



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NILS WAHL
presentadas el 15 de mayo de 2014¹

Asunto C-213/13

Impresa Pizzarotti & C. SpA
contra
Comune di Bari y otros
[Petición de decisión prejudicial

planteada por el Consiglio di Stato (Italia)]

«Contratos públicos — Directivas 93/37/CEE y 2004/18/CE — Concepto de “contrato público de obras” — Contrato pendiente de celebración relativo al arrendamiento de una obra que aún no ha sido construida — Alcance del principio de fuerza de cosa juzgada en el supuesto de una situación incompatible con el Derecho de la Unión»

1. El proyecto de construcción de la nueva ciudad judicial de Bari (Italia), que persigue racionalizar la utilización de los recursos ofrecidos a los órganos jurisdiccionales de la circunscripción mediante la creación de una sede única, se ha convertido, de forma cuando menos paradójica, en objeto de una amplia litigiosidad. Así lo ponen de manifiesto los antecedentes de la presente petición de decisión prejudicial, que se inscribe en el marco de un litigio entre, en particular, Impresa Pizzarotti & C. SpA (en lo sucesivo, «Pizzarotti») y las autoridades italianas localmente competentes a raíz de un anuncio de licitación de investigación de mercado que tenía por objeto la realización de esta nueva ciudad judicial. Esta petición es simultánea a una denuncia presentada a la Comisión Europea por el Comune di Bari, que dio lugar a la incoación de un procedimiento por infracción contra la República Italiana con arreglo al artículo 258 TFUE.

2. En el presente caso, se solicita al Tribunal de Justicia que determine, en consonancia con las enseñanzas derivadas del asunto denominado «KölnMesse»,² si un contrato de arrendamiento de una futura obra pendiente de ejecución como el controvertido en el procedimiento principal está comprendido en el ámbito de aplicación de las normas que regulan la adjudicación de los contratos públicos de obras. En su caso, y en el supuesto de que deba concluirse que tal calificación entra en conflicto con resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie acerca del alcance del principio de intangibilidad de la cosa juzgada ante una situación considerada incompatible con el Derecho de la Unión.

1 — Lengua original: francés.

2 — Sentencia Comisión/Alemania (C-536/07, EU:C:2009:664; en lo sucesivo, «sentencia KölnMesse»).

I. Marco jurídico

3. De acuerdo con el décimo considerando de la Directiva 92/50/CEE,³ «los contratos relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles o relativos a derechos respecto de dichos bienes revisten características especiales, debido a las cuales no resulta adecuado aplicar a esos contratos normas de adjudicación».

4. El artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 define los «contratos públicos de servicios», a efectos de dicha Directiva, como «contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, con exclusión de [...] iii) los contratos de adquisición o de arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes [...]».

5. El artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37/CEE⁴ define los «contratos públicos de obras», a efectos de esta Directiva, como «contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador».

6. Entre las actividades profesionales previstas en el anexo II de la Directiva 93/37 figuran en la clase 50 la «construcción [y la] ingeniería civil». Esta clase incluye, en particular, la «construcción de edificios y [las] obras de ingeniería civil, sin especialización» (subgrupo 500.1), así como la «construcción de inmuebles (viviendas y otros)» (grupo 501).

7. El vigésimo cuarto considerando de la Directiva 2004/18/CE⁵ establece:

«En el marco de los servicios, los contratos relativos a la adquisición o alquiler de bienes inmuebles o a derechos sobre dichos bienes presentan características especiales debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de los contratos públicos.»

8. El artículo 1, apartado 2, de la citada Directiva tiene el siguiente tenor:

«a) Son “contratos públicos” los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.

b) Son “contratos públicos de obras” los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador [...]

[...]»

3 — Directiva del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1).

4 — Directiva del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54).

5 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicio (DO L 134, p. 114).

9. Conforme al artículo 16 de dicha Directiva, titulado «Exclusiones específicas»:

«La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios:

- a) cuyo objeto sea la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes [...]

[...]»

II. Hechos que dieron lugar al litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

10. Los antecedentes del litigio principal, tal y como resultan, en particular, de la resolución de remisión, se caracterizan por ser relativamente complejos. Procede mencionar lo siguiente a efectos del análisis.

11. El asunto principal tiene su origen en la publicación por el Comune di Bari, el 14 de agosto de 2003, de un anuncio de licitación de investigación de mercado, destinada a la construcción, en el menor plazo de tiempo posible, de una sede única para las oficinas judiciales, adecuada y apropiada para acoger todos los órganos jurisdiccionales situados en Bari.⁶

12. El anuncio exigía que los licitadores se comprometieran a comenzar la ejecución de las obras antes del 31 de diciembre de 2003. Además, se exigían indicaciones claras y exhaustivas sobre los costes y las modalidades de pago a cargo de la administración municipal y del Ministerio de Justicia italiano, teniendo en cuenta que los recursos públicos disponibles eran de 43,5 millones de euros, ya asignados al proyecto, a los que debían añadirse 3 millones de euros correspondientes a rentas anuales ya abonadas por el Comune di Bari en concepto de arrendamiento de los inmuebles sede de las oficinas judiciales. Por último, acompañaba al anuncio un documento adicional elaborado por la Corte di appello di Bari (Italia) por el que se establecían una serie de requisitos.

13. Entre las cuatro propuestas presentadas, se seleccionó la de la empresa Pizzarotti mediante acuerdo del Comune di Bari n° 1045/2003, de 18 de diciembre de 2003. Dicho acuerdo establecía que una parte de las obras se vendería al Comune di Bari por un importe de 43 millones de euros y que la parte restante se arrendaría a cambio de una renta anual de 3 millones de euros.

14. Mediante escrito de 4 de febrero de 2004, el Ministerio de Justicia italiano comunicó al Comune di Bari que los fondos públicos disponibles se habían reducido a 18,5 millones de euros y le solicitó que verificase, teniendo en cuenta las propuestas recibidas, si era posible llevar a cabo el proyecto de forma adecuada con el nuevo marco económico. Mediante nota de 11 de febrero de 2004, el Comune di Bari preguntó a Pizzarotti sobre su disponibilidad para proseguir el procedimiento iniciado. Pizzarotti respondió favorablemente a esta solicitud y reformuló su propuesta, en función de la reducción de fondos públicos disponibles.

