Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
NILS WAHL
apresentadas em 15 de maio de 2014[1]

Processo C-213/13

Impresa Pizzarotti & C. SpA
contra
Comune di Bari

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Consiglio di Stato (Itália)]

«Contratos públicos — Diretivas 93/37/CE e 2004/18/CE — Conceito de 'contratos de empreitadas de obras públicas' — Contrato a celebrar relativo ao arrendamento de uma obra ainda não construída — Alcance do princípio da autoridade de caso julgado na hipótese de uma situação incompatível com o direito da União»

1. O projeto de criação da nova cidade judiciária de Bari (Itália), destinada à racionalização da utilização dos recursos colocados à disposição dos órgãos jurisdicionais que integram a sua zona através da criação de uma sede única, foi, de forma no mínimo paradoxal, palco de um processo contencioso abundante. Os antecedentes do mesmo estão na base do presente pedido de decisão prejudicial, que se insere no âmbito de um litígio que opõe especificamente a Impresa Pizzarotti & C. SpA (a seguir «Pizzarotti») às autoridades italianas localmente competentes, na sequência de um convite público para apresentação de propostas que teve por objeto a construção desta nova cidade judiciária. Este pedido é simultâneo a uma denúncia enviada à Comissão Europeia pela Comune di Bari, na origem da instauração de um processo de infração contra a República italiana com fundamento no artigo 258.º TFUE.

2. No caso em apreço, o Tribunal de Justiça é convidado a esclarecer, no prolongamento dos ensinamentos do processo denominado KölnMesse[2], se o contrato de arrendamento de uma obra de coisa futura, como o que está em causa no processo principal, cai no âmbito das regras que regulam a atribuição dos contratos de empreitadas de obras públicas. Se for este o caso, e na hipótese de se dever concluir que tal qualificação contraria decisões judiciais que adquiriram força de caso julgado, o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre o alcance da regra de intangibilidade do caso julgado perante uma situação considerada incompatível com o direito da União.

I – **Quadro jurídico**

3. Nos termos do considerando 10 da Diretiva 92/50/CEE[3] «os contratos relativos à aquisição ou locação de bens imóveis ou a direitos sobre estes bens têm características específicas que tornam inadequada a aplicação das regras dos contratos públicos».

1 — Língua original: francês.

2 — Acórdão Comissão/Alemanha (C-536/07, EU:C:2009:664) (a seguir «acórdão KölnMesse»).

3 — Diretiva do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1).

4. O artigo 1.º, alínea a), da Diretiva 92/50 define os «contratos públicos de serviços», para efeitos desta diretiva, como «contratos a título oneroso celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante, com exceção de […] iii) contratos de aquisição ou locação, com recurso a quaisquer modalidades financeiras, de terrenos, edifícios existentes ou outros bens imóveis, ou relativos a direitos sobre esses bens […]».

5. O artigo 1.º, alínea a), da Diretiva 93/37/CEE [4] define os «contratos de empreitada de obras públicas», para efeitos desta diretiva, como «contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, definida na alínea b), por outro, que tenham por objeto quer a execução quer conjuntamente a execução e conceção das obras relativas a uma das atividades referidas no anexo II ou de uma obra definida na alínea c), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante».

6. Entre as atividades profissionais referidas no anexo II da Diretiva 93/37, figuram, na classe 50, a «Construção e engenharia civil». Esta classe compreende, nomeadamente, a «Construção de edifícios e trabalhos de engenharia civil, sem especialização» (subgrupo 500.1), assim como a «Construção de edifícios (de habitação e outros)» (grupo 501).

7. O considerando 24 da Diretiva 2004/18/CE [5] enuncia:

«No âmbito dos serviços, os contratos relativos à aquisição ou à locação de bens imóveis ou de direitos sobre esses bens apresentam características especiais que tornam inadequada a aplicação de regras de adjudicação de contratos públicos.»

8. Nos termos do artigo 1.º, n.º 2, desta diretiva:

«a) ‘Contratos públicos’ são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na aceção da presente diretiva.

b) ‘Contratos de empreitada de obras públicas’ são contratos públicos que têm por objeto quer a execução, quer conjuntamente a conceção e a execução, quer ainda a realização, por qualquer meio, de trabalhos relacionados com uma das atividades na aceção do anexo I ou de uma obra que satisfaça as necessidades especificadas pela entidade adjudicante. […]

[…]»

9. Nos termos do artigo 16.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Exclusões específicas»:

«A presente diretiva não é aplicável aos contratos públicos de serviços relativos:

a) À aquisição ou locação, sejam quais forem as respetivas modalidades financeiras, de terrenos, edifícios existentes ou outros bens imóveis, ou a direitos sobre esses bens; […]

[…]»

4 — Diretiva do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54).

5 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114).

II – **Factos na origem do litígio no processo principal, questões prejudiciais e tramitação processual no Tribunal de Justiça**

10. Os antecedentes do litígio no processo principal, conforme resultam, nomeadamente, da decisão de reenvio, são caraterizados por uma relativa complexidade. Por necessidades de análise, importa referir o seguinte.

11. O processo principal tem origem na publicação, em 14 de agosto de 2003, pela Comune di Bari, de um de um convite público para apresentação de propostas para dotar, logo que possível, a administração judiciária de uma nova sede única, idónea e adequada para instalar todos os órgãos jurisdicionais situados em Bari[6].

12. O anúncio exigia que os proponentes se comprometessem a iniciar a construção das obras antes de 31 de dezembro de 2003. Por outro lado, exigia indicações claras e exaustivas sobre os custos e as modalidades de pagamento a cargo da Administração Municipal e do Ministério da Justiça, tendo em conta o facto de os recursos públicos disponíveis serem de 43,5 milhões de euros, já atribuídos ao projeto, aos quais havia que acrescentar 3 milhões de euros correspondentes aos montantes das rendas anuais suportadas à época pela Comune di Bari para o arrendamento dos imóveis utilizados pelos órgãos jurisdicionais em causa. Por último, este anúncio era acompanhado por um documento, que estabelecia um quadro de exigências, elaborado pela Corte di appello di Bari (Itália).

13. Entre as quatro propostas que foram apresentadas, a Comune di Bari selecionou a da Pizzarotti, através da Decisão n.º 1045/2003, de 18 de dezembro de 2003. Esta decisão previa que uma parte das obras seria vendida à Comune di Bari pela quantia de 43 milhões de euros e que a parte restante seria colocada à sua disposição em regime de arrendamento por uma renda anual de 3 milhões de euros.

