponeva appello al Consiglio di Stato. L'appello veniva accolto. Il Supremo Consesso asseriva che *"nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, doveva il Comune, 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"*. La parte soccombente in appello proponeva ricorso in Cassazione che veniva respinto. Alfa proponeva, allora, giudizio di ottemperanza al Consiglio di Stato, per l'esecuzione della sentenza di appello, ordinando al Comune di dare piena esecuzione al dispositivo ed all'esito del giudizio si nominava un "commissario ad acta" che concludeva l'azione ritenendo il procedimento del Comune valido. Si instaurava, quindi, un nuovo procedimento giurisdizionale che si concludeva in Consiglio di Stato con l'accoglimento del ricorso della società alfa, asserendosi l'incompletezza dell'operato del "commissario ad acta", al quale era assegnato un termine di 180 giorni per la chiusura del procedimento. Il "commissario ad acta", quindi, concludeva che il bando si ricerca non aveva avuto esito positivo; a sostegno di questa conclusione, si faceva valere, quanto alla prima proposta della società alfa, riformulata nel 2004, che la perdita del finanziamento pubblico rendeva irrealizzabile l'obiettivo perseguito dal Comune mentre, quanto alla seconda proposta dell'impresa sulla locazione, si asseriva che era del tutto incongrua rispetto all'obiettivo. Avverso il nuovo provvedimento del "commissario ad acta", la società alfa ricorre Consiglio di Stato. Il Supremo Consesso accoglie, con sentenza di esecuzione, il ricorso, dichiarando nulli gli atti in quanto emessi in violazione del giudicato. Veniva, quindi, nominato un nuovo "commissario ad acta", che poneva in essere tutte le attività necessarie per l'adozione di una "variante urbanistica" al piano regolatore comunale, relativo ai terreni interessati per la costruzione della cittadella giudiziaria. Anche questi atti venivano impugnati dalla società alfa, per violazione del principio di intangibilità del giudicato. Il Consiglio di Stato, investito nuovamente della questione, ai sensi dell'art. 267 TFUE, come giudice di rinvio, poneva alla Corte di Giustizia due quesiti pregiudiziali.
*In primis*, si rilevava un problema di qualificazione giuridica del contratto. In particolare ci si interrogava se uno stipulando contratto di locazione di un immobile futuro, sotto forma di atto di impegno a locare, malgrado la presenza di alcuni elementi caratteristici del contratto di

locazione, equivalesse ad un contratto di appalto di lavori, sottratto all'applicazione della specifica ipotesi di esclusione, prevista all'art. 16, par 1, lettera a), della direttiva 2004/18.
Qualora la Corte di Giustizia avesse dato risposta positiva al primo quesito, qualificando il contratto come un appalto pubblico, si poneva, inoltre, un seconda questione consequenziale.
Il giudice del rinvio si chiedeva, infatti, una volta qualificato il contratto come un appalto pubblico di lavori, se poteva ritenere inefficace il giudicato, formatosi nella fattispecie, nei limiti in cui esso abbia portato, in ragione delle ulteriori decisioni di esecuzione e dei provvedimenti del "commissario ad acta", ad una situazione incompatibile con il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.
Il giudice del rinvio, invero, evidenziava che, in virtù della propria giurisprudenza, avrebbe potuto, a determinate condizioni, integrare l'originario disposto di una delle sue decisioni con una statuizione che ne costituisse attuazione, dando così luogo ad un "giudicato a formazione progressiva".
Il Consiglio di Stato, pertanto, sospendeva il processo, sottoponendo alla Corte di Lussemburgo le due questioni pregiudiziali.