15. En septiembre de 2004, se suprimió en su totalidad la financiación pública. Pizzarotti presentó ante el Comune di Bari una nueva propuesta, por la que comunicó que se podrían realizar las obras destinadas a arrendamiento previstas en la oferta inicial.

16. A la vista de la inacción de la administración municipal, Pizzarotti promovió un procedimiento alegando la ilegalidad del silencio de la administración y solicitando que se declarase la obligación del Comune di Bari de actuar.

6 — Dicho anuncio se publicó, concretamente, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 23 de agosto de 2003 (DO S 161).

17. Tras una sentencia desfavorable del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, de 8 de febrero de 2007, el Consiglio di Stato estimó el recurso de Pizzarotti mediante sentencia n° 4267/2007. El Consiglio di Stato estimó que el procedimiento no había concluido con la aprobación de los resultados de la investigación de mercado, y decidió que el Comune di Bari, «con arreglo a los principios de adecuación, buena fe y confianza legítima, debe, conforme a sus propios actos, finalizar el procedimiento mediante una conclusión plausiblemente apropiada, verificando, en el marco de las propuestas presentadas, la posibilidad de realización de la obra dentro de los límites del nuevo marco económico».

18. Instada al Consiglio di Stato la ejecución de la sentencia n° 4267/2007, éste, mediante la sentencia n° 3817/2008, constató la inacción del Comune, y le ordenó ejecutar plena e íntegramente el fallo de la sentencia n° 4267/2007 en un plazo de 30 días. Designó, para el caso de una inacción prolongada, al Prefetto di Bari como Commissario *ad acta* para que éste llevara a cabo, en su caso a través de un delegado, todos los actos necesarios para la ejecución de la citada sentencia.

19. El 21 de noviembre de 2008, el Commissario *ad acta* en el que delegó el Prefetto di Bari confirmó la validez de las propuestas presentadas por Pizzarotti y, por tanto, constató que el procedimiento relativo a la investigación de mercado había concluido positivamente.

20. Por su parte, la Giunta comunale di Bari puso fin al procedimiento iniciado por el anuncio de investigación de mercado, haciendo constar la falta de conformidad de la última propuesta de Pizzarotti con los requisitos previstos en dicho anuncio.

21. Tanto Pizzarotti como el Comune di Bari interpusieron recurso ante el Consiglio di Stato. Pizzarotti alegó que el Comune di Bari no había ejecutado correctamente lo fallado en la sentencia n° 3817/2008 debido a la falta de compromiso contractual de dicho Comune de arrendar la obra. El Comune di Bari denunció que no se hubiera tomado en consideración el deterioro de las condiciones que afectó a la ejecución del procedimiento.

22. Mediante sentencia en ejecución n° 2153/2010 de 15 de abril de 2010, el Consiglio di Stato estimó el recurso de Pizzarotti y desestimó el del Comune di Bari. En lo que se refiere a la acción del Commissario *ad acta*, el Consiglio di Stato consideró que, si bien fue apropiada, era no obstante incompleta, a falta de una «conclusión plausiblemente apropiada», en el sentido de la sentencia n° 4267/2007. Por tanto, fijó un plazo de 180 días para la conclusión del procedimiento mediante la adopción de los actos necesarios para la realización concreta de la propuesta de Pizzarotti.

23. Mediante acta de 27 de mayo de 2010, el Commissario *ad acta* concluyó que «el anuncio de investigación de mercado de agosto 2003 no [...] [había] tenido resultado positivo».

24. El Consiglio di Stato estimó el recurso de Pizzarotti contra dicha acta mediante sentencia en ejecución n° 8420/2010 de 3 de diciembre de 2010. Destacando la contradicción de las conclusiones relativas al anuncio de investigación de mercado que figuran en las actas de 21 de noviembre de 2008 y de 27 de mayo de 2010, respectivamente, consideró que la única conclusión que debe tenerse en cuenta es la recogida en la primera de estas actas. En lo que respecta a la participación de un tercero adquirente y arrendador de los inmuebles destinados a la ciudad judicial de Bari, así como al compromiso de arrendamiento, señaló que la apreciación del Commissario *ad acta* no se basó en un examen en profundidad y, de este modo, no dio cumplimiento a la orden judicial, que consistía en comprobar los presupuestos fácticos y jurídicos para la ejecución concreta de la propuesta. En cuanto a la supuesta falta de conformidad urbanística de la propuesta de Pizzarotti, el Consiglio di Stato reiteró la necesidad de que el Commissario *ad acta* llevara a cabo todos los trámites necesarios para adoptar dicha propuesta, después de verificar los demás requisitos normativos. Por consiguiente, el acta del Commissario *ad acta* fue anulada por vulnerar el principio de fuerza de cosa juzgada.

25. Posteriormente, el nuevo Commissario *ad acta* designado por el Prefetto di Bari llevó a cabo todos los actos necesarios para la ejecución de su decisión de 23 de abril de 2012 de «modificación urbanística» relativa al plan de ordenación urbana general del Comune de Bari por lo que respecta a los terrenos afectados por la construcción de la ciudad judicial.

26. Pizzarotti recurrió esta decisión ante el Consiglio di Stato, por cuanto constituía una vía para eludir la fuerza de cosa juzgada.

27. En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si el contrato de arrendamiento de cosa futura pendiente de celebración, en la forma de compromiso de arrendamiento, equivale, si bien con algunos elementos característicos del contrato de arrendamiento, a un contrato público de obras y por tanto no está comprendido entre los contratos excluidos de la aplicación de la Directiva 2004/18 previstos en el artículo 16, apartado 1, letra a), de la misma. Este órgano se pregunta, concretamente, acerca del alcance del concepto «otros bienes inmuebles», previsto en dicha disposición, así como el significado del vigésimo cuarto considerando de dicha Directiva.

28. En segundo lugar, en el supuesto de que el contrato en cuestión constituya un contrato público de obras, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si puede privar de efectos de cosa juzgada a su sentencia n° 4267/2007, en la medida en que ha dado lugar a la existencia de una situación jurídica incompatible con la normativa de la Unión en materia de contratos públicos, debido a las posteriores decisiones de ejecución y a los actos del Commissario *ad acta*. Pone de manifiesto a este respecto que, en virtud de su propia jurisprudencia, puede completar el fallo inicial de la sentencia con pronunciamientos de desarrollo, dando lugar a la «cosa juzgada de formación progresiva». Añade que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de fuerza de cosa juzgada establecido en el artículo 2909 del Código Civil italiano no impide la correcta aplicación del Derecho de la Unión a una situación amparada por esa fuerza de cosa juzgada.