14. Por ofício de 4 de fevereiro de 2004, o Ministério da Justiça informou a Comune di Bari de que os recursos públicos disponíveis tinham sido reduzidos a 18,5 milhões de euros e pediu-lhe para verificar se, à luz das propostas recebidas, era possível concretizar o projeto dentro dos limites deste novo quadro económico. Por uma nota de 11 de fevereiro de 2004, a Comune di Bari questionou a Pizzarotti sobre a sua disponibilidade para dar seguimento ao processo iniciado. A Pizzarotti respondeu favoravelmente a este pedido, reformulando a sua oferta em função da redução dos recursos públicos disponíveis.

15. O financiamento público foi completamente suprimido em setembro de 2004. A Pizzarotti apresentou uma nova proposta à Comune di Bari, nos termos da qual previa a possibilidade de realizar as obras destinadas ao arrendamento, conforme previstas na sua proposta inicial.

16. Face à inércia das autoridades municipais, a Pizzarotti instaurou um processo com o objetivo de denunciar a ilegalidade do silêncio da Administração e de obrigar a Comune di Bari a agir.

17. Após uma sentença desfavorável do Tribunale amministrativo regionale per la Puglia de 8 de fevereiro de 2007, o Consiglio di Stato, através do acórdão n.º 4267/2007, deu provimento ao recurso da Pizzarotti. Considerando que o processo não tinha sido encerrado pela aprovação do resultado do convite para apresentação de propostas, decidiu que a Comune di Bari, «no respeito dos princípios de razoabilidade, da boa-fé e da confiança legítima, deve, dando sequência aos seus próprios atos, encerrar o processo através de uma conclusão verdadeiramente adequada, verificando, no âmbito das propostas apresentadas, a possibilidade de realizar a obra dentro dos limites do quadro económico alterado».

6 — Este anúncio foi publicado, nomeadamente, no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 23 de agosto de 2003 (JO S 161).

18. Chamado a pronunciar-se sobre a execução do seu acórdão n.º 4267/2007, o Consiglio di Stato, por acórdão n.º 3817/2008, constatou a inércia da Comune di Bari e ordenou-lhe que executasse integralmente o disposto no seu acórdão n.º 4267/2007 no prazo de 30 dias. Nomeou, para o caso de inércia prolongada, o prefeito de Bari comissário *ad hoc*, para que este decida, eventualmente através de uma pessoa delegada, todas as medidas necessárias à execução deste acórdão.

19. Em 21 de novembro de 2008, o comissário *ad hoc* designado por delegação do prefeito de Bari confirmou a validade das propostas da Pizzarotti e, assim, declarou que o processo relativo ao convite para apresentação de propostas foi concluído de forma positiva.

20. Por seu turno, a Giunta comunale di Bari pôs termo ao processo iniciado pelo convite público para apresentação de propostas, por considerar que a última proposta da Pizzarotti não respeitava as indicações contidas no referido anúncio.

21. A Pizzarotti e a Comune di Bari interpuseram recursos no Consiglio di Stato. A Pizzarotti alegou que, na falta de uma obrigação contratual da Comune di Bari de tomar em arrendamento a obra, esta não executou corretamente a ordem contida no acórdão n.º 3817/2008. A Comune di Bari denunciou a não constatação da deterioração das condições que afetaram a realização do processo.

22. Através da Decisão de execução n.º 2153/2010 de 15 de abril de 2010, o Consiglio di Stato deu provimento ao recurso da Pizzarotti e negou provimento ao da Comune di Bari. Relativamente à ação do comissário *ad hoc*, considerou que esta, ainda que apropriada, estava, no entanto, incompleta, por falta de uma «conclusão verdadeiramente adequada», na aceção do acórdão n.º 4267/2007. Por conseguinte, fixou um prazo de 180 dias para o encerramento do processo através da adoção de atos necessários para a realização concreta da proposta da Pizzarotti.

23. Por decisão de 27 de maio de 2010, o comissário *ad hoc* concluiu que «o anúncio de convite para apresentação de propostas de agosto de 2003 […] não [teve] um desfecho positivo».

24. A Pizzarotti interpôs recurso desta decisão no Consiglio di Stato que lhe deu provimento através da decisão de execução n.º 8420/2010, de 3 de dezembro de 2010. Sublinhando o caráter incoerente das conclusões relativas ao convite público para apresentação de propostas contidas, respetivamente, na decisão de 21 de novembro de 2008 e na decisão de 27 de maio de 2010, considerou que a única conclusão que se impõe é a que consta na primeira destas decisões. Relativamente à implicação de um terceiro adquirente e locador dos imóveis utilizados na cidade judiciária de Bari, bem como ao contrato de arrendamento, observou que a apreciação do comissário *ad hoc* não assentou num exame aprofundado e, assim, violou a ordem do tribunal, segundo a qual os pressupostos fatuais e jurídicos da realização concreta da proposta tinham de ser verificados. No que respeita à alegada falta de conformidade urbana da proposta da Pizzarotti, reafirmou a necessidade de o comissário *ad hoc* dar início aos processos necessários para a adoção desta proposta, após verificação dos outros pressupostos regulamentares. Por conseguinte, o ato do comissário *ad hoc* foi anulado com o fundamento de que violava a autoridade de caso julgado.

25. Posteriormente, o novo comissário *ad hoc* nomeado pelo prefeito de Bari implementou todas as ações necessárias para a adoção da sua decisão de 23 de abril de 2012 de «variante do plano de urbanismo» relativa ao plano diretor geral da Comune di Bari, no que respeita aos terrenos em causa para a construção da cidade judiciária.

26. A Pizzarotti impugnou esta decisão no Consiglio di Stato com o fundamento de que a mesma permitia eludir o caso julgado.

27. O órgão jurisdicional de reenvio questiona, em primeiro lugar, se o contrato de arrendamento de coisa futura, a celebrar sob a forma de contrato-promessa de arrendamento, equivale, apesar da presença de elementos característicos de um contrato de arrendamento, a um contrato de empreitada não sujeito à aplicação do caso de exclusão específico referido no artigo 16.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18. Questiona, em especial, sobre o alcance da expressão «outros bens imóveis», que figura nesta disposição, e sobre o significado do considerando 24 da referida diretiva.

28. Em segundo lugar, admitindo que o contrato em causa constitui um contrato de empreitada, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se pode considerar ineficaz o caso julgado no processo principal através do seu acórdão n.º 4267/2007, uma vez que conduz, devido a decisões de execução posteriores e a atos do comissário *ad hoc*, a uma situação incompatível com o direito da União em matéria de adjudicação de contratos públicos. Sublinha, a este respeito, que, por força da sua própria jurisprudência, pode completar o dispositivo inicial de uma das suas decisões através de uma decisão de aplicação, que origina o «caso julgado de formação progressiva». Acrescenta que, ao abrigo da jurisprudência do Tribunal de Justiça, o princípio da autoridade de caso julgado, tal como é reconhecido pelo artigo 2909.º do Código Civil italiano, não impede a aplicação correta do direito da União a uma situação abrangida por tal autoridade.