**La risoluzione dei quesiti pregiudiziali**

Sulla prima questione pregiudiziale la Corte di Giustizia asserisce che *"quando un contratto contiene sia elementi propri di un appalto pubblico di lavori sia elementi propri di altro tipo di appalto, occorre riferirsi al suo oggetto principale per determinarne la qualificazione giuridica e le norme dell'Unione applicabili"*.
Nella fattispecie, si è riscontrato che il contratto *de quo* aveva per oggetto principale la realizzazione di un'opera che rispondeva ad esigenze specifiche dell'amministrazione aggiudicatrice. Pertanto, poco importava che l'atto di impegno dell'impresa alfa avesse pure elementi del contratto di locazione, come la sussistenza di una canone annuale. L'elemento determinante, per la qualificazione del contratto, era, infatti, l'oggetto principale e non l'importo del corrispettivo dell'imprenditore o le modalità di pagamento dello stesso.
La Corte di Lussemburgo, quindi, ha affermato che *"l'articolo 1, lettera a, della direttiva 93/37 deve essere interpretato nel senso che un contratto che abbia per oggetto principale la realizzazione di un'opera che risponda ad esigenze formulate dall'amministrazione aggiudicatrice, costituisce un appalto pubblico di lavori e non rientra, pertanto, nell'esclusione di cui all'articolo 1 lettera a), iii) della direttiva 92/50, anche quando comporti un impegno a locare l'opera di cui trattasi"*.
Conseguentemente, riscontrato un contratto di appalto pubblico di lavori, la Corte di Giustizia passa ad esaminare il secondo quesito pregiudiziale, formulato dal giudice del rinvio, relativo alla possibilità di ritenere inefficace il giudicato, eventualmente formatosi, da una decisione che abbia condotto ad una situazione contrastante con la normativa dell'UE, in materia di appalti pubblici di lavori.
Orbene, la Corte ha richiamato alcuni principi sull'intangibilità del giudicato, emersi in precedenti sentenze (in particolare la sentenza *Fallimento Olimpiclub* C-2/089), precisamente **il principio di autonomia procedurale degli Stati membri**, in virtù del quale essi, in assenza di una normativa UE al riguardo, hanno competenza a determinare le modalità di attuazione del principio di intangibilità del giudicato (essendo una prerogativa di ordinamento interno), pur nel rispetto dei principi di equivalenza e effettività. Pertanto, spetterebbe al giudice del rinvio verificare se può, a determinate condizioni, completare il disposto originario di una delle sue precedenti sentenze, con decisioni di attuazione successive, dando così luogo ad "un giudicato a formazione progressiva".

Tuttavia, se il giudice del rinvio non ritenesse applicabili, in concreto, le normative procedurali interne disponibili, prevarrebbe la regola dell'intangibilità del giudicato che ha fondamento nel principio di certezza del diritto nonché nel principio della buona amministrazione della giustizia.

Si afferma, infatti, che *"il diritto dell'Unione non impone ad un giudice nazionale che per tenere conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto, offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale, avente autorità di cosa giudicata, quest'ultimo ritorni necessariamente su tale decisione"*.

Invero, non sono mancate ipotesi del tutto eccezionali in cui è stata disapplicata la normativa interna sul giudicato, in contrasto con il diritto UE. La Corte di Giustizia richiama, a tal proposito, il caso Lucchini, relativo ad un *decisum* in contrasto con la specifica disciplina degli aiuti di Stato.

Come ha osservato la Corte *"è stato in una situazione particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze degli stati membri e l'unione in materia di aiuti di stato che la Corte ha statuito che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione nazionale come l'art. 2909 c.c. che mira a consacrare il principio di intangibilità del giudicato nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva"*.

Afferma il giudice europeo che *"qualora le norme procedurali interne applicabili prevedano la possibilità a determinate condizioni, per il giudice nazionale di ritornare su una decisione munita di autorità di giudicato, per rendere la situazione compatibile con il diritto nazionale, tale possibilità deve essere esercitata conformemente ai principi di equivalenza e di effettività e sempre che dette condizioni siano soddisfatte per ripristinare la conformità della situazione oggetto del procedimento principale alla normativa dell'UE in materia di appalti pubblici di lavori"*.

Emerge, quindi, una soluzione temperata nella sentenza: il giudice nazionale, nell'ipotesi di una incompatibilità di un giudicato con una norma UE non necessariamente dovrà disapplicare la normativa interna processuale sul giudicato. Solo se si ravvisano le condizioni previste dalle norme procedurali interne ciò sarà possibile.

**In conclusione, la Corte di Giustizia ha elaborato i seguenti principi di diritto, 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) ii) 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'art. 267 TFUE,* ***deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto ad 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 nor-***

***mativa offerta successivamente dalla Corte** medesima.*

 ISSN 2036-7821