

L'urgenza, che può giustificare l'omissione dei giusti procedimenti di evidenza pubblica (senza con ciò violare i principi di legalità, imparzialità e buon andamento fissati dall'articolo 97 della Costituzione), deve avere le caratteristiche della assoluta imprevedibilità e della non evitabilità altrimenti dei fatti o delle circostanze che la caratterizzano, solo così potendosi ammettere una così grave violazione ai predetti principi costituzionali: il ritardo nell'approvazione di un progetto di opere pubbliche, asseritamente dovuto ai contenziosi insorti al riguardo, ed alla conseguente necessità di integrazione ed aggiornamento dello stesso, non può configurare l'urgenza giustificatrice della deroga ai predetti principi

L'asserita mancanza di requisiti oggettivi e soggettivi per partecipare all'appalto costituisce un mero fatto che non è idoneo a paralizzare l'interesse della società a dolersi della mancata indizione di una gara pubblica per l'appalto di lavori, cui avrebbe potuto partecipare eventualmente in forma associata.

Anche per il Supremo giudice amministrativo, l'affidamento per i lavori per la realizzazione della viabilità di accesso al Nuovo Polo della Fiera di Milano doveva essere predisposto con apposita procedura ad evidenza pubblica e non direttamente "concesso" da un organismo di diritto pubblico ad un'impresa privata.

Il Consiglio di Stato, nella lunghissima decisione emarginata, numero 27 del 10 gennaio 2006 fa piena applicazione della norma, a volte contestata dalla dottrina, secondo la quale, per quanto concerne le cd "grandi opere" di cui alla Legge obiettivo n. 443/2001, l'annullamento di un affidamento di lavori, avvenuto direttamente e quindi senza l'obbligatoria procedura ad evidenza pubblica, non comporta la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatori

Sottolineano infatti i giudici come:

<Occorre tuttavia precisare che, proprio per effetto della disposizione contenuta nell'articolo 14, comma 2, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190 (Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale), secondo cui "la sospensione o l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatori; in tal caso il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica", l'annullamento della predetta serie procedimentale relativa sia all'affidamento dei lavori in questione alla società Milabo Mare – Milano Tangenziali S.p.A (in quanto rientranti nella convenzione originaria, come successivamente integrata), sia all'ulteriore affidamento diretto degli stessi dalla predetta società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. alla Costruzioni *** S.r.l. non determina la risoluzione nè della citata convenzione, così come successivamente integrata, nè del contratto d'appalto intercorso tra la società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. e Costruzioni *** S.r.l.>

R E P U B B L I C A I T A L I A N A - IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello iscritti ai NRG 1084, 1093, 1118 e 1432 dell'anno 2005 proposti rispettivamente:

- quanto al primo NRG. 1084/2005, dall'A.N.A.S. S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia ope legis in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
contro

ASSIMPREDIL – ASS. IMPR. EDILI DELLE PROVINCE DI MILANO E LODI, in persona del legale rappresentante in carica; I.C.G. s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica; *** COSTRUZIONI S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica; PROVINCIA DI MILANO, in persona del presidente della Giunta provinciale in carica; REGIONE LOMBARDIA, in persona del presidente della Giunta regionale in carica, tutti non costituiti in giudizio;

e nei confronti di

MILANO MARE – MILANO TANGENZIALI S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio, e *** S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Marzano, Giovanni Magnoni e Umberto Giardini, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, via Sabotino n. 45 (presso il primo);

- quanto al secondo (NRG. 1093/2005), dalla PROVINCIA DI MILANO, in persona del presidente della giunta provinciale in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Fiori e Marco Sica, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, via F. Confalonieri, n. 5, presso l'avv. Luigi Manzi;

contro

ASSIMPREDIL – ASS. IMPR. EDILI DELLE PROVINCE DI MILANO E LODI, in persona del legale rappresentante in carica; I.C.G. s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica; MINISTERO DELL'AMBIENTE E DEL TERRITORIO, in persona del legale rappresentante in carica, non costituiti in giudizio;

e nei confronti di

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE (CIPE), MINISTERO PER GLI AFFARI REGIONALI, MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITA' CULTURALI, MINISTERO DEI LAVORI PUBBLICI E C.I.P.E., ognuno in persona del proprio rispettivo ministro in carica, non costituito in giudizio; REGIONE LOMBARDIA, in persona del presidente della Giunta regionale in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Tedeschini, Maria Lucia Tamburino, Pio Dario Vivone, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, Largo Messico, n. 7 (presso lo studio del primo); A.N.A.S. S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; MILANO MARE – MILANO TANGENZIALI S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Baldassarre, Carlo Cerami e Giovanni Monti, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, Piazza Mignanelli n. 3 (presso lo studio del primo); *** COSTRUZIONI S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; SOCIETA' INTERVENTI SERVIZI E PARTECIPAZIONI AUTOSTRADALI E INTERMODALI, S.I.S.P.A.I. S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; FONDAZIONE ENTE AUTONOMO FIERA INTERNAZIONALE DI MILANO, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Ennio Magri e Fabrizio Magri, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, via Guido d'Arezzo, n. 18, presso lo studio dell'avv. Ennio Magri; SVILUPPO SISTEMA FIERA S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; *** S.p.A., in persona del legale rappresentante in

carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Marzano, Giovanni Magnoni e Umberto Giardini, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, via Sabotino n. 45 (presso il primo);

- quanto al terzo (NRG. 1118/2005), dalla REGIONE LOMBARDIA, in persona del presidente della Giunta regionale in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Tedeschini, Maria Lucia Tamburino, Pio Dario Vivone, con i quali è elettivamente domiciliata in Rima, Largo Messico, n. 7 (presso lo studio del primo);

contro

ASSIMPREDIL – ASS. IMPR. EDILI DELLE PROVINCE DI MILANO E LODI, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

e nei confronti di

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E TRASPORTI E MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona dei rispetti ministri in carica, non costituiti in giudizio; A.N.A.S. S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; PROVINCIA DI MILANO, in persona del presidente della Giunta provinciale in carica, non costituita in giudizio; I.C.G. S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; MILANO MARE – MILANO TANGENZIALI S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; *** COSTRUZIONI S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; SOCIETA' INTERVENTI SERVIZI E PARTECIPAZIONI AUTOSTRADALI E INTERMODALI, S.I.S.P.A.I. S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; *** S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Marzano, Giovanni Magnoni e Umberto Giardini, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, via Sabotino n. 45 (presso il primo);