29. Nestas condições, o Consiglio di Stato decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«1) O contrato de arrendamento de coisa futura a ser celebrado, incluindo sob a forma mais recentemente sugerida de [promessa] de arrendamento, é equivalente a um contrato de empreitada de obras públicas, embora com alguns elementos característicos do contrato de arrendamento, e, portanto, não faz parte dos contratos excluídos das regras aplicáveis aos contratos públicos nos termos do artigo 16.º [da Diretiva 2004/18]?

2) Se a resposta à primeira questão for afirmativa, o tribunal nacional, concretamente o tribunal de reenvio, pode considerar ineficaz a decisão eventualmente proferida em relação ao caso vertente, tal como consta da [decisão de reenvio], por permitir a manutenção de uma situação jurídica contrária ao direito [da União] em matéria de contratos públicos, sendo, portanto, possível executar uma decisão contrária ao direito [da União]?»

30. As partes no processo principal, os Governos italiano e alemão, bem como a Comissão, apresentaram observações escritas.

31. Em 27 de fevereiro de 2014 teve lugar uma audiência, na qual participaram as partes no processo principal, os Governos italiano e alemão, bem como a Comissão.

III – **Análise**

A – *Quanto à admissibilidade*

32. A Pizzarotti tem dúvidas quanto à admissibilidade do presente pedido de decisão prejudicial, com base em dois fundamentos.

33. Em primeiro lugar, invoca que a Diretiva 2004/18, único diploma referido pelo presente pedido de decisão prejudicial, não é aplicável *ratione temporis* ao processo principal.

34. Em segundo lugar, a Pizzarotti alega que a resposta do Tribunal de Justiça não terá qualquer efeito na resolução do litígio no processo principal, que é caraterizado pela presença de várias decisões judiciais [7] que adquiriram força de caso julgado segundo o direito nacional italiano.

35. Nenhum dos fundamentos de inadmissibilidade invocados pela Pizzarotti me convence.

36. Em primeiro lugar, quanto ao fundamento relativo à inaplicabilidade da Diretiva 2004/18, única referida pelo órgão jurisdicional de reenvio, ao caso em apreço, não considero que seja suficiente para declarar o presente pedido de decisão prejudicial inadmissível.

37. É certo que, tal como observaram, nomeadamente, a Pizzarotti e a Comissão, é jurisprudência assente [8] que a data relevante para identificar a legislação aplicável a um contrato público é aquela em que a entidade adjudicante escolhe o tipo de procedimento que vai adotar e que dirime definitivamente a questão de saber se existe ou não obrigação de proceder à abertura prévia de um concurso para a adjudicação de um contrato público. Decorre do caso em apreço que a decisão de 14 de agosto de 2003 é que é relevante [9]. Ora, nesta data, apenas a Diretiva 93/37, lida em conjugação com a Diretiva 92/50, era aplicável.

38. Todavia, considero que este erro de identificação da legislação da União aplicável ao processo principal é completamente relativo e não tem consequências no caso em apreço. Com efeito, as disposições que são relevantes, ou seja, o artigo 1.º, alínea a), da Diretiva 93/37 e o artigo 1.º, alínea a), iii), da Diretiva 92/50, foram retomadas em termos bastante semelhantes na Diretiva 2004/18, que, no essencial, constitui uma reforma e uma simplificação da regulamentação anteriormente aplicável.

39. Nesta configuração — que não implica claramente uma alteração da problemática jurídica suscitada pela decisão de reenvio ou exame de aspetos de direitos não debatidos no âmbito do processo principal [10], considero que uma reformulação das questões, que vise, na realidade, obter a interpretação das disposições da Diretiva 93/37, é perfeitamente possível.

40. Em segundo lugar, no que respeita ao fundamento de inadmissibilidade relativo à existência de decisões judiciais que adquiriram força de caso julgado que privam as respostas do Tribunal de Justiça de qualquer utilidade para a resolução do litígio em causa no processo principal, também não pode ser julgado procedente. Com efeito, a avaliação das consequências da autoridade ou da força do caso julgado associada às decisões referidas pelo órgão jurisdicional de reenvio está precisamente no centro da problemática visada pela segunda questão. Mesmo admitindo que, pela sua argumentação, a Pizzarotti também pretende, na realidade, pôr em causa a relevância das questões colocadas, basta recordar que, quando são chamados a conhecer de um litígio, compete, em princípio, apenas aos órgãos jurisdicionais nacionais apreciar a relevância das questões que submetem ao Tribunal de Justiça. Este apenas atuará de outro modo caso se afigure de «maneira manifesta» que a interpretação

7 — A Pizzarotti refere duas decisões: a primeira é a do Tribunale amministrativo regionale per la Puglia de 18 de maio de 2004, que, decidindo sobre o recurso interposto por um proponente excluído, decidiu que o convite público para apresentação de propostas assumia um caráter puramente exploratório que visa procurar soluções adequadas para a criação da cidade judiciária de Bari, e, por conseguinte, não conduz a nenhum compromisso da Administração Municipal de adjudicar posteriormente um contrato de empreitada. A segunda é o acórdão n.º 4267/2007 do Consiglio di Stato, que teria obrigado a referida Administração a executar corretamente o processo iniciado ao celebrar um contrato de arrendamento de coisa futura com a Pizzarotti.

8 — V., nomeadamente, acórdão Comissão/Países Baixos (C-576/10, EU:C:2013:510, n.º 52 e jurisprudência referida).

9 — Tal como o Consiglio di Stato referiu, «o convite para apresentação de propostas realizado pela Comune de Bari, a escolha, no final deste, do projeto elaborado pela Pizzarotti, a submissão do referido projeto ao Ministro da Justiça e a nota n.º 249 de 4 de fevereiro de 2004 desta autoridade, constituem igualmente fases de um processo complexo destinado à realização de uma nova cidade judiciária».

10 — Neste sentido, o Tribunal de Justiça recordou reiteradamente que tinha por missão interpretar todas as disposições do direito da União necessárias para que os órgãos jurisdicionais nacionais decidam sobre os litígios que lhe são submetidos, mesmo que estas disposições não sejam expressamente referidas nas questões que lhe são submetidas por estes órgãos jurisdicionais (v., nomeadamente, acórdãos Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, n.º 39, e Worten, C-342/12, EU:C:2013:355, n.º 30).

do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio do processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas [11]. Em meu entender, não é este o caso.

41. Nestas condições, considero que o pedido de decisão prejudicial deve ser considerado admissível.

B – *Quanto à primeira questão: existência de um contrato de empreitada de obras públicas na aceção da Diretiva 93/37*

1. Exposição da problemática

42. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende obter esclarecimentos sobre a qualificação jurídica, ao abrigo da legislação da União sobre os contratos públicos, de um contrato designado pelo órgão jurisdicional de reenvio como «contrato de arrendamento de coisa futura a ser celebrado, nomeadamente sob a forma mais recentemente sugerida de promessa de arrendamento».

43. Mais precisamente, importa determinar se a proposta enviada pela Comune di Bari à Pizzarotti, na sequência da supressão do financiamento público inicialmente previsto (v. n.os 14 e 15 das presentes conclusões), deve ser analisada no sentido de que visa a conclusão de uma operação de arrendamento não sujeita à aplicação da legislação da União sobre os contratos públicos ou se, pelo contrário, é suscetível de vincular a Comune di Bari à adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas e, assim, impor o lançamento de um novo processo.

44. No essencial, estão em confronto duas posições.

45. A Pizzarotti e o Governo italiano, apoiados em vários aspetos pelo Governo alemão, alegam que o contrato previsto no processo principal não responde aos critérios de definição de um contrato de empreitada, que constam da regulamentação aplicável e que foram precisados pelo Tribunal de Justiça. O referido contrato está abrangido pela exclusão prevista no artigo 1.º, alínea a), iii), da Diretiva 92/50 e no artigo 16.º, alínea a), da Diretiva 2004/18.

46. Alegam, em primeiro lugar, que o processo principal não é relativo à realização de uma obra, mas ao arrendamento de um imóvel. Isto resulta, nomeadamente, dos termos do anúncio de contrato e da decisão da Comune di Bari de 18 de dezembro de 2003, assim como das caraterísticas específicas do contrato, que são típicas de um contrato de arrendamento nos termos do artigo 1571.º do Código Civil italiano e que se distinguem claramente das caraterísticas em causa no processo que deu origem ao acórdão KölnMesse.

47. Em segundo lugar, alegam que, no processo principal, a Comune di Bari não está obrigada a pagar uma contrapartida financeira para obter uma prestação de trabalhos de construção que respondam ao seu interesse económico direto, o que priva o contrato de caráter oneroso.

48. A Pizzarotti e o Governo italiano alegam, em terceiro lugar, que a Comune di Bari não tem o poder de obrigar a Pizzarotti, por via judiciária, a executar as empreitadas.

49. Em quarto lugar, alegam que a Comune di Bari não teria juntado ao documento elaborado pela commissione di manutenzione della Corte d'appello di Bari especificações técnicas, na aceção do ponto 1 do anexo III da Diretiva 93/37, ou do ponto 1, alínea a), do anexo VI da Diretiva 2004/18, nem caderno de encargos, na aceção do artigo 10.º da Diretiva 93/37, ou do artigo 23.º da Diretiva

11 — V., neste sentido, acórdão Fish Legal e Shirley (C-279/12, EU:C:2013:853, n.º 30).

2004/18, o que confirma que a sua intenção não era adjudicar um contrato de empreitada de obras públicas, mas obter um convite para apresentação de propostas, não vinculativo, destinado a reunir as iniciativas privadas que se propunha avaliar com total autonomia e sem qualquer obrigação decisória. A Pizzarotti e o Governo italiano acrescentam que, em todo caso, o contrato previsto no processo principal se caracteriza pela ausência de especificações técnicas precisas sobre o tipo de empreitadas a efetuar à semelhança das observadas no processo KölnMesse.

50. A Comune di Bari e a Comissão consideram, por seu turno, que o contrato previsto no processo principal constitui um contrato de empreitada de obras públicas, na aceção do artigo 1.º, alínea a), da Diretiva 93/37, cuja atribuição deveria ter observado as regras processuais e de transparência previstas pela referida diretiva.

51. Importa constatar que a argumentação desenvolvida pelas partes no processo principal e pelos diferentes intervenientes no presente processo incide, no essencial, na questão de saber se as condições recordadas e precisadas pelo Tribunal de Justiça, nomeadamente no seu acórdão KölnMesse, para considerar que existe um contrato de empreitada de obras públicas na aceção da regulamentação da União, estão reunidas no processo principal.

52. Ora, observo que o processo KölnMesse tinha por objeto uma problemática de qualificação jurídica da operação em causa diferente da que é suscitada pela primeira questão formulada no presente pedido de decisão prejudicial. No referido processo, o Tribunal de Justiça tinha de determinar se o aspeto «arrendamento» do contrato celebrado entre a cidade de Colónia e a Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR prevalecia sobre o objetivo de construção de obras. A exclusão prevista no artigo 1.º, alínea a), iii), da Diretiva 92/50 e no artigo 16.º, alínea a), da Diretiva 2004/18 nunca esteve em causa.

53. No processo principal, tendo em conta a formulação escolhida do órgão jurisdicional de reenvio, coloca-se, antes de mais, a questão de saber se as operações a celebrar sobre bens futuros podem estar abrangidas pela exceção à aplicação das regras em matéria de contratos públicos previstas por estas disposições. Isto significa que, aparentemente, o órgão jurisdicional de reenvio partiu do princípio de que o contrato previsto é relativo a um contrato público de serviços suscetível, atendendo à sua especificidade, de escapar à aplicação das regras de adjudicação de contratos públicos.

54. De igual modo, exporei, numa primeira fase, os motivos pelos quais importa, em meu entender, considerar que a exceção em causa não pode, em todo caso, visar obras cuja realização não foi iniciada.

55. Ora, uma vez que, além desta questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, pode também ser necessária uma decisão sobre a questão de saber se, nas circunstâncias do caso em apreço, estão reunidas as condições para se considerar que existe «um contrato de empreitada de obras públicas» em vez de um contrato público de serviços, irei indicar de que modo, em meu entender e na continuação dos ensinamentos do acórdão KölnMesse, deve ser abordado o projeto de contrato controvertido no processo principal.

2. As disposições do artigo 1.º, alínea a), iii), da Diretiva 92/50 visam necessariamente as operações relativas a um bem imobiliário existente

56. Julgo ser oportuno recordar um parâmetro-chave que deve ser tido em conta para determinar se uma operação está, ou não, abrangida pelo âmbito de aplicação das diretivas relativas à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos: a regulamentação da União em matéria de contratos públicos tem como principal objetivo eliminar as restrições às liberdades fundamentais e favorecer uma abertura à concorrência efetiva [12].

12 — V. os segundo e décimo considerandos da Diretiva 93/37, assim como o considerando 2 da Diretiva 2004/18.

57. Esta finalidade é comprometida quando uma entidade adjudicante, sem ter previamente iniciado os processos de adjudicação dos contratos visados pela regulamentação da União, encarrega uma empresa de executar as empreitadas ou os serviços, independentemente dos motivos e do contexto da realização das referidas empreitadas ou serviços, e do seu destino [13].