29. En estas circunstancias, el Consiglio di Stato decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Equivale el contrato de arrendamiento de cosa futura pendiente de celebración, en la última forma propuesta de compromiso de arrendamiento, a un contrato público de obras, si bien con algunos elementos característicos del contrato de arrendamiento, y por tanto no puede estar comprendido entre los contratos excluidos de la aplicación de la normativa de licitación pública conforme al artículo 16 [de la Directiva 2004/18/CE]?
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede el juez nacional, y en concreto este órgano jurisdiccional remitente, considerar ineficaz la sentencia con fuerza de cosa juzgada en su caso sobre el litigio de que se trata, y que se describe en la parte expositiva, en la medida en que permitió la creación de una situación jurídica incompatible con la normativa de la Unión en materia de contratos públicos y, por tanto, es posible ejecutar una sentencia con fuerza de cosa juzgada contraria al Derecho de la Unión [...]?»

30. Han presentado observaciones escritas las partes en el procedimiento principal, el Gobierno italiano, el Gobierno alemán y la Comisión.

31. El 27 de febrero de 2014, se celebró la vista, en la que participaron las partes en el procedimiento principal, el Gobierno italiano, el Gobierno alemán y la Comisión.

III. Análisis

A. Sobre la admisibilidad

32. Pizzarotti alberga dudas sobre la admisibilidad de la presente petición de decisión prejudicial, y ello por dos razones.

33. En primer lugar, sostiene que la Directiva 2004/18, la única que se cita en la presente petición de decisión prejudicial, no es aplicable *ratione temporis* al procedimiento principal.

34. En segundo lugar, Pizzarotti alega que la respuesta del Tribunal de Justicia no puede afectar en modo alguno a la solución del litigio principal, que se caracteriza por la existencia de varias decisiones judiciales⁷ que han adquirido fuerza de cosa juzgada con arreglo al Derecho nacional italiano.

35. Ninguno de los motivos de inadmisibilidad formulados por Pizzarotti me convencen.

36. En primer lugar, en lo que se refiere al motivo basado en la inaplicabilidad en el presente asunto de la Directiva 2004/18, única mencionada por el órgano jurisdiccional remitente, no me parece suficiente para declarar la inadmisibilidad de la presente petición de decisión prejudicial.

37. En efecto, tal y como señalaron en particular Pizzarotti y la Comisión, según reiterada jurisprudencia,⁸ el momento adecuado para identificar la legislación aplicable a un contrato público es aquel en que la entidad adjudicadora elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si tiene o no la obligación de proceder a una licitación previa para la adjudicación de un contrato público. De ello se desprende que en el presente caso la decisión pertinente es la de 14 de agosto de 2003.⁹ Ahora bien, en ese momento, sólo era aplicable la Directiva 93/37, en relación con la Directiva 92/50.

38. Sin embargo, considero que este error de identificación de la legislación de la Unión aplicable al presente asunto es secundario y carece de consecuencias en el caso de autos. En efecto, las disposiciones que son pertinentes, a saber, el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 y el artículo 1, letra a), inciso iii), de la Directiva 92/50, han sido recogidas de manera muy similar en la Directiva 2004/18, que consiste fundamentalmente en una refundición y simplificación de la normativa aplicable hasta la fecha.

39. En tales circunstancias, que claramente no suponen la modificación de la problemática jurídica planteada por la resolución de remisión o el examen de cuestiones de Derecho no debatidas en absoluto en el marco del procedimiento principal,¹⁰ considero que es perfectamente viable reformular las cuestiones, en el sentido de que pretenden en realidad obtener la interpretación de las disposiciones de la Directiva 93/37.

7 — Pizzarotti se refiere a dos decisiones: la primera es la decisión del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia de 18 de mayo de 2004 que, pronunciándose sobre el recurso interpuesto por un licitador excluido, declaró que el anuncio de investigación de mercado mostraba un carácter básicamente preliminar dirigido a buscar soluciones apropiadas para la creación de la ciudad judicial de Bari y, por tanto, no creaba ningún compromiso para la Administración municipal de adjudicar posteriormente un contrato de obras. La segunda es la sentencia n° 4267/2007 del Consiglio di Stato, que obligó a dicha Administración a llevar a cabo de forma adecuada el procedimiento iniciado mediante la celebración de un contrato de arrendamiento de cosa futura con Pizzarotti.

8 — Véase, en particular, la sentencia Comisión/Países Bajos (C-576/10, EU:C:2013:510), apartado 52 y jurisprudencia citada.

9 — Tal como ha señalado el Consiglio di Stato, «la investigación de mercado realizada por el Comune di Bari, la elección a raíz de dicha investigación del proyecto elaborado por la empresa Pizzarotti, la presentación de este proyecto al Ministerio de Justicia y la nota n° 249 de 4 de febrero de 2004 de este Ministerio constituyen asimismo las diferentes etapas de un complejo procedimiento destinado a la creación de una nueva sede para las oficinas judiciales».

10 — En este sentido, el Tribunal de Justicia ha recordado reiteradamente que su misión consiste en interpretar cuantas disposiciones de Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se les hayan sometido, aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones remitidas por dichos órganos jurisdiccionales (véanse, en particular, las sentencias FufB, C-243/09, EU:C:2010:609, apartado 39, y Worten, C-342/12, EU:C:2013:355, apartado 30).

40. En segundo lugar, tampoco puede acogerse el motivo de inadmisibilidad basado en la existencia de resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada que priven a las respuestas del Tribunal de Justicia de toda utilidad a efectos de la resolución del litigio principal. En efecto, la valoración de las consecuencias de la autoridad o fuerza de cosa juzgada vinculada a las resoluciones citadas por el órgano jurisdiccional remitente se sitúa justamente en el núcleo de la problemática planteada en la segunda cuestión. Aun suponiendo que, mediante su argumentación, Pizzarotti pretende en realidad cuestionar la pertinencia de las cuestiones planteadas, basta recordar que corresponde únicamente, en principio, a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen de un litigio apreciar la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo está justificada cuando resulta «evidente» que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder útilmente a las cuestiones planteadas.¹¹ Considero que en el caso de autos no se da este supuesto.