- quanto al quarto (NRG. 1432/2005), proposto dalla *** COSTRUZIONI S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Adriano Cesellato, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, viale R. Margherita n. 290;

contro

A.N.A.S., in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio;

e nei confronti di

ASSIMPREDIL – ASS. IMPR. EDILI DELLE PROVINCE DI MILANO E LODI, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; MILANO MARE – MILANO TANGENZIALI S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; *** S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Marzano, Giovanni Magnoni e Umberto Giardini, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, via Sabotino n. 45 (presso il primo); MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E TRASPORTI, MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, MINISTERO DEI LAVORI PUBBLICI, CIPE, in persona dei rispettivi ministri in carica, non costituiti in giudizio; PROVINCIA DI MILANO, in persona del presidente della Giunta provinciale in carica, non costituita in giudizio; REGIONE LOMBARDIA, in persona del presidente della Giunta regionale in carica, non costituita in giudizio; I.C.G. S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; FONDAZIONE ENTE AUTONOMO FIERA INTERNAZIONALE DI MILANO, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; SVILUPPO SISTEMA FIERA S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio; SOCIETA' INTERVENTI

SERVIZI E PARTECIPAZIONI AUTOSTRADALI E INTERMODALI, S.I.S.P.A.I. S.r.l. , in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

tutti per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, sez. III, n. 5575 del 3 novembre 2004;

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in tutti i giudizi della *** S.p.A. che nel ricorso NRG. 1093/2005 ha spiegato anche appello incidentale, nonché della Regione Lombardia, della Società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. e della Fondazione Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano nel ricorso NRG. 1093/2005;

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti a sostegno delle proprie rispettive tesi difensive;

Visti tutti gli atti di causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 375 del 2005;

Relatore alla pubblica udienza del 31 maggio 2005 il consigliere Carlo Saltelli;

Uditi per le parti gli avvocati Tedeschini, l'avvocato dello Stato Corsini, l'avvocato Magrì, l'avvocato Marzano, l'avvocato Clarizia, l'avvocato Cesellato, l'avvocato Baldassarre, l'avvocato Tamborrino e l'avvocato Manzi, su delega dell'avvocato Sica;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

I. Con ricorso giurisdizionale notificato il 16 aprile 2004 (NRG. 2267/2004) l'ASSIMPREDIL – Associazione delle imprese edili e complementari della Province di Milano e Lodi, chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia: a) l'annullamento dei provvedimenti di estremo e data sconosciuti, con cui la società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. aveva affidato direttamente alla società *** S.r.l. i lavori per la realizzazione della viabilità di accesso al Nuovo Polo della Fiera di Milano, nonché di tutti gli altri atti connessi, consequenziali e preordinati, tra cui, in particolare, quelli eventualmente adottati dall'A.N.A.S. S.p.A. e quelli di affidamento dei lavori alla *** S.p.A., socio privata della *** Costruzioni S.r.l.; b) il risarcimento del danno ingiusto subito, ai sensi e per gli effetti degli articoli 33 e seguenti del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

Con un unico articolato motivo di censura, rubricato “Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 10, 11, 41, 97 Cost.; violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 L. 241/1990; violazione e falsa applicazione della L. 109/94, con specifico riferimento agli artt. 2, 19 e 20; violazione e falsa applicazione del D.P.R. 554/1999; violazione e falsa applicazione della l. 443/2001; violazione e falsa applicazione del d. lgs. 190/2002, con specifico riferimento agli artt. 1, 6, 7, 9 e 10; violazione e falsa applicazione della direttiva 93/37/CEE, con specifico riferimento agli artt. 1 e 3; violazione e falsa applicazione delle regole in materia di procedure ad evidenza pubblica (concorrenzialità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento); violazione e falsa applicazione degli artt. 81 – 97 Trattato CEE; violazione e falsa applicazione dell'art. 19 l. 136/99; eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, disparità di trattamento, illogicità, travisamento dei presupposti di fatti e di diritto, manifesta ingiustizia”, la ricorrente deduceva che la normativa vigente non consentiva

l'affidamento diretto dei lavori in questione (per un valore complessivo di €. 6.000.000) senza gara pubblica, essendo la società Milano Mare Tangenziali S.p.A. qualificabile quale "organismo di diritto pubblica", a nulla rilevando che la società *** Costruzioni S.r.l., cui erano stati affidati i lavori de quo, fosse controllata dalla predetta società Milano Mare Tangenziali S.p.A.; né a diverse conclusioni si giungeva qualificando quest'ultima come "concessionario di lavori" ovvero come "concessionario di lavori e di servizi pubblici ovvero come società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che ha ad oggetto della propria attività la produzione di beni e servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza"; tanto meno la predetta società, scelta senza gara pubblica, poteva qualificarsi come "concessionario di lavori pubblici", per poter fruire della speciale disposizione di cui all'articolo 2, comma 3, della legge n. 109 del 1994, e ciò senza contare che i lavori non era stati effettivamente eseguiti neppure dalla predetta società *** S.r.l., ma dalla *** S.p.A., così che si era in presenza di un inammissibile affidamento diretto dei lavori ad una società privata che solo indirettamente era ricollegabile alla società Milano Mare Tangenziali S.p.A. con patente violazione ed elusione delle norme di evidenza pubblica.

Dopo aver evidenziato poi che, qualora la società Milano Mare Tangenziale S.p.A. fosse stata qualificata come "concessionario di lavori pubblici", era dubbio che fossero state rispettate le percentuali di affidamento dei lavori a terzi stabilite dalla legge, la ricorrente aggiungeva che anche le disposizioni contenute nella legge – obiettivo n. 443 del 2001 e del relativo regolamento attuativo di cui al decreto legislativo n. 190 del 2002, applicabile al caso di specie, in quanto l'accessibilità stradale Nuovo Polo Fiera Milano rientrava nelle infrastrutture strategiche di cui alla delibera CIPE n. 121 del 21 dicembre 2001, recante "1° Programma delle infrastrutture strategiche", ai sensi proprio della legge n. 443 del 2001, imponeva indiscutibilmente che l'affidamento dei lavori in questione avvenisse attraverso apposita gara ad evidenza pubblica.