58. A prossecução eficaz do referido objetivo implica necessariamente que a qualificação de uma dada operação de contrato de empreitada deve ser entendida em sentido amplo e, em paralelo, que os casos de exclusão devem, por seu turno, ser encarados de forma restritiva.

59. Em especial, isto ocorre relativamente às exclusões que são específicas a determinados contratos de serviços públicos referidas no artigo 1.º, alínea a), da Diretiva 92/50 (que são retomadas, no essencial, pelo artigo 16.º da Diretiva 2004/18) [14]. Tal como é referido no considerando 24 da Diretiva 2004/18, estas são as «caraterísticas especiais» de alguns contratos que tornam inadequada a aplicação de regras de adjudicação de contratos públicos.

60. No que respeita à exclusão relativa à aquisição ou ao arrendamento dos bens imóveis [15], interpretada em sentido amplo, só pode, em meu entender, visar bens existentes. A abertura do concurso decorrente da aplicação das regras em matéria de contratos públicos tem, efetivamente, pouco sentido quando se refere ao arrendamento ou à venda de um determinado bem existente, que, devido à sua unicidade, não está sujeito a um confronto com outros bens. Além disso, resulta de algumas empreitadas preparatórias que a exclusão dos contratos relativos ao arrendamento ou à aquisição de bens imóveis se explica, originariamente, pelo caráter local e não transfronteiriço destes contratos [16]. Em contrapartida, uma vez que as atividades em causa compreendem a construção futura de bens imóveis e, assim, a execução de empreitadas, a abertura à concorrência e a transparência exigidas por estas regras não se afiguram de todo inadequadas, sendo as mesmas aplicáveis. De igual modo, a referência que consta das disposições em causa a «outros bens imóveis» deve, em minha opinião, ser entendida no sentido de que visa bens de natureza diferente dos terrenos e edifícios e não de bens ainda não construídos.

61. Daqui decorre que, sem que seja necessário decidir precisamente sobre a questão de saber a partir de que momento se deve considerar que existe um bem imóvel, a exceção relativa à compra ou ao arrendamento de «terrenos, edifícios ou outros bens imóveis» não pode, em caso algum, visar bens cuja construção ainda nem começou, como parece ser o caso no processo principal. Quando uma administração pública opta, no âmbito da instalação de determinados serviços, por uma modalidade de compra ou de arrendamento de uma obra a realizar, há que submeter a operação aos processos de adjudicação de contratos previstos pela regulamentação relevante.

13 — V., neste sentido, conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Auroux e o. (C-220/05, EU:C:2006:410, n.º 43).

14 — V, igualmente, artigo 10.º, alínea a), da recente Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18 (JO L 94, p. 65).

15 — Artigo 1.º, alínea a), iii), da Diretiva 92/50 e artigo 16.º, alínea a), da Diretiva 2004/18.

16 — V., nomeadamente, a exposição dos fundamentos da proposta de diretiva do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, apresentada em 6 de dezembro de 1990 [COM(90) 372 final — SYN 293).

3. As condições de existência de um contrato de empreitada estão, em todo caso, reunidas numa situação como a que está em causa no processo principal

62. Conforme o Tribunal de Justiça recordou reiteradamente, a qualificação de uma operação de contrato de empreitada de obras públicas pertence ao domínio do direito da União e deve ser independente da definida com fundamento no direito nacional [17]. Também não são determinantes para decidir se uma convenção ou uma operação está abrangida pelo âmbito de aplicação de uma diretiva em matéria de contratos públicos as qualificações jurídicas eventualmente dadas pelos respetivos contraentes [18].

63. Relativamente ao processo principal, a qualificação formal do contrato em causa de «contrato de arrendamento» não é, assim, um elemento decisivo. De igual modo, o facto de este contrato apresentar, como afirmam a Pizzarotti e o Governo italiano, determinadas caraterísticas de um contrato de arrendamento, na aceção do artigo 1571.º do Código Civil italiano, de um conjunto imobiliário não é, de modo algum, relevante.

64. Neste contexto, impõe-se um esclarecimento. Não está em causa a liberdade de que dispõem as autoridades públicas nacionais na escolha do processo contratual que consideram adequado para a realização de empreitadas ou de serviços, nem ainda a legalidade de determinados tipos de contratos, mas sim evitar os riscos de desvio às regras em matéria de contratos públicos que pode dar origem ao recurso a algumas fórmulas contratuais. Dito noutros termos, a regulamentação da União em matéria de contratos públicos não afeta a legalidade do recurso a um contrato de arrendamento, tendo em vista a edificação de uma obra, desde que, antes da sua conclusão, sejam respeitadas as regras de publicidade e de abertura à concorrência previstas por esta regulamentação.

65. Por outro lado, o âmbito de aplicação da diretiva deve ser determinado por referência apenas às condições objetivas que são expressamente definidas pelas diretivas adotadas na matéria em causa.

66. Desde logo, isto implica que as finalidades reais ou fictícias que as autoridades públicas visam prosseguir são irrelevantes para determinar se um contrato deve ser qualificado de contrato de empreitada. Por conseguinte, não pode ser tida em conta a circunstância, mesmo admitindo que é verdadeira, de a Comune di Bari apenas ter tido como intenção inicial dotar a administração da justiça de uma sede judiciária única em Bari, mesmo que tal não passe necessariamente pela realização de empreitadas.

67. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça declarou que a definição do conceito de «contrato de empreitada de obras públicas», contida no artigo 1.º, alínea a), da Diretiva 93/37, contempla todas as operações em que um contrato oneroso é celebrado entre uma entidade adjudicante e um empreiteiro, e tem por objeto a execução, por este último, de uma «obra», na aceção do artigo 1.º, alínea c), da mesma diretiva. O critério essencial, a este respeito, é o que consiste no facto de essa obra ser executada de acordo com as necessidades indicadas pela entidade adjudicante, sendo indiferentes os meios utilizados para essa execução [19]. Assim, é necessário que a referida entidade adjudicante tenha tomado medidas no sentido de definir as características da obra ou, pelo menos, de exercer uma influência determinante na conceção da mesma [20].

68. Por último, resulta da jurisprudência que, quando um contrato contém simultaneamente elementos de um contrato de empreitada de obras públicas e elementos de outro tipo de contrato público, é o objeto principal do contrato que determina as regras do direito da União aplicáveis [21].

17 — V. acórdão Auroux e o. (C-220/05, EU:C:2007:31, n.º 40 e jurisprudência referida).

18 — Acórdão KölnMesse (n.º 54).

19 — Acórdão KölnMesse (n.º 55).