41. En estas circunstancias, estimo que la presente petición de decisión prejudicial debe considerarse admisible.

B. Sobre la primera cuestión prejudicial: existencia de un contrato público de obras en el sentido de la Directiva 93/37

1. Exposición del problema

42. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita aclaraciones sobre la calificación jurídica de un contrato, designado por el órgano jurisdiccional remitente como un «contrato de arrendamiento de cosa futura pendiente de celebración, en la última forma propuesta de compromiso de arrendamiento», con arreglo a la legislación de la Unión en materia de contratos públicos.

43. Más concretamente, conviene determinar si la propuesta dirigida por el Comune di Bari a Pizzarotti a raíz de la supresión de la financiación pública prevista inicialmente (véanse los puntos 14 y 15 de las presentes conclusiones) debe calificarse como destinada a concluir una operación de arrendamiento a la que no es aplicable la legislación de la Unión sobre contratos públicos o si, por el contrario, puede obligar al Comune di Bari a la adjudicación de un contrato público de obras y, por tanto, exigir la iniciación de un nuevo procedimiento.

44. En esencia se enfrentan dos posturas.

45. Pizzarotti y el Gobierno italiano, respaldados en varios aspectos por el Gobierno alemán, alegan que el contrato objeto del litigio principal no cumple los criterios de definición de un contrato de obras recogidos en la normativa aplicable y que han sido precisados por el Tribunal de Justicia. Dicho contrato está comprendido en la exclusión prevista en el artículo 1, letra a), inciso iii), de la Directiva 92/50 y el artículo 16, letra a), de la Directiva 2004/18.

46. En primer lugar, sostienen que el asunto principal no se refiere a la realización de una obra, sino al arrendamiento de un inmueble. Así se desprende, en particular, del tenor literal del anuncio de licitación y de la decisión del Comune di Bari de 18 de diciembre de 2003, así como de las características propias del contrato que son típicas de un arrendamiento en el sentido del artículo 1571 del Código Civil italiano y que se diferencian claramente de las controvertidas en el asunto que dio lugar a la sentencia KölnMesse.

¹¹ — Véase, en este sentido, la sentencia Fish Legal y Shirley (C-279/12, EU:C:2013:853), apartado 30.

47. En segundo lugar, alegan que en el caso de autos el Comune di Bari no está obligado a abonar una contraprestación financiera para obtener una prestación de obras de construcción que responda a su interés económico directo, lo que priva al contrato de su carácter oneroso.

48. En tercer lugar, Pizzarotti y el Gobierno italiano sostienen que el Comune di Bari carece de facultades para obligar a Pizzarotti por la vía judicial a ejecutar las obras.

49. En cuarto lugar, aducen que el Comune di Bari no adjuntó al documento elaborado por la commissione di manutenzione della Corte d'appello di Bari ni especificaciones técnicas, en el sentido del punto 1 del anexo III de la Directiva 93/37 o del punto 1, letra a), del anexo VI de la Directiva 2004/18, ni un pliego de condiciones, en el sentido del artículo 10 de la Directiva 93/37 o del artículo 23 de la Directiva 2004/18, lo que confirma que su intención no era adjudicar un contrato público de obras, sino obtener una investigación de mercado de carácter no vinculante, con objeto de recopilar iniciativas privadas que se proponía valorar con total autonomía y sin ninguna obligación decisoria. Pizzarotti y el Gobierno italiano añaden que el contrato objeto del litigio principal se caracteriza en cualquier caso por la falta de especificaciones técnicas concretas sobre el tipo de obras que han de realizarse, al igual que sucedía en el asunto KölnMesse.

50. Por su parte, el Comune di Bari y la Comisión estiman que el contrato objeto del litigio principal constituye un contrato público de obras, en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, cuya adjudicación hubiera debido efectuarse respetando las normas de procedimiento y de transparencia previstas en dicha Directiva.

51. Es preciso constatar que las alegaciones formuladas por las partes del litigio principal y por los diferentes intervinientes en el presente procedimiento se refieren fundamentalmente a la cuestión de si en el litigio principal concurren los requisitos que el Tribunal de Justicia ha recordado y precisado, en concreto en su sentencia KölnMesse, para considerar que existe un contrato público de obras en el sentido de la legislación de la Unión.

52. Ahora bien, procede señalar que el asunto KölnMesse se refería a un problema de calificación jurídica de la operación controvertida diferente del planteado en la primera cuestión de la presente petición de petición prejudicial. En dicho asunto, se solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciase acerca de si el aspecto de «arrendamiento» del contrato celebrado entre la ciudad de Colonia y Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR prevalecía sobre el objetivo de construcción de obras. La exclusión prevista en el artículo 1, letra a), inciso iii), de la Directiva 92/50 y en el artículo 16, letra a), de la Directiva 2004/18 no fue en absoluto objeto de discusión.

53. En el asunto principal y habida cuenta de la formulación elegida por el órgano jurisdiccional remitente, se plantea ante todo si las operaciones que tienen por objeto bienes futuros pueden estar comprendidas dentro de la excepción a la aplicación de las normas en materia de contratos públicos que se prevé en estas disposiciones. Ello implica que el órgano jurisdiccional remitente parte aparentemente de la premisa de que el contrato previsto constituía un contrato público de servicios que por su naturaleza específica podía estar excluido de la aplicación de las reglas de adjudicación de los contratos públicos.

54. Así pues, expondré antes de nada las distintas razones por las que, en mi opinión, hay que considerar que la excepción de que se trata no puede referirse en ningún caso a obras cuya realización no ha comenzado.

55. Pues bien, dado que cabe considerar conveniente pronunciarse también, más allá incluso de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, sobre si en las circunstancias del caso de autos concurren los requisitos para considerar que existe un «contrato público de obras» en lugar de un contrato público de servicios, indicaré la forma en que procede examinar el proyecto de contrato controvertido en el litigio principal a la luz de las enseñanzas derivadas de la sentencia KölnMesse.

2. Las disposiciones del artículo 1, letra a), inciso iii), de la Directiva 92/50 se refieren necesariamente a las operaciones relativas a bienes inmuebles existentes

56. Considero oportuno recordar un elemento fundamental que ha de tenerse en cuenta para determinar si una operación está comprendida o no dentro del ámbito de aplicación de las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos público: el objetivo principal de la normativa de la Unión en materia de contratos públicos consiste en eliminar las restricciones a las libertades fundamentales y favorecer una competencia efectiva.¹²

57. La consecución de estos objetivos puede ponerse en peligro cuando el poder adjudicador encarga a un contratista la ejecución de obras o servicios, con independencia de los motivos y del contexto en el que dichas obras o servicios deban realizarse y cualquiera que sea su destino, sin haber tramitado previamente los procedimientos de adjudicación de contratos previstos por la normativa de la Unión.¹³

58. La realización eficaz de dicho objetivo supone necesariamente que la calificación de una operación determinada como contrato de obras debe entenderse en sentido amplio y, al mismo tiempo, que los supuestos de exclusión deben, por su parte, interpretarse de manera restrictiva.

59. Así sucede especialmente con respecto a las exclusiones específicas relativas a determinados contratos de servicios públicos que se prevén en el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 (que se recogen fundamentalmente en el artículo 16 de la Directiva 2004/18).¹⁴ Tal y como se establece en el vigésimo cuarto considerando de la Directiva 2004/18, son las «características especiales» de determinados contratos las que hacen inadecuada la aplicación de las normas de adjudicación de los contratos públicos.

60. En lo que respecta a la exclusión relativa a la adquisición o el arrendamiento de bienes inmuebles,¹⁵ entendida en sentido amplio, considero que únicamente puede referirse a bienes existentes. En efecto, una licitación en virtud de la aplicación de la normativa en materia de contratos públicos tendrá poco sentido cuando se refiera al arrendamiento o venta de un bien determinado existente que no es apropiado para una confrontación con otros bienes debido a su carácter único. Además, se desprende de algunos trabajos preparatorios que la exclusión de los contratos relativos al arrendamiento o adquisición de bienes inmuebles estuvo inicialmente motivada por la naturaleza local y no transfronteriza de estos contratos.¹⁶ En cambio, dado que las actividades en cuestión implican la futura construcción de bienes inmuebles y, por tanto, la ejecución de obras, la licitación y la transparencia exigidas por estas normas no resultan inadecuadas en absoluto y, por consiguiente, deberían aplicarse. Además, a mi juicio, la referencia que las disposiciones de que se trata realizan a «otros bienes inmuebles» debe entenderse en el sentido de que atañen a bienes distintos de terrenos y edificios y no a bienes cuya construcción aún no se ha llevado a cabo.

61. De ello se deriva que, sin necesidad de pronunciarse concretamente acerca del momento a partir del cual un bien inmueble puede considerarse existente, la excepción relativa a la compra o el arrendamiento de «terrenos, edificios y otros bienes inmuebles» no puede referirse en ningún caso a los bienes cuya construcción aún no ha comenzado, como al parecer sucede en el litigio principal. En

12 — Véanse los considerandos segundo y décimo de la Directiva 93/37, así como el segundo considerando de la Directiva 2004/18.

13 — Véanse, en este sentido, las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto Auroux y otros (C-220/05, EU:C:2006:410), punto 43.

14 — Véase, asimismo, el artículo 10, letra a), de la reciente Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 94, p. 65).

15 — Artículo 1, letra a), inciso iii), de la Directiva 92/50 y artículo 16, letra a), de la Directiva 2004/18.

16 — Véase, en particular, la exposición de motivos de la propuesta de Directiva del Consejo, de 6 de diciembre de 1990, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios [COM(90) 372 final — SYN 293].

el supuesto de que una Administración Pública opte, en el marco de la instalación de determinados servicios, por una fórmula de compra o de arrendamiento de una obra que debe realizarse, esa operación deberá someterse a los procedimientos de adjudicación de contratos previstos por la normativa pertinente.

3. Los requisitos para la existencia de un contrato de obras concurren en todo caso en un supuesto como el del litigio principal

62. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la calificación jurídica de una operación como contrato público de obras corresponde al Derecho de la Unión y debe ser independiente de la prevista en el Derecho nacional.¹⁷ La calificación jurídica del contrato eventualmente elegida por las partes contratantes tampoco es determinante a efectos de dilucidar si un convenio o una operación está comprendido en el ámbito de aplicación de una Directiva en materia de contratos públicos.¹⁸

63. En el litigio principal, la calificación formal del contrato controvertido como «contrato de arrendamiento» no constituye por tanto un elemento decisivo. Del mismo modo, no resulta pertinente en absoluto que dicho contrato presente, tal como sostienen el Gobierno italiano y Pizzarotti, algunas características propias de un contrato de arrendamiento de un complejo inmobiliario en el sentido del artículo 1571 del Código Civil italiano.

64. En estas circunstancias, hay que realizar una puntualización. No se trata de cuestionar la libertad de la que disponen las autoridades públicas nacionales a la hora de elegir el procedimiento contractual que consideren más adecuado para la realización de las obras o servicios, ni la legalidad de utilizar determinados tipos de contratos, sino de evitar los riesgos de elusión de la normativa en materia de contratos públicos que podrían derivarse del uso de determinadas fórmulas contractuales. En otras palabras, la normativa de la Unión en materia de contratos públicos no prejuzga la legalidad de la utilización de un contrato de arrendamiento para la construcción de una obra, siempre que, antes de la celebración del mismo, se respeten las normas de publicidad y licitación previstas por dicha normativa.

65. Además, el ámbito de aplicación de la Directiva debe determinarse únicamente en función de las condiciones objetivas expresamente establecidas en las Directivas adoptadas en la materia.

66. En primer lugar, esto implica que las finalidades reales o supuestas que las autoridades públicas tratan de conseguir carecen de pertinencia a efectos de determinar si un contrato debe ser calificado como contrato de obras. Por tanto, no debe tenerse en cuenta la circunstancia, aunque estuviera acreditada, de que la intención inicial del Comune de Bari sólo era dotar a la administración de justicia de una sede única para las oficinas judiciales en Bari, sin que ello implicase necesariamente la realización de obras.

67. De este modo, el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto que la definición del concepto de «contrato público de obras» establecida en el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 abarca todos los contratos onerosos celebrados entre una entidad adjudicadora y un contratista que tengan por objeto la ejecución por éste de una obra definida en el artículo 1, letra c), de la misma Directiva. El criterio esencial en este sentido es que la obra responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora, al margen de los medios empleados para su realización.¹⁹ Para que esto ocurra, es preciso que la entidad adjudicadora haya adoptado medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto.²⁰

17 — Véase la sentencia Aurox y otros (C-220/05, EU:C:2007:31), apartado 40, y jurisprudencia citada.

18 — Sentencia KölnMesse, apartado 54.

19 — *Ibidem*, apartado 55.

20 — Sentencia Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), apartado 67.

68. Por último, como se desprende de la jurisprudencia, cuando un contrato contiene al mismo tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de otro tipo de contrato, el objeto principal del contrato determinará las reglas del Derecho de la Unión aplicables.²¹

69. En el presente asunto, los elementos de los autos me llevan a considerar que la operación objeto del litigio principal presenta todas las características propias de un contrato de obras, dado que tiene, en definitiva, por objeto principal la realización a título oneroso de una obra de acuerdo con las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora.

70. En primer lugar, estos elementos demuestran que el procedimiento en su conjunto, que se inició el 14 de agosto de 2003 mediante la publicación de un anuncio de licitación, tenía por objeto la construcción de nuevos locales destinados a su utilización como sede única para los órganos jurisdiccionales situados en Bari, con arreglo a los deseos expresados por las autoridades públicas competentes.

71. Así se desprende, en primer lugar, del anuncio de licitación de investigación de mercado («Ricerca di Mercato») de 14 de agosto de 2003, que señala en particular que «mediante la presentación de su oferta, el licitador se compromete a comenzar los trabajos de construcción de obras antes del 31 de diciembre del presente año».

72. A continuación, se desprende del documento adjunto a dicho anuncio de investigación de mercado, elaborado por la Corte d'appello di Bari y aprobado por la commissione di manutenzione (documento titulado «Quadro esigenziale», es decir, «marco de requisitos»), cuya pertinencia a efectos del examen del contrato previsto no se cuestiona,²² que las autoridades públicas especificaron un cierto número de requisitos estructurales, funcionales y organizativos a los que debía atenerse el proyecto de ciudad judicial única, con arreglo a la normativa aplicable y a un conjunto de datos estadísticos relativos a las actividades judiciales de Bari. Considero que estos requisitos, que se recogen en varias decenas de páginas, van mucho más allá de las exigencias ordinarias del arrendatario de un inmueble nuevo de unas ciertas dimensiones.²³

73. Por último, el acuerdo del Comune di Bari n° 1045/2003 de 18 de diciembre de 2003, por el que se eligió la oferta presentada por Pizzarotti, se refiere expresamente a la «realización de una sede única» para los órganos jurisdiccionales.

74. Con carácter más general, en mi opinión, con arreglo a las Directivas 93/37 y 2004/18, el objeto inmediato y por tanto principal de un contrato relativo a una obra cuya construcción aún no ha comenzado no puede considerarse, en principio y en consonancia con las enseñanzas derivadas de la sentencia KölnMesse, como el arrendamiento del inmueble, independientemente de la fórmula contractual elegida en virtud del Derecho nacional. El objetivo principal de dicho contrato no puede ser lógicamente otro que la construcción de dichas obras, que debían entregarse posteriormente a la entidad adjudicadora sobre la base de una relación contractual a la que se denominó contrato de arrendamiento.²⁴

75. Volviendo al asunto principal, se pone de manifiesto que Pizzarotti no podría cumplir en ningún caso la obligación, que se prevé en el proyecto de compromiso de arrendamiento, de poner a disposición el edificio específico en la zona determinada sin proceder previamente a su construcción.

21 — Véase, en particular, la sentencia KölnMesse, apartado 57.

22 — El décimo considerando y el artículo 7 del proyecto de compromiso de arrendamiento, de mayo de 2012, se refieren concretamente a este marco de requisitos.

23 — Sentencia KölnMesse, apartado 58.

24 — Véase la sentencia KölnMesse, apartado 56.

76. Las numerosas especificaciones técnicas previstas en los documentos de referencia ponen de manifiesto que la entidad adjudicadora adoptó una serie de medidas para determinar las características de la obra o, cuando menos, para ejercer una influencia determinante en su proyecto. En mi opinión, tanto estos elementos como la abundante litigiosidad derivada de la falta de celebración del contrato previsto en el asunto principal ponen de manifiesto claramente que Pizzarotti no habría estado dispuesta a realizar la obra de que se trata si el Comune di Bari no le hubiera comunicado sus necesidades específicas y si éste no hubiera aceptado la propuesta de realización presentada en respuesta al anuncio de licitación de investigación de mercado.

77. En segundo lugar, me parece bastante obvio que, si bien se diferencia en este punto del asunto KölnMesse, el contrato controvertido en el litigio principal se concluyó a título oneroso.²⁵

78. En efecto, es cierto que la remuneración en forma de renta anual que el Comune di Bari debe abonar durante los 18 años del contrato de que se trata está lejos de cubrir los costes de realización de la obra.

79. Sin embargo, esta constatación no puede llevar a negar el carácter oneroso de dicho contrato.

80. En efecto, para distinguir entre un contrato público de servicios y un contrato público de obras,²⁶ y al contrario de lo que parecen sugerir Pizzarotti, el Gobierno italiano y el Gobierno alemán,²⁷ no puede atribuirse un peso decisivo la cuantía de la contraprestación financiera de las obras de construcción. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, el elemento determinante para la calificación de un contrato es el objeto principal de éste y no el importe de la retribución del contratista o las modalidades que la regulen.²⁸ El hecho de que el pago de la renta anual durante 18 años, previsto actualmente por el contrato en cuestión, no cubra íntegramente los costes de realización de la obra no puede modificar en ningún caso el carácter oneroso del contrato y, por tanto, no puede dar lugar a que se excluya la existencia de un contrato público de obras. A este respecto, la obtención efectiva de un beneficio por parte del operador económico no constituye un requisito necesario a efectos de la calificación de un contrato como contrato público de obras.²⁹

81. El requisito relativo a la existencia de un «beneficio económico directo para el poder adjudicador» no implica necesariamente que este último pase a ser propietario de la obra y puede cumplirse mediante un arrendamiento que conceda la disponibilidad de la obra a la autoridad pública de que se trata.³⁰

82. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo que el Tribunal de Justicia responda a la primera cuestión que un contrato de arrendamiento de cosa futura pendiente de celebración con las características del contrato controvertido en el litigio principal debe calificarse como contrato público de obras en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37.

25 — En ese asunto, el Gobierno alemán mencionó que el importe total que debía abonarse a Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR en concepto de alquileres, que ascendía en definitiva a aproximadamente 600 millones de euros, superaba con mucho el coste de la construcción de las obras, cifrado en unos 235 millones de euros.

26 — A diferencia de la distinción entre un contrato público de servicios y un contrato público de suministro [véanse, en particular, el artículo 2 de la Directiva 92/50 y el artículo 1, apartado 2, letra d), párrafo segundo, de la Directiva 2004/18].

27 — Invocan, en particular, las conclusiones del Abogado General Trstenjak presentadas en el asunto (Comisión/Alemania, C-536/07, EU:C:2009:340), punto 105, que proponía realizar asimismo una «comparación de los respectivos precios».

28 — Véase la sentencia KölnMesse, apartado 61.

29 — Sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros (C-159/11, EU:C:2012:817).

30 — Véase, en este sentido la sentencia Helmut Müller (EU:C:2010:168), apartados 50 y 51.

C. Sobre la segunda cuestión prejudicial: exigencias derivadas de los principios de cooperación leal y del respeto de la fuerza de cosa juzgada ante una situación supuestamente incompatible con el Derecho de la Unión

83. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el juez remitente pregunta si puede considerar ineficaz la sentencia eventualmente con fuerza de cosa juzgada dictada en el litigio de que se trata, en la medida en que permitió la creación de una situación jurídica incompatible con el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos y, por tanto, si cabe ejecutar una sentencia con fuerza de cosa juzgada contraria al Derecho de la Unión.

84. En primer lugar, debo manifestar mi perplejidad en lo que respecta a la identificación exacta de lo que, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, constituye «cosa juzgada», a saber, tanto el *thema decidendum* como la *ratio decidendi*, que puede ser problemática a efectos del Derecho de la Unión.

85. Teniendo muy en cuenta que, en definitiva, corresponde únicamente al juez nacional determinar la resolución o resoluciones judiciales que obstaculizan la plena aplicación del Derecho de la Unión, la necesidad de facilitar una respuesta tan útil como sea posible al órgano jurisdiccional remitente me induce a señalar lo siguiente.

86. En el caso de autos, la única resolución con fuerza de «cosa juzgada» a la que se refiere el órgano jurisdiccional remitente³¹ es su sentencia n° 4267/2007, más concretamente el fallo de esta sentencia en virtud del cual el Comune di Bari, «con arreglo a los principios de adecuación, buena fe y confianza legítima, debe, conforme a sus propios actos, finalizar el procedimiento mediante una conclusión plausiblemente apropiada, verificando, en el marco de las propuestas presentadas, la posibilidad de realización de la obra dentro de los límites del nuevo marco económico».

87. Si bien, como señala el Consiglio di Stato, este fallo «puede ser objeto de múltiples y diversas soluciones de ejecución», es difícil *a priori* entender los motivos por los que la ejecución de esta sentencia resultaría necesariamente contraria al Derecho de la Unión, y más concretamente a la aplicación de la normativa pertinente en materia de contratos públicos de obras.

88. Tal como ha puesto de manifiesto el Comune di Bari, parece que la única cosa (definitivamente) juzgada por el Consiglio di Stato en la sentencia n° 4267/2007 se refiere a la obligación que se le ha impuesto (así como al Commissario *ad acta*) de finalizar el procedimiento iniciado con el anuncio público de investigación de mercado. *A priori*, no puede excluirse que la finalización de este procedimiento, en el sentido de dicha sentencia, pueda consistir en la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación con arreglo a la normativa de la Unión en materia de contratos públicos.

89. Sin embargo, parece que el órgano jurisdiccional remitente ha hecho suya, al menos parcialmente,³² la interpretación defendida por Pizzarotti según la cual esta sentencia y las ulteriores resoluciones judiciales deben interpretarse en el sentido de que obligan a celebrar el contrato «de arrendamiento» propuesto por Pizzarotti, lo que puede generar una situación que vulnera el Derecho de la Unión. Además, parecería como si se hubiera concedido una cierta autoridad a las decisiones de ejecución adoptadas por el Commissario *ad acta* (véase la sentencia n° 8420/2010). Ahora bien, con arreglo a lo que, en mi opinión, establecen las disposiciones del Código de procedimiento administrativo italiano, el juez conoce de todas las cuestiones relativas a la debida ejecución, incluidas aquellas derivadas de las actas del *Commissario ad acta* en calidad de auxiliar judicial.

31 — Ello aun cuando al parecer las partes han exigido la efectividad de la sentencia n° 8420/2010.

32 — Véase, a este respecto, la exposición de las resoluciones adoptadas por el Consiglio di Stato en respuesta, concretamente, al acta de 27 de mayo de 2010 (puntos 23 a 25 de las presentes conclusiones).

90. Por otra parte, si bien se desprende aparentemente de las disposiciones del Código de procedimiento administrativo³³ según han sido interpretadas por el órgano jurisdiccional remitente, que este último dispone de la facultad de completar el fallo de la sentencia n° 4267/2007, dando lugar a la denominada «sentencia de formación progresiva», considero que es difícil concluir que el principio de intangibilidad de la cosa juzgada se ha puesto en tela de juicio. En efecto, puesto que el órgano jurisdiccional tiene la facultad de precisar o de reformar una resolución adoptada anteriormente, esta posibilidad debe ser reconocida en las mismas condiciones para garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión.

91. En estas circunstancias, se trata en definitiva de que el juez nacional dé preferencia, a la hora de ejecutar las resoluciones judiciales que se prestan a varias interpretaciones, a aquella que garantiza que la administración actúa conforme al Derecho de la Unión.

92. En cambio, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente deba concluir que la correcta aplicación del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos de obras se opone necesariamente a la sentencia con fuerza de cosa juzgada n° 4267/2007 o a sus resoluciones posteriores,³⁴ para cuya comprobación es el único órgano competente, las modalidades de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada corresponden a la autonomía procesal de los Estados miembros, sin perjuicio de la observancia de los principios de equivalencia y efectividad.

93. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha reiterado en múltiples ocasiones la importancia que reviste el principio de fuerza de cosa juzgada, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales. En efecto, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos.³⁵ Por tanto, el Derecho de la Unión no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho de la Unión por la resolución en cuestión.³⁶

94. A falta de normativa de la Unión en la materia, el sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de los mismos. No obstante, este sistema no puede ser menos favorable que el correspondiente a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no debe estar articulado de tal manera que haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).³⁷

95. El propio Tribunal de Justicia ha señalado que la aparente distorsión del principio de fuerza de cosa juzgada que constituye la sentencia Lucchini³⁸ se refiere al ámbito muy específico de las ayudas de Estado.

33 — Decreto legislativo n° 104, de 2 de julio de 2010 (GURI n° 156, de 7 de julio de 2010).

34 — De hecho, el Consiglio di Stato da a entender que son sus sentencias en ejecución (de 15 de abril de 2010 y de 3 de diciembre de 2010), relativas a las actividades del *Commissario ad acta*, las que han originado una situación que vulnera potencialmente el Derecho de la Unión, en la medida en que éstas ordenaron que se adoptaran los actos necesarios para la conclusión del contrato de arrendamiento de cosa futura pendiente de celebración que esta empresa presentó a la Administración a modo de última propuesta tras la modificación del marco económico que tuvo lugar en 2004.

35 — Véanse, en particular, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, apartado 38; de 16 de marzo de 2006, Kapferer, C-234/04, EU:C:2006:178, apartado 20, y de 3 de septiembre de 2009, Fallimento Olimpclub, C-2/08, EU:C:2009:506, apartado 22.

36 — Sentencias Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, apartado 48; Kapferer, EU:C:2006:178, apartado 21, y Fallimento Olimpclub, EU:C:2009:506, apartado 23.

37 — Sentencias Kapferer (EU:C:2006:178), apartado 22, y Fallimento Olimpclub, (EU:C:2009:506), apartado 24.

38 — Véase la sentencia Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434).

96. En efecto, el Tribunal de Justicia declaró en esta sentencia que la apreciación de la compatibilidad de medidas de ayuda o de un régimen de ayudas con el mercado común es competencia exclusiva de la Comisión, que actúa bajo el control del juez de la Unión, dado que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional que pretende consagrar el principio de fuerza de cosa juzgada, como el artículo 2909 del Código Civil italiano, cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho de la Unión, y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión.³⁹

97. Las circunstancias particulares del asunto Lucchini fueron asimismo destacadas en la sentencia Fallimento Olimpiclub,⁴⁰ en la que el Tribunal de Justicia precisó que ese asunto se refería a una situación muy específica en la que se discutían los principios que rigen el reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión en materia de ayudas de Estado, siendo así que la Comisión dispone de competencia exclusiva para examinar la compatibilidad de una medida nacional de ayuda de Estado con el mercado común.

98. No me convence en absoluto la analogía establecida entre las obligaciones, según se especifican en particular en la sentencia Kühne & Heitz,⁴¹ de los órganos administrativos en virtud de su deber de cooperación legal y las que incumben, en virtud de este mismo deber, a los órganos jurisdiccionales nacionales.

99. En efecto, el respeto tanto del carácter definitivo de una resolución administrativa como de la firmeza que adquiere una resolución judicial se basa en la necesidad, en virtud del principio de seguridad jurídica, de garantizar la estabilidad de las situaciones jurídicas. Asimismo, el asunto principal se refiere a una situación particular en la que, según la información facilitada por el Consiglio di Stato, éste puede completar el fallo de una de sus resoluciones que hayan adquirido firmeza y, en su caso, reconsiderar las decisiones adoptadas en cumplimiento de dichas resoluciones por el Commissario *ad acta*.

100. Sin embargo, aun suponiendo que pueda considerarse que esta posibilidad atempera la intangibilidad del principio de fuerza de cosa juzgada, lo que no se ha demostrado claramente (véase el punto 90 de las presentes conclusiones), existe una diferencia importante entre la posibilidad de revisar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza y la posibilidad de reformar una resolución judicial con fuerza de cosa juzgada. La obligación, en determinadas circunstancias, del órgano administrativo de reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza, recogida en la sentencia Kühne & Heitz, parte de la premisa de que esta revisión no pueda perjudicar a terceros. Considero que este requisito no se cumple en el caso de la revisión de resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada. Además, considero que esta sentencia puede entenderse en definitiva como una aplicación de los principios de efectividad y de equivalencia teniendo en cuenta la posibilidad reconocida por el Derecho interno de reformar, en determinadas circunstancias, las resoluciones administrativas que han adquirido firmeza.

101. De las consideraciones expuestas se desprende que cuando una resolución judicial, o en su caso los efectos de las resoluciones de ejecución posteriores, crea una situación incompatible con el Derecho de la Unión, no corresponde, en principio, al juez nacional reconsiderar la misma.

39 — Véase la sentencia Lucchini (EU:C:2007:434), apartados 62 y 63.

40 — Sentencia Fallimento Olimpiclub (EU:C:2009:506), apartado 25.

41 — Sentencia Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17), apartado 28. Véase, asimismo, las sentencias i-21 Germany y Arcor (C-392/04 y C-422/04, EU:C:2006:586), apartados 51 a 55, y Kempter (C-2/06, EU:C:2008:78).

102. Por otra parte, existe una posibilidad de subsanar la situación de vulneración del Derecho de la Unión. En efecto, en el supuesto de que la sentencia con fuerza de cosa juzgada haga imposible la aplicación del Derecho de la Unión, queda la posibilidad de reclamar una indemnización de los perjuicios causados a particulares.⁴²

103. Por lo tanto, propongo que el Tribunal de Justicia responda a la segunda cuestión que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional determinar los términos exactos de una resolución judicial con fuerza de cosa juzgada. Las formas de ejecución de una resolución judicial con fuerza de cosa juzgada corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, sin perjuicio de la observancia de los principios de equivalencia y efectividad. En el caso de que el juez nacional pueda completar, e incluso sustituir, los términos de la resolución con fuerza de cosa juzgada con arreglo a la normativa nacional, le corresponde ejercer esta facultad a efectos de la correcta aplicación del Derecho de la Unión.

IV. Conclusión

104. A la luz de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Consiglio di Stato del siguiente modo:

- «1) Un contrato de arrendamiento de cosa futura pendiente de celebración con las características del contrato controvertido en el litigio principal debe calificarse como contrato público de obras en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.
- 2) Corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional determinar los términos exactos de una resolución judicial con fuerza de cosa juzgada. Las formas de ejecución de una resolución con fuerza de cosa juzgada corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, sin perjuicio de la observancia de los principios de equivalencia y efectividad. En el caso de que el juez nacional pueda completar, e incluso sustituir, los términos de la resolución con fuerza de cosa juzgada con arreglo a la normativa nacional, le corresponde ejercer esta facultad a efectos de la correcta aplicación del Derecho de la Unión.»

42 — Véase, en este sentido, la sentencia Köbler (EU:C:2003:513), apartados 51 y ss.