La ricorrente avanzava quindi istanza risarcitoria sia in forma specifica, che per equivalente.

A seguito della costituzione in giudizio dell'A.N.A.S. S.p.A., della società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A., della *** Costruzioni S.r.l., della *** S.p.A. e della S.I.S.P.A.I. S.r.l., e del deposito della ampia documentazione relativa alla questione controversa, la ASSIMPREDIL – Associazione delle imprese edili e complementari delle Province di Milano e Lodi – e la I.C.G. S.r.l. notificavano in data 1° giugno 2004 ricorso per motivi aggiunti, chiedendo: a) l'annullamento: 1) della convenzione rep. N. 06/04 prot. 3109/DAG/GC/MT dell'11 marzo 2004, recante l'affidamento diretto dei lavori descritti come "Interventi per la realizzazione delle opere di accessibilità viabilistica al Nuovo Polo Fieristico di Rho – Pero" e della delibera del Consiglio di Amministrazione di Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. del 26 febbraio 2004; 2) della autorizzazione alla esecuzione delle opere prot. n. 662 del 30 gennaio 2004 dell'A.N.A.S. S.p.A.; 3) del provvedimento del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 22 gennaio 2004; 4) della nota dell'A.N.A.S. S.p.A. del 12 dicembre 2003 n. 8315 e della delibera del Consiglio di Amministrazione dell'A.N.A.S. S.p.A. del 25 novembre 2003; 5) dello schema di convenzione per la realizzazione delle opere di accessibilità viabilistica al Polo Fieristico di Milano Rho – Pero del 15 aprile 2003, nelle parti relative all'affidamento dei lavori e delle deliberazioni che ne hanno autorizzato la sottoscrizione; 6) della convenzione A.N.A.S. – Autostrade Serravalle – Milano – Ponte Chiasso S.p.A. (divenuta poi Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A.) del 21 dicembre 1972 n. 12764 di Rep., con specifico riferimento agli articoli 3 e 5 del relativo decreto ministeriale di approvazione; 7) della convenzione A.N.A.S. – Autostrada Serravalle – Milano - Ponte Chiasso S.p.A. (divenuta poi Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A.) del 7 luglio 1986 n. 18670 di Rep., con specifico riferimento agli articoli 4 e 5 del relativo decreto ministeriale di approvazione; 8) della convenzione A.N.A.S. – Autostrada Serravalle – Milano - Ponte Chiasso S.p.A. (divenuta poi Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A.) del 28 settembre 1990 n. 20310 di Rep., con specifico riferimento all'articolo 3 e del relativo decreto ministeriale di approvazione; 9) della convenzione A.N.A.S. – Autostrada Serravalle – Milano - Ponte Chiasso S.p.A. (divenuta poi Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A.) del 7 dicembre 1999 con specifico riferimento all'articolo 2 e al combinato disposto degli articoli

20 e 5 del relativo decreto ministeriale di approvazione; 10) della convenzione aggiuntiva A.N.A.S. – Autostrada Serravalle – Milano - Ponte Chiasso S.p.A. (divenuta poi Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A.) del 16 giugno 2003, con specifico riferimento agli articoli 2, 3 e 5, con cui la prima ha affidato direttamente alla seconda la realizzazione dell'intervento così definito “Tangenziale Ovest di Milano – quota parte delle opere di accessibilità al Polo fieristico di Rho – Pero (Milano) e del relativo decreto ministeriale di approvazione; 11) del verbale del Consiglio di Amministrazione di *** Costruzioni S.r.l. del 18 aprile 2003; 12) della nota dell'A.N.A.S. S.p.A. DAT/SEGR. PROT. 662 del 30 gennaio 2004; 13) della circolare dell'Ente Nazionale per le Strade – A.N.A.S. S.p.A. prot. n. 5442 del 15 novembre 2000, con specifico riferimento all'articolo 20; 14) della nota dell'Ente Nazionale per le Strade – A.N.A.S. S.p.A. prot. n. 2017 del 5 maggio 1998; 15) della convenzione Provincia di Milano – A.N.A.S. S.p.A. del 5 dicembre 2003, relativamente alle modalità di affidamento dei lavori di cui è causa e delle deliberazioni che ne hanno autorizzato la sottoscrizione; 16) delle note A.N.A.S. S.p.A. prot. n. 9238 del 19 dicembre 2003 (e di quelle ivi richiamate prot. 92505 del 15 dicembre 2003 e n. 8266 del 12 novembre 2003), n. 8 del 7 gennaio 2004, n. 208 del 16 gennaio 2004, n. 2110 dell'8 marzo 2004, n. 2354 del 17 marzo 2004, n. 2930 del 1° aprile 2004; 16) della nota prot. n. 4135/DT/CP/mar del 6 aprile 2004 di Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A.; 17) del contratto di appalto sottoscritto da Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. e *** Costruzioni S.r.l. del 12 maggio 2004; 18) di ogni altro atto e comportamento preordinato, consequenziale e connesso; b) l'accertamento del diritto al risarcimento del danno ingiusto subito, ai sensi e per gli effetti degli articoli 33 e seguenti del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 e relativa condanna.

A sostegno dell'impugnativa veniva riproposto lo stesso articolato motivo di censura sollevato con il ricorso principale, con il quale, dopo aver puntualizzato le ragioni del proprio indiscutibile interesse ad agire, veniva contestato innanzitutto la legittimità dell'affidamento diretto dei lavori per cui è causa da parte dell'A.N.A.S. S.p.A. alla società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. in relazione alle disposizioni di cui agli articoli 6 e 10 del decreto legislativo n. 190 del 2002, non sussistendo, secondo le ricorrenti, i presupposti per l'applicazione dell'articolo 7, comma 3, della direttiva 93/37/CEE (sub b) e d), procedura negoziata senza preliminare pubblicazione di bando di gara per motivi tecnici, artistici o inerenti alla tutela dei diritti di esclusiva ovvero trattandosi di lavori complementari), disposizione cui in ogni caso non risultava fatta alcun riferimento nella documentazione in atti.