20 — Acórdão Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, n.º 67).

21 — V., nomeadamente, acórdão KölnMesse (n.º 57).

69. No caso em apreço, a partir dos elementos do processo considero que a operação visada no processo principal apresenta todas as caraterísticas de um contrato de empreitada, tendo este, em definitivo, por objetivo principal a realização a título oneroso de uma obra que responde às necessidades estabelecidas pela entidade adjudicante.

70. Em primeiro lugar, estes elementos demonstram que o objetivo de todo o processo controvertido, que foi iniciado pela publicação de um anúncio de concurso de 14 de agosto de 2003, consistia na edificação, em conformidade com as pretensões das autoridades públicas competentes, de novos locais que se destinavam a ser utilizados como sede única dos órgãos jurisdicionais localizados em Bari.

71. Isto decorre, antes de mais, do convite público para apresentação de propostas («Ricerca di Mercato») de 14 de agosto de 2003, que refere em especial que «o proponente, mediante a formulação da sua proposta, compromete-se a iniciar a construção da obra antes de 31 de dezembro do corrente ano».

72. Em seguida, resulta do documento anexo a este convite para apresentação de propostas, elaborado pela Corte d'appello di Bari e aprovado pela commissione di manutenzione [documento intitulado «Quadro esigenziale» (Quadro de exigências)], cuja relevância para efeitos da apreciação do contrato projetado não está em causa [22], que as autoridades públicas competentes especificaram um determinado número de exigências estruturais, funcionais e organizacionais a que o projeto de cidade judiciária única devia responder, tendo em conta a regulamentação aplicável e um conjunto de dados estatísticos relativos às atividades judiciárias de Bari. Em meu entender, estas exigências, que constam de várias dezenas de páginas, parecem ir muito além das exigências habituais de um locatário em relação a um imóvel novo de uma certa envergadura [23].

73. Por último, a deliberação do Consiglio comunale n.º 1045/2003 de 18 de dezembro de 2003, relativa à seleção da proposta apresentada pela Pizzarotti, refere expressamente a «construção de uma sede única» dos órgãos jurisdicionais.

74. Mais globalmente, considero que, na aceção das Diretivas 93/37 e 2004/18, não é possível analisar o objeto imediato e, por conseguinte, principal de um contrato relativo a uma obra cuja construção ainda não começou, em princípio e no prolongamento dos ensinamentos do acórdão KölnMesse, como sendo o arrendamento do imóvel, independentemente da modalidade contratual escolhida nos termos do direito nacional. É lógico que o objetivo prioritário de tal contrato só pode ser a construção dos referidos edifícios que, assim, deviam, em seguida, ser postos à disposição da entidade adjudicante por meio de uma relação contratual qualificada de contrato de arrendamento [24].

75. Regressando ao processo principal, afigura-se que a Pizzarotti não podia, em caso algum, cumprir a obrigação, prevista no projeto de promessa de arrendamento, de pôr à disposição a obra específica na zona determinada sem realizar previamente a sua construção.

76. As numerosas especificações técnicas contidas nos documentos de referência demonstram que a entidade adjudicante adotou medidas com o objetivo de determinar as caraterísticas da obra ou, pelo menos, de exercer uma influência decisiva sobre a conceção da mesma. Estes elementos, assim como o abundante contencioso que resultou da não celebração do contrato em causa no processo principal evidenciam claramente, em meu entender, o facto de a Pizzarotti não estar disposta a realizar a obra em questão se não existirem as necessidades especificamente referidas pela Comune di Bari e a aceitação, por parte desta, da proposta de realização formulada em resposta ao anúncio público de convite para apresentação de propostas.

22 — O projeto de promessa de arrendamento de maio de 2012 refere-se, em especial no seu considerando 10 e no seu artigo 7.º, a este quadro de exigências.

23 — Acórdão KölnMesse (n.º 58).

24 — *Ibidem* (n.º 56).

77. Em segundo lugar, parece-me evidente que, apesar de, em relação a este ponto, ser distinto do processo KölnMesse, [25] o contrato em causa no processo principal foi celebrado a título oneroso.

78. É certamente verdade que a remuneração sob forma de renda anual que é suposto a Comune di Bari pagar durante os 18 anos do contrato em questão está longe de cobrir os custos de realização da obra.

79. No entanto, esta constatação não pode conduzir a uma negação do caráter oneroso do contrato em causa.

80. Com efeito, para distinguir um contrato público de serviços de um contrato de empreitada de obras públicas [26], e contrariamente ao que parece sugerir a Pizzarotti, bem como os Governos italiano e alemão [27], não pode ser atribuído peso decisivo ao montante da contrapartida financeira das prestações de construção. Tal como o Tribunal de Justiça declarou, o elemento determinante para a qualificação de um contrato de direito público é o seu objeto principal e não o montante da remuneração do empreiteiro ou as modalidades de pagamento da mesma [28]. O facto de o pagamento da renda anual durante um período de 18 anos, doravante previsto pelo contrato em causa, não cobrir integralmente os custos de realização da obra não pode, em caso algum, alterar o caráter oneroso do contrato e, por conseguinte, conduzir à exclusão da existência de um contrato de empreitada de obras públicas. A este respeito, a obtenção efetiva de um benefício pelo operador económico não pode constituir uma condição necessária para efeitos da qualificação de um contrato enquanto contrato de empreitada de obras públicas [29].

81. A condição associada à existência de um «interesse económico direto para a entidade adjudicante» não implica necessariamente que esta se torne proprietária da obra, pudendo essa condição ser satisfeita por um título de arrendamento que garanta a disponibilidade da obra à autoridade pública em causa [30].

82. Atendendo ao exposto, proponho responder à primeira questão que um contrato de arrendamento de uma obra de coisa futura a ser celebrado, que apresenta as caraterísticas do que está em causa no processo principal, deve ser qualificado de contrato de empreitada de obras públicas na aceção do artigo 1.º, alínea a), da Diretiva 93/37.

C – Quanto à segunda questão: exigências que decorrem dos princípios da cooperação leal e do respeito da autoridade de caso julgado perante uma situação alegadamente incompatível com o direito da União

83. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio questiona se pode considerar-se ineficaz a decisão eventualmente proferida no processo em causa, uma vez que permite a criação de uma situação jurídica incompatível com o direito da União em matéria de adjudicação dos contratos de empreitadas públicas, e se, por conseguinte, é possível executar um caso julgado, que é incompatível com o referido direito.

25 — Neste processo, o Governo alemão referiu o facto de o montante total que devia ser pago à Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR a título de rendas, no montante final de cerca de 600 milhões de euros, ser bastante superior ao custo da construção dos edifícios, que era de cerca de 235 milhões de euros.

26 — E isto contrariamente à distinção entre um contrato público de serviços e um contrato público de fornecimento [v., nomeadamente, artigo 2.º da Diretiva 92/50 e artigo 1.º, n.º 2, alínea d), segundo parágrafo, da Diretiva 2004/18].

27 — Referem-se, nomeadamente, às conclusões da advogada-geral V. Trstenjak no processo Comissão/Alemanha (C-536/07, EU:C:2009:340), que sugeria que se efetuasse igualmente uma «comparação dos respetivos preços» (n.º 105).

28 — V., acórdão KölnMesse (n.º 61).

29 — Acórdão Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o. (C-159/11, EU:C:2012:817).

30 — V., neste sentido, acórdão Helmut Müller (EU:C:2010:168, n.ºs 50 e 51).

84. Desde logo, devo expressar a minha perplexidade quanto à identificação exata do que, de acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, constitui o «caso julgado», ou seja, tanto o *thema decidundum* como a *ratio decidendi*, que se revela problemática na perspetiva da observância do direito da União.

85. Embora tenha plena consciência de que, em definitivo, compete exclusivamente ao órgão jurisdicional nacional determinar o que constitui a ou as decisões judiciais que obstam à aplicação plena do direito da União, a necessidade de responder da forma mais útil possível ao órgão jurisdicional de reenvio leva-me a afirmar o seguinte.

86. No caso em apreço, o único «caso julgado» a que se refere o órgão jurisdicional de reenvio [31] é constituído pelo seu acórdão n.º 4267/2007, mais precisamente pela decisão constante deste acórdão, segunda a qual a Comune di Bari, «no respeito dos princípios de razoabilidade, da boa-fé e da confiança legítima, deve, dando sequência aos seus próprios atos, terminar o processo através de uma conclusão verdadeiramente adequada, verificando, no âmbito das propostas apresentadas, a possibilidade de realizar a obra nos limites do quadro económico alterado».

87. Embora, conforme declara o Consiglio di Stato, esta decisão seja «suscetível de várias e diferentes soluções de aplicação», é, *a priori*, difícil compreender por que motivos a execução deste acórdão se revela necessariamente contrária ao direito da União e, em especial, à aplicação da regulamentação relevante em matéria de contratos de empreitada de obras públicas.

88. À semelhança do que referiu a Comune di Bari, parece que o único caso (definitivamente) julgado pelo Consiglio di Stato no acórdão n.º 4267/2007 está relacionado com a obrigação que lhe incumbe (assim como ao comissário *ad hoc*) de encerrar o processo iniciado pelo convite público para apresentação de propostas. Nenhum elemento permite, *a priori*, excluir que o encerramento deste processo, na aceção do referido acórdão, possa tomar a forma de um novo processo de adjudicação lançado em conformidade com as regras da União em matéria de contratos públicos.

89. Todavia, afigura-se que o órgão jurisdicional de reenvio acolheu, pelo menos parcialmente [32], a interpretação defendida pela Pizzarotti, segundo a qual este acórdão e as posteriores decisões judiciais deviam ser interpretados no sentido de que impõem a celebração do contrato «de arrendamento» previsto com a Pizzarotti, o que é suscetível de originar uma situação que viola o direito da União. Além disso, foi aparentemente concedida alguma autoridade às decisões de execução adotadas pelo comissário *ad hoc* (v., decisão n.º 8420/2010). Ora, segundo a minha compreensão das disposições do Código do Procedimento Administrativo italiano, o juiz conhece de todas as questões relativas à correta conformidade, incluindo as que resultam dos atos do comissário *ad hoc*, que atua na qualidade de auxiliar de justiça.

90. Além disso, embora se afigure que, como parece resultar das disposições do referido Código do Procedimento Administrativo [33], conforme interpretadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, este dispõe do poder de completar o dispositivo do acórdão n.º 4267/2007, o que dá origem ao que qualifica de «caso julgado de formação progressiva», considero difícil concluir que o princípio da intangibilidade do caso julgado é posto em causa. Com efeito, uma vez que o órgão judicial dispõe do poder de esclarecer ou modificar uma decisão anteriormente adotada, esta possibilidade deve ser reconhecida nas mesmas condições para garantir a aplicação plena do direito da União.

91. Neste contexto, trata-se em definitivo da possibilidade de o órgão jurisdicional nacional, na execução de decisões judiciárias que podem ser objeto de várias interpretações, privilegiar aquela que garante que a Administração atua em conformidade com o direito da União.

31 — Mesmo que, aparentemente, as partes tenham exigido a conformidade com o acórdão n.º 8420/2010.

32 — V., a este respeito, a exposição das decisões adotadas pelo Consiglio di Stato em reação, nomeadamente, às ações do comissário *ad hoc* de 27 de maio de 2010 (n.ºs 23 a 25 das presentes conclusões).

33 — Decreto Legislativo n.º 104, de 2 de julho de 2010 (GURI n.º 156, de 7 de julho de 2010).

92. Em contrapartida, caso o órgão jurisdicional de reenvio conclua que a boa aplicação do direito da União em matéria de contratos de empreitada de obras públicas é necessariamente contrária ao caso julgado pelo seu acórdão n.º 4267/2007 ou por decisões posteriores [34], situação cuja verificação lhe compete exclusivamente, as modalidades de aplicação da autoridade de caso julgado são da competência da autonomia processual dos Estados-Membros, sob reserva da observância dos princípios da equivalência e da efetividade.

93. A este respeito, o Tribunal de Justiça não deixou de recordar a importância que assume o princípio da autoridade de caso julgado, tanto na ordem jurídica da União como nas ordens jurídicas nacionais. Com efeito, para garantir quer a estabilidade do direito e das relações jurídicas quer uma boa administração da justiça, importa que as decisões jurisdicionais transitadas em julgado após esgotamento das vias de recurso disponíveis ou após expiração dos prazos previstos por estes recursos já não possam ser postas em causa [35]. Consequentemente, o direito da União não obriga um órgão jurisdicional nacional a deixar de aplicar as regras processuais internas que conferem autoridade de caso julgado a uma decisão, mesmo que isto permita obviar a uma violação do direito da União pela decisão em causa [36].

94. Na falta de regulamentação da União na matéria, as modalidades de aplicação do princípio da autoridade de caso julgado fazem parte da ordem jurídica interna dos Estados-Membros ao abrigo do princípio da autonomia processual destes últimos. Todavia, essas modalidades não devem ser menos favoráveis do que as que regulam situações semelhantes de natureza interna (princípio da equivalência) nem ser concebidas de forma a tornarem impossível, na prática, ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (princípio da efetividade) [37].

95. O acórdão Lucchini [38], que aparentemente constitui um desvio ao princípio da força de caso julgado, foi circunscrito pelo próprio Tribunal de Justiça, que o considerou relativo ao domínio bastante específico dos auxílios estatais.

96. Com efeito, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça esclareceu que, a apreciação da compatibilidade de medidas de auxílio ou de um regime de auxílios com o mercado comum é da competência exclusiva da Comissão, sob a fiscalização do juiz comunitário, opondo-se o direito comunitário à aplicação de uma disposição do direito nacional que pretende consagrar o princípio da força de caso julgado, como o artigo 2909.º do Código Civil italiano, quando a sua aplicação obsta à recuperação de um auxílio estatal concedido em violação do direito comunitário e cuja incompatibilidade com o mercado comum foi declarada por uma decisão da Comissão que se tornou definitiva [39].

97. As especificidades do processo Lucchini foram igualmente assinaladas no acórdão Fallimento Olimpiclub [40], através do qual o Tribunal de Justiça esclareceu que o referido processo era relativo a uma situação completamente circunscrita em que estavam em causa os princípios que regulam a repartição das competências entre os Estados-Membros e a Comunidade Europeia em matéria de auxílios estatais, uma vez que a Comissão dispõe de uma competência exclusiva para apreciar a compatibilidade de uma medida nacional de auxílios estatais com o mercado comum.

34 — O Consiglio di Stato deixa, de facto, entender que são as suas decisões de execução (de 15 de abril de 2010 e de 3 de dezembro de 2010), relativas às atividades do comissário *ad hoc*, que levaram a uma situação potencialmente violadora do direito da União, na medida em que impõem a adoção de atos necessários à conclusão do contrato de arrendamento de coisa futura a ser celebrado que esta empresa tinha submetido à Administração sob a forma de última proposta após a alteração do quadro económico de 2004.

35 — V., nomeadamente, acórdãos Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, n.º 38); Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178, n.º 20); e Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506, n.º 22).

36 — Acórdãos Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, n.º 48); Kapferer (EU:C:2006:178, n.º 21); e Fallimento Olimpiclub (EU:C:2009:506, n.º 23).

37 — Acórdãos Kapferer (EU:C:2006:178, n.º 22), e Fallimento Olimpiclub (EU:C:2009:506, n.º 24).

38 — C-119/05, EU:C:2007:434.

39 — *Ibidem* (n.ºs 62 e 63).

40 — Acórdão Fallimento Olimpiclub (EU:C:2009:506, n.º 25).

98. Quanto à analogia efetuada entre as obrigações, designadamente nos termos em que foram precisadas no acórdão Kühne & Heitz [41], dos órgãos administrativos por força do seu dever de cooperação leal e as obrigações que se impõem, ao abrigo deste mesmo dever, aos órgãos jurisdicionais nacionais, está longe de me convencer.

99. É certo que o respeito tanto pelo caráter definitivo de uma decisão administrativa como pela autoridade associada a uma decisão judiciária assenta na necessidade, à luz do princípio da segurança jurídica, de preservar a estabilidade das situações jurídicas. De igual modo, o processo principal está relacionado com uma situação singular em que, segundo as informações fornecidas pelo Consiglio di Stato, este pode completar o dispositivo de uma destas decisões que tenha adquirido um caráter definitivo e, se for o caso, modificar as decisões adotadas em execução das referidas decisões pelo comissário *ad hoc*.

100. Todavia, admitindo que esta possibilidade possa ser encarada no sentido de que consagra um caráter de intangibilidade da autoridade de caso julgado, o que não está claramente comprovado (v. n.º 90 das presentes conclusões), existe uma diferença importante entre a possibilidade de reapreciar uma decisão administrativa transitada em julgado e a possibilidade de modificar uma decisão judicial que adquiriu força de caso julgado. A obrigação, sob determinadas condições, que incumbe ao órgão administrativo de modificar uma decisão administrativa transitada em julgado consagrada pelo acórdão Kühne & Heitz (EU:C:2004:17), assenta na premissa de que tal reexame não é suscetível de causar dano a terceiros. Em meu entender, esta condição não está preenchida em relação à revisão de decisões judiciais que têm a autoridade de caso julgado. Por outro lado, considero que este acórdão pode, em definitivo, ser entendido como uma aplicação dos princípios da efetividade e da equivalência à luz da possibilidade que era reconhecida, no direito interno, de modificar, sob determinadas condições, decisões administrativas transitadas em julgado.

101. Resulta destas considerações que, quando uma decisão judicial, sendo o caso, através dos efeitos de decisões judiciais de execução posteriores, originou uma situação incompatível com o direito da União, não compete, em princípio, ao juiz nacional modificá-la.

102. Além disso, existe uma possibilidade de remediar a situação de violação do direito da União. Com efeito, quando a força do caso julgado torna a aplicação do direito da União impossível, permanece aberta a possibilidade de ser intentada uma ação de indemnização dos danos causados aos particulares [42].

103. Por conseguinte, proponho que se responda à segunda questão que compete exclusivamente ao órgão jurisdicional nacional determinar os termos exatos de uma decisão judicial que adquiriu força de caso julgado. As modalidades de aplicação de uma decisão judicial com força de caso julgado fazem parte da ordem jurídica interna dos Estados-Membros, sob reserva do respeito pelos princípios da equivalência e da efetividade. Quando o juiz nacional dispõe, ao abrigo de normas nacionais, do poder de completar, ou mesmo de substituir, os termos do caso julgado, deve exercê-lo a fim de aplicar de modo adequado o direito da União.

41 — Acórdão Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, n.º 28). V., igualmente, acórdãos i-21 Germany e Arcor (C-392/04 e C-422/04, EU:C:2006:586, n.ºs 51 a 55), e acórdão Kempter (C-2/06, EU:C:2008:78).

42 — V., neste sentido, acórdão Köbler (EU:C:2003:513, n.ºs 51 e segs.).

IV – **Conclusão**

104. Tendo em consideração o exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pelo Consiglio di Stato nos seguintes termos:

«1) Um contrato de arrendamento de uma obra de coisa futura a ser celebrado, que apresente as caraterísticas do contrato em causa no processo principal, deve ser qualificado de 'contrato de empreitada' na aceção do artigo 1.º, alínea a), da Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

2) Compete exclusivamente ao órgão jurisdicional nacional determinar os termos exatos de uma decisão judicial que adquiriu força de caso julgado. As modalidades de aplicação de uma decisão judicial com força de caso julgado fazem parte da ordem jurídica interna dos Estados-Membros, sob reserva do respeito pelos princípios da equivalência e da efetividade. Quando o juiz nacional dispõe, ao abrigo de normas nacionais, do poder de completar, ou mesmo de substituir, os termos do caso julgado, deve exercê-lo a fim de aplicar de modo adequado o direito da União.»