Quanto, poi, all'affidamento diretto dei lavori da parte della predetta società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. alla società *** Costruzioni S.r.l. si evidenziava che questo era avvenuto espressamente in erronea applicazione dell'articolo 2, comma 4, della legge n. 109 del 1994 e, dunque, per effetto del combinato disposto di tale norma e degli articoli 6, comma 6, del decreto legislativo n. 158 del 1995 e 1 e 2 del D.P.C.M. 517/1997, che imponeva lo svolgimento della gara ad evidenza pubblica per l'individuazione del soggetto cui affidare l'esecuzione dei lavori in questione, essendo la società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. un “organismo di diritto pubblico” ovvero un “concessionario di lavori e servizi pubblici” ovvero ancora “una società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che ha ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza” e non già un “concessionario di lavori pubblici”, ai sensi dell'articolo 2, comma 3, della legge n. 109 del 1994, tanto più che era stato scelto senza gara e che aveva solo un controllo indiretto sulla società *** Costruzioni S.r.l., attraverso la S.I.S.P.A.I. S.r.l.; peraltro, anche a voler ammettere che la società Milano Mare – Milano Tangenziale S.P.A. potesse essere configurata proprio quale “concessionario di lavori pubblici”, ai sensi dell'articolo 2, comma 3, della legge n. 109 del 1994, non solo le disposizioni contenute nelle convenzioni del 7 dicembre 1999 ed in quella intercorsa tra l'A.N.A.S. S.p.A. e la Provincia di Milano ugualmente prevedevano espressamente l'applicazione della vigente normativa nazionale e comunitaria in materia, per quanto l'eventuale affidamento diretto dei lavori alla società *** Costruzioni S.r.l. poteva ritenersi consentito solo nei limiti del 60% dei lavori stessi, rimanendo soggetto all'appalto a terzi almeno il 40% dei lavori, limite non rispettato (e sul quale in ogni caso mancava ogni elemento per il necessario controllo), dovendo farsi riferimento, a tal fine, a tutti i lavori complessivamente affidati al

concessionario di lavori pubblici ed al valore di tutti i lavori da quest'ultimo affidati a tutte le società controllate/collegate (non potendosi artificialmente suddividere i lavori per eludere tali fondamentali principi).

Infine, veniva sottolineato che, diversamente da quanto evidenziato nell'autorizzazione al predetto affidamento diretto dei lavori dalla società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. da parte del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti in data 22 gennaio 2004, non sussisteva gli estremi della qualificata urgenza per giustificare la deroga al rispetto delle disposizioni, italiane e comunitarie, in tema di scelta del contraente attraverso il procedimento ad evidenza pubblica.

Ugualmente illegittimo era l'ulteriore affidamento dei lavori dalla società *** Costruzioni S.r.l. alla *** S.p.A., vera esecutrice dei lavori stesse.

Veniva reiterata anche la domanda risarcitoria.

II. Con altro ricorso notificato, pure notificato il 1° giugno 2004 (NRG. 2298/2004), l'ASSIMPREDIL – Associazione delle Imprese edili e complementari delle Province di Milano e Lodi, e la I.C.G. S.r.l., impugnavano in via principale gli stessi atti di cui era stato chiesto l'annullamento con i motivi aggiunti al ricorso NRG. 2267/2004, articolando lo stesso motivo di censura e rassegnando le stesse conclusioni, anche in ordine alla domanda risarcitoria.

III. L'adito Tribunale, sez. III, con la sentenza n. 5575 del 3 novembre 2004, nella resistenza dell'A.N.A.S. S.p.A., del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, della Regione Lombardia, della Provincia di Milano, della società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A., della *** Costruzioni S.r.l., della S.I.S.P.A.I. S.r.l., della *** S.p.A., qualificato il ricorso per motivi aggiunti come ricorso principale (sussistendone, a suo avviso, tutti i requisiti sostanziali e formali), riuniti i ricorsi stessi, estromesse dal giudizio le società S.I.S.P.A.I. S.r.l. e *** S.p.A., respinta la eccezione di difetto di legittimazione passiva della Regione Lombardia e respinte altresì le eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo sotto il profilo della carenza di interesse e del difetto di legittimazione attiva delle ricorrenti, accoglieva in parte il ricorso NRG. 2267/2004 ed i relativi motivi aggiunti, annullando la comunicazione rep. N. 06/04 prot. 3109/DAG/GC/MT dell'11 marzo 2004 recante l'affidamento diretto dei lavori da parte della società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. alla società *** Costruzioni S.r.l., l'autorizzazione all'esecuzione delle opere n. 662 del 30 gennaio 2004 dell'A.N.A.S. S.p.A., dello schema di convenzione per la realizzazione delle opere di accessibilità viabilistica al Polo fieristico di Milano Rho – Pero del 15 aprile 2003 (nelle parti relative alle modalità di affidamento dei lavori di cui è causa e delle deliberazioni che ne hanno autorizzato la sottoscrizione), della convenzione tra l'A.N.A.S. S.p.A. e la società Autostrada Serravalle – Milano – Ponte Chiasso S.p.A. (poi divenuta Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A.) del 16 giugno 2003, con specifico riferimento agli artt. 2, 3 e 5 (di affidamento dalla prima alla seconda della realizzazione delle opere in questione e del relativo decreto ministeriale di approvazione), della nota dell'A.N.A.S. S.p.A. DAT/Segr. Prot. n. 662 del 30 gennaio 2004, della convenzione tra la Provincia di Milano e l'A.N.A.S. S.p.A. del 5 dicembre 2003, nelle parti relative al diretto affidamento dei lavori in questione, delle note dell'A.N.A.S. S.p.A. n. 9238 del 19 dicembre (e di quelle n. 92505 del 15 dicembre 2003 e n. 8266 del 12 novembre 2003, ivi richiamate), n. 8 del 7 gennaio 2004, n. 208 del 16 gennaio 2004, n. 2110 dell'8 marzo 2004, n. 2354 del 17 marzo 2004, n. 2390 del 1° aprile 2004 e della società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. n. 4135/DT/CP/mar del 6 aprile 2004 (nei limiti di cui in motivazione); respingeva la richiesta di risarcimento danni e dichiarava inammissibile il ricorso NRG. 2998/2004, compensando in parte le spese di giudizio e condannando in solido la Regione Lombardia, la Provincia di Milano l'A.N.A.S. S.p.A., la società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. e la società *** Costruzioni S.r.l. al pagamento di €. 20.000 in favore dell'Assimpredil e della I.C.G. S.r.l. (€. 10.000 ciascuno).

In estrema sintesi, secondo il predetto Tribunale, era indubbio che l'A.N.A.S. S.p.A. aveva affidato direttamente alla società Milano Mare – Milano Tangenziale la realizzazione dell'opera "Tangenziale Ovest di Milano – quota parte delle opere di accessibilità al Polo Fieristico di Rho – Pero (Milano)", mediante convenzione aggiuntiva stipulata in data 16 giugno 2003, senza esperire alcuna gara pubblica e quindi in palese violazione degli articoli 6 e 10 del D. Lgs. n. 109 del 1994, senza che ciò potesse essere in qualche modo giustificato dalle disposizioni di cui all'articolo 7, comma 3, lett. b) e d), della direttiva comunitaria 93/37, sia perché alcuna motivazione in tal senso si ricavava dagli atti e documenti relativa alla questione controversa, sia perché in ogni caso non risultava rispettati i rigorosi requisiti fissati dalla predetta normativa, sia perché non ne ricorrevano i presupposti di fatto e di diritto, sia ancora perché non sussisteva l'urgenza imperiosa idonea a derogare i principi fondamentali della gara per l'affidamento dei lavori.

L'illegittimità dell'affidamento dei lavori da parte dell'A.N.A.S. S.p.A. alla società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. comportava, poi, sempre secondo l'adito Tribunale, l'illegittimità dell'affidamento, altrettanto diretto dei lavori, da parte di quest'ultima società alla società *** Costruzioni S.r.l., non potendo essere considerata la società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. quale concessionaria di lavori pubblici, quanto piuttosto un organismo di diritto pubblico; quanto, infine, alla domanda risarcitoria il Tribunale respingeva sia quella proposta dall'Assimpredil (che quale associazione di categoria non possedeva neppure i requisiti oggettivi e soggettivi per partecipare a gare pubbliche), sia quella I.C.G., in quanto quest'ultima non poteva essere sicuramente come aggiudicataria, non potendosi svolgere – a tale limitato fine – neppure una c.d. gara virtuale.

IV. Avverso tale statuizione hanno proposto appello:

1) l'A.N.A.S. S.p.A., deducendo che: a) erroneamente erano stati annullati gli atti indicati alle lettere l), p), q), r), s), t) ed u), privi di qualsiasi valore provvedimento; b) era stato altrettanto erroneamente respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio per difetto di interesse in capo ai ricorrenti, non potendo negarsi che questi erano del tutto estranei ai provvedimenti concessori intercorsi tra l'A.N.A.S. S.p.A. e le sue concessionarie e che comunque esse non possedevano i requisiti di qualificazione disciplinati dall'articolo 98 del D.P.R. n. 554 del 1999; c) l'affidamento diretto dei lavori dell'A.N.A.S. alla società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A., attraverso l'ampliamento – con atto aggiuntivo – delle originarie convenzioni, non poteva essere considerato illegittimo per violazione del decreto legislativo n. 190 del 2002 (e comunque della legge quadro n. 109 del 1994), atteso che le opere viarie oggetto dei lavori in questione costituivano un unicum così funzionalmente ed intimamente connesse e complementari alle concessioni già in essere, da non poter essere tecnicamente, funzionalmente ed economicamente separate da queste e da non poter quindi costituire oggetto di una nuova ed autonoma concessione da affidare mediante esperimento di apposita gara: di qui la assoluta legittimità, anche sotto il profilo della coerenza, dell'adeguatezza e della economicità, dell'affidamento diretto, essendo stati ricondotti i lavori in questione nella concessione già in atto (non contestata e non utilmente contestabile), senza far ricorso ad una nuova concessione, il che rende erroneo il riferimento all'articolo 10 del decreto legislativo n. 190 del 2002 e all'articolo 20 della legge n. 109 del 1994 (tanto più che la concessione in atto prevedeva espressamente la possibilità di introdurre varianti per l'esecuzione di nuove e maggiori opere) . In questo giudizio si è costituito soltanto la *** S.p.A., deducendo la assoluta correttezza del capo della sentenza impugnata che ha disposto la sua estromissione del giudizio e chiedendo quindi il rigetto di qualsiasi appello, principale o incidentale, relativo a tale capo;

2) la Provincia di Milano, denunciando: a) violazione e falsa applicazione degli artt. 100 e 14, comma 2, D. LGS. 20.8.2000, n. 190 – Inammissibilità per difetto di interesse del ricorso di primo grado, in quanto non avendo Assimpredil i requisiti oggettivi e soggettivi per partecipare a gare pubbliche e non potendosi ritenere la I.C.G. possibile aggiudicataria dell'affidamento dei lavori in questione, come avevano affermato gli stessi primi giudici, il ricorso di primo grado andava dichiarato inammissibile per

difetto di interesse; b) violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c. – Erroneità manifesta e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, in quanto i primi giudici avrebbero dovuto limitare l'indagine alla sola legittimità dell'affidamento dei lavori dalla Società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. alla società *** S.r.l., solo per i quali poteva sussistere un interesse dei ricorrenti, essendo invece esclusa qualsiasi indagine sulla legittimità della concessione da A.N.A.S S.p.A. alla società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A., a nulla potendo rilevare che la società *** Costruzioni S.r.l. era controllata dalla società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A.; c) violazione e falsa applicazione dell'art. 7, lett c), direttiva 93/37/CE – Difetto di istruttoria e motivazione, in quanto i primi giudici non si erano resi conto che i lavori di prima fase dell'intervento viabilistico compreso nel 1° programma delle infrastrutture strategiche costituivano uno stralcio funzionale (pari a circa il 10% dell'intero importo dei lavori di 69 milioni di euro) del più vasto programma di viabilità in questione e si erano resi urgenti (oltre che indispensabili) per garantire l'accesso al nuovo polo fieristico entro il 31 marzo 2005, non essendo stato possibile procedere all'espletamento della gara a causa di fatti obiettivi e indipendenti dalla volontà dei soggetti coinvolti nella realizzazione dell'opera; d) inammissibilità dei ricorsi di primo grado, in quanto, relativamente alla ritenuta illegittimità della convenzione aggiuntiva tra A.N.A.S. S.p.A. e Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A., non erano stati impugnati né la delibera del C.I.P.E. del 27 giugno 2003, n. 22, né l'intesa quadro Governo, Regione Lombardia, sottoscritta l'11 aprile 2003, né ai soggetti firmatari di quest'ultima era stato notificato il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado; e) violazione e falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c. – Inammissibilità del ricorso proposto in primo grado, in quanto non potendo (e non volendo) i ricorrenti in primo grado rendersi concessionari per l'affidamento dei lavori per cui è causa, essi non potevano essere legittimati a chiedere l'annullamento parziale della convenzione tra l'A.N.A.S. e la società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. nella parte in cui è stato disposto l'affidamento diretto dei lavori stessi a quest'ultima, tanto più che la modalità in questione, oltre ad essere il frutto di una scelta organizzativa discrezionale dell'Amministrazione, rispondeva anche all'esigenze di risolvere la mancanza di adeguate risorse finanziarie per l'appalto dei lavori; f) violazione e falsa applicazione dell'art. 2, L. 1034/1971 – Violazione dei limiti interni della giurisdizione amministrativa, in quanto l'individuazione dello strumento più adeguato per la realizzazione di opere e la loro gestione (nel caso di specie, una convenzione aggiuntiva ad una concessione già esistente) costituiva una scelta auto-organizzativa che si sottraeva al sindacato di legittimità, non potendo quindi neppure essere sostituita con il ricorso ad un appalto di lavori e ad una concessione di servizi; g) violazione e falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c. – erroneità manifesta, in quanto i primi giudici non avrebbero potuto far discendere dalla presunta erronea illegittimità dell'affidamento diretto dei lavori alla società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. l'illegittimità dell'affidamento degli stessi alla *** Costruzione S.r.l.; h) violazione e falsa applicazione degli artt. 7, comma 3, lett. c), D. Lgs. n. 190/2002, e 3, comma 6, direttiva 93/37/CEE, in quanto non poteva dubitarsi della piena legittimità dell'affidamento diretto dei lavori alla società *** Costruzioni S.r.l. (unico provvedimento utilmente censurabile dai ricorrenti), trattandosi di impresa controllata sia pur indirettamente dalla stessa società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A., concessionaria dei lavori, a nulla rilevando la sua qualificazione come organismo di diritto pubblico, che non esclude l'affidamento diretto ad imprese controllate; i) violazione e falsa applicazione degli artt. 7, comma 3, lett. c), D. Lgs. n. 190/2002, e 3 direttiva 93/37/CEE, in quanto, a prescindere dalla scarsa comprensibilità della motivazione della sentenza sul punto, il fatto che la società Milano Mare – Milano Tangenziale non fosse concessionaria e che fosse qualificabile quale organismo di diritto pubblico non comportava automaticamente l'obbligo della gara pubblico, essendo onere dei giudici accertare se esistessero le condizioni per l'affidamento diretto dei lavori alla società Costruzioni *** S.r.l., indagine assolutamente omessa; l) violazione e falsa applicazione degli artt. 14, l. 12.8.1982, n. 531, e 4, comma 134, l. 24.12.2004 – difetto di istruttoria e motivazione, in quanto le opere oggetto di controversia non potevano che annoverarsi tra quelle inerenti le concessione autostradali per le quali l'articolo 14 della legge 12 agosto 1982, n. 531, doveva considerarsi norma speciale e quindi non incisa da quella generale, relativa all'obbligo dello svolgimento della gara pubblica per l'affidamento dei lavori relativi ad interventi strategici, con conseguente legittimità della convenzione aggiuntiva a quella già in atto; m) violazione e falsa applicazione degli artt. 7, comma 4, D. Lgs. 190/2002, e 7, direttiva 93/37/CEE –

difetto assoluto di istruttoria e motivazione”, in quanto, a tutto voler concedere, i lavori di cui si discute rientravano nelle previsioni della norma rubricata che consentiva tranquillamente di derogare alla gara pubblica, stante la loro complementarietà con quelli oggetto della concessione, anche in relazione alla loro specificità e alla loro eseguibilità, solo da parte di maestranze dotate di particolare qualificazione e con particolari strumenti tecnologici. In tale giudizio si sono costituiti la Regione Lombardia, la società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. e la Fondazione Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano che hanno sostanzialmente aderito alle tesi della provincia appellante, nonché la *** S.p.A., che, oltre a dedurre la assoluta correttezza del capo della sentenza impugnata che ha disposto la sua estromissione del giudizio e a chiedere quindi il rigetto di qualsiasi appello, principale o incidentale, relativo a tale capo, ha altresì spiegato appello incidentale sul capo delle spese, avendo, a suo avviso, i primi giudici del tutto inopinatamente omissa di liquidare a carico delle originarie ricorrente le spese del giudizio di primo grado, secondo la soccombenza;

3) la Regione Lombardia, sostenendo: a) la propria carenza di legittimazione passiva, in quanto non vi era stato alcun coinvolgimento diretto o in diretto nella vicenda che aveva dato luogo alla controversia in questione, a nulla rilevando il mero ruolo di coordinamento assunto, così che appariva assolutamente erronea la condanna al pagamento delle spese di giudizio; b) la violazione dell’art. 112 C.P.C., in quanto, a suo avviso, posto che l’interesse dei ricorrenti era stato correttamente limitato alla verifica della legittimità dell’affidamento diretto dei lavori da Milano Mare – Milano Tangenziale alla società *** Costruzioni S.r.l, i primi giudici del tutto inopinatamente avevano esteso la cognizione all’autonomo affidamento precedente da parte dell’A.N.A.S. alla società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A., erroneamente ritenuto atto presupposto del secondo; c) la violazione dell’art. 14 del D. LGS. 190/02, in quanto i giudici di primo grado avrebbero solo formalmente affermato che l’annullamento degli atti impugnati non incideva sul contratto, laddove in realtà ne avevano concretamente impedito con la pronuncia impugnata lo stesso adempimento; d) quanto al merito, che non vi era dubbio dell’esistenza di gravi ragioni di urgenza che avevano determinato e giustificato la necessità di procedere all’affidamento diretto a trattativa privata dei lavori da parte della società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. alla società *** Costruzioni S.p.A. In tale giudiziario è costituita soltanto la *** S.p.A., deducendo la assoluta correttezza del capo della sentenza impugnata che ha disposto la sua estromissione del giudizio e chiedendo quindi il rigetto di qualsiasi appello, principale o incidentale, relativo a tale capo;

4) la società *** Costruzioni S.r.l., lamentando: a) Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione degli artt. 100 e 112 c.p.c – Nullità della sentenza per vizio di extrapetizione, in quanto in quanto unica essendo l’opera affidata alla società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. (ricostruzione dello svincolo della Tangenziale Ovest e adeguamento della viabilità connessa) ed unico essendo il relativo piano economico finanziario, per un verso non poteva essere impugnato ed annullato soltanto l’atto di affidamento relativo alle opere di prima fase (rispetto a cui i ricorrenti non avevano alcun interesse), per quanto i primi giudici avevano annullato la convenzione riguardante l’intero affidamento dell’opera senza che ciò fosse stato neppure oggetto di domanda giudiziale; b) Error in procedendo e in iudicando – Violazione e falsa applicazione dell’art. 100 c.p.c. – Omessa pronuncia o comunque omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, in quanto l’Assimpredil era del tutto sfornita di interesse a ricorrere, quale associazione di categoria, non rappresentando neppure le società concessionarie di autostrade e trafori, le uniche essendo legittimate a concorrere eventualmente per l’affidamento della concessione dei lavori in questione (rientrando nella più ampia categoria dei lavori di costruzione e gestione di autostrade), e comunque non potendo conseguire per tale ragione alcuna utilità dall’annullamento degli atti impugnati (con particolare riferimento all’affidamento intercorso tra l’A.N.A.S. S.p.A. e la società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A.), tenuto conto anche delle peculiari modalità di finanziamento dell’opera stessa; quanto poi all’affidamento diretti dei lavori alla *** Costruzioni S.p.A., ugualmente il ricorso della Assimpredil doveva ritenersi inammissibile sussistendo un conflitto di interessi potenziali con la predetta *** Costruzioni S.r.l., questa essendo iscritta all’ANCE e la ricorrente essendo aderente all’ANCE, a nulla rilevando che lo statuto dell’Assimpredil

consentisse di agire a favore di alcune imprese associate anche in contrasto con altre; anche il ricorso della I.G.C. s.r.l. avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse, mancando tale società dei requisiti soggettivi ed oggettivi per poter essere concessionaria dei lavori in questione e per poter partecipare alla gara per l'affidamento dell'intero importo dei lavori pari a circa 69 miliardi di euro; c) error in iudicando – violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del D. Lgs. n. 190/2002 e dell'art. 20 della legge quadro n. 109/94 – violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della Direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14.6.1993 – Violazione degli artt. 5 e 14 L. 531/82 – Violazione dell'art. 7 della Direttiva 93/37/CEE – Omessa motivazione, in quanto, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici le opere oggetto di affidamento diretto alla società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. non poteva essere considerate come mere opere di viabilità stradali, costituivano, dal punto vista tecnico, funzionale ed economico – finanziario, un unicum inscindibile, rispetto all'oggetto della originaria concessione di costruzione e gestione di cui era titolare la predetta società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A., con inconfutabili caratteri di complementarità e interconnessione che escludeva l'applicabilità degli articoli 10 del D. Lgs. n. 190 del 2002 e 20 della legge n. 109 del 1994 e rendeva applicabile la speciale normativa di cui all'articolo 14 della legge 12 agosto 1982, n. 531; ciò senza contare, secondo l'appellante, che la legittimità dell'affidamento diretto dei lavori in questione, proprio per le loro indiscutibili peculiarità (teniche, di complementarità nonché di complessità per il particolare stato dei luoghi caratterizzati da un intrecciarsi di viabilità ordinaria, ferroviaria e di interessi commerciali, industriali e artigianali), si deduceva anche dalle disposizioni contenute nell'articolo 7, comma 3, lettere b) e d) della Direttiva 93/37/CEE, così che in definitiva essi potevano essere realizzati solo da una concessionaria autostradale; d) Error in iudicando – violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 14 del D. Lgs. n. 190/2002 e dell'art. 2, comma 3, della legge quadro n. 109/94 – Omessa motivazione, in quanto, anche a prescindere dalla dedotta legittimità della legittimità dell'affidamento diretto operato dall'A.N.A.S. S.p.A. alla società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. e della qualità di quest'ultima quale concessionaria dell'A.N.A.S., erroneamente i primi giudici avevano applicato il disposto dell'art. 14 del decreto legislativo n. 190 del 2002 solo al contratto intercorso tra la società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. e la *** Costruzioni S.p.A. e non anche al contratto (convenzione aggiuntiva) che, pertanto, anche se illegittimo, non poteva essere annullato e doveva rimanere efficace; alla qualità di concessionaria della società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. conseguiva l'applicabilità sia dell'articolo 7 del D. Lgs. n. 190 del 2002, sia dell'art. 2, comma 3, della legge n. 109 del 1994, con piena legittimità dell'affidamento diretto dei lavori alla società *** Costruzioni S.r.l., quale impresa collegata/controllata, tanto più che per tale affidamento erano state puntualmente rispettate le percentuali fissate dalla normativa vigente (anche con riferimento alla disposizione di cui all'art. 2, comma 3, della legge n. 109 del 1994); e) Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c. – Violazione e falsa applicazione dell'art. 14 del D. Lgs. 190/2002 – Contraddittorietà della motivazione, in quanto diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, la ricorrente I.C.G. S.r.l. (per tutto quanto già esposto in precedenza) non avrebbe mai potuto essere affidataria dei lavori affidati direttamente alla Costruzioni *** S.r.l., così come del resto Assimpredil, con la conseguenza che le domande risarcitorie non potevano essere respinte per infondatezza, bensì dovevano essere dichiarate inammissibili, e che la richiesta di risarcimento del danno in forma specifica doveva essere respinta anche con riferimento alla convenzione aggiuntiva; f) Erro in iudicando – Violazione e falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c. in merito alle spese di giudizio – Omessa pronuncia o comunque omessa motivazione, in quanto non vi era stata alcuna pronuncia sulle spese in relazione alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso NRG. 2998/04; peraltro, qualora si potesse ritenere che al riguardo le spese di giudizio erano state dichiarate compensate, una tale pronuncia era errata, stante la soccombenza, e comunque priva di motivazione.

Tutte le parti hanno illustrato con ampie e articolate memorie le proprie rispettive tesi difensive.

All'udienza pubblica del 31 maggio 2005 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I. In linea preliminare deve disporsi la riunione di tutti gli appelli in esame, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo, essendo essi rivolti avverso la stessa sentenza.

II. In punto di fatto la Sezione osserva quanto segue.

Con delibera CIPE in data 21 dicembre 2001, avente ad oggetto "Legge obiettivo: 1° Programma delle infrastrutture strategiche (delibera n. 121/2001), pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 51 del 21 marzo (S.O. alla Gazzetta Ufficiale n. 68 del 21 marzo 2002), veniva approvato, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, il programma delle infrastrutture pubbliche e private e degli insediamenti produttivi strategici, tra cui, all'allegato 2 – n. 10 Regione Lombardia, nella categoria Corridoi autostradali e stradali era compresa l'Accessibilità stradale Nuovo Polo Fiera di Milano.

In data 11 aprile 2003 veniva sottoscritta presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri una Intesa Generale Quadro tra il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e la Regione Lombardia per la regolazione ed il coordinamento delle attività della Regione Lombardia, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dei soggetti aggiudicatori per dare attuazione al decreto legislativo n. 190 del 2002 ai fini della realizzazione delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale previste nel programma approvato dal CIPE in data 21 dicembre 2001, tra cui l'intervento relativo all'Accessibilità stradale Nuovo Polo Fiera di Milano, per il quale, come si ricava dalla lettura della relativa scheda, la Provincia di Milano e la Regione Lombardia erano indicate come soggetto aggiudicatore e la Provincia di Milano; nelle note alla predetta scheda si legge, in relazione alle procedure attuative e finanziarie, che la Provincia di Milano era stata individuata nell'accordo di programma per l'attuazione del Nuovo Polo Fieristico di Rho – Pero, quale soggetto attuatore delle opere viabilistiche e che si prendeva atto della disponibilità delle società autostradali interessate alle opere (Autostrade S.p.A. – Autostrada Serravalle Milano – Ponte Chiasso S.p.A. – Autostrada Torino Milano S.p.a.) a contribuire al finanziamento delle opere, ragion per cui erano in corso di definizione le procedure di adeguamento dei rispettivi piani finanziari.

Il 15 aprile 2003 la Regione Lombardia, la Provincia di Milano, le società Autostrade S.p.A. – Autostrada Serravalle Milano – Ponte Chiasso S.p.A. e Autostrada Torino Milano S.p.a. concordavano formalmente di coordinare le proprie iniziative per la realizzazione delle opere di accessibilità viabilistica al Polo Fieristico di Rho – Pero, in modo da effettuare gli interventi con la massima tempestività ed economicità, individuando a tal fine la Provincia di Milano quale soggetto aggiudicatore ai sensi del decreto legislativo n. 190 del 2002 ed assegnatario dei fondi di cui alla legge n. 443 del 2001 (legge obiettivo) e alla legge n. 166 del 2002; in particolare: a) la Regione Lombardia si impegnavo a trasferire alla Provincia di Milano le risorse finanziarie per gli espropri (30 miliardi) e ad effettuare entro trenta giorni dalla loro presentazione gli atti di propria competenza in merito alle variazioni urbanistiche che si rendevano necessarie; b) la Provincia di Milano si impegnavo a provvedere direttamente a propria cura e spese all'integrazione della documentazione progettuale relativa al progetto definitivo, già inoltrata al CIPE secondo le richieste del Ministero delle infrastrutture e trasporti, entro il 30 aprile, nonché alla redazione del progetto esecutivo entro il 20 maggio 2003, acquisendo il preventivo assenso delle tre società autostradali interessate e a consegnarlo all'A.N.A.S. S.p.A, già valicato ai sensi della legge n. 109 del 1994, entro i successivi dieci giorni; ed ancora, a mettere a disposizione entro il 20 giugno 2003 le aree interessate alla realizzazione dello stralcio funzionale (di cui all'allegato B, studiato per rendere possibile l'accesso ai padiglioni della Fiera dagli svincoli con l'autostrada A8 e con la Tangenziale Ovest) e le rimanenti aree entro 45 giorni dalla esecutività delle varianti urbanistiche o dalla delibera CIPE di approvazione del progetto ed infine a rendere disponibili i siti di cava ove ricorrere per l'approvvigionamento del materiale occorrente per la realizzazione dei lavori; c) l'A.N.A.S. S.p.A. si impegnavo a completare la fase della stipula delle convenzioni aggiuntive con le tre società autostradali interessate entro il 15 maggio 2003, ad approvare il progetto esecutivo delle opere entro 21 giorni dalla ricezione dello stesso da parte della Provincia di Milano, a verificare la possibilità di autorizzare l'avvio

dei lavori anche nelle more dell'approvazione degli atti aggiuntivi alle convenzioni con le tre società autostradali interessate, nonché a consentire, in caso di variazione dei costi rispetto alle previsioni, l'equilibrio dei piani finanziari attraverso contributi e manovra tariffaria; d) ognuna delle tre società autostradali interessate, globalmente e ciascuno per la parte di propria competenza, si impegnava a realizzare, dopo l'approvazione del progetto esecutivo da parte dell'A.N.A.S. S.p.A., entro 650 giorni naturali e consecutivi le opere di cui allo stralcio funzionale (allegato B), con le condizioni ivi indicate, nonché a realizzare, sempre globalmente e ciascuna per la parte di propria competenza, in 730 giorni naturali e consecutivi tutte le opere di accessibilità viabilistica al Polo Fieristico di Rho – Pero e a cofinanziare, ciascuna per la quota di competenza stabilita nelle rispettive quote aggiuntive la realizzazione delle opere di accessibilità al predetto Polo Fieristico.

Il 16 giugno 2003, per quanto qui interessa, veniva stipulata tra l'A.N.A.S. S.p.A. e la Società Autostrada Serravalle Milano Ponte Chiasso S.p.A. una convenzione aggiuntiva alla convenzione sottoscritta in data 7 dicembre 1999 tra le stesse parti, aggiungendo al comma 2, dell'art. 2 (rubricato Nuovi interventi) della predetta originaria convenzione l'intervento "Tangenziale Ovest di Milano – quota parte delle opere di accessibilità al Polo Fieristico di Rho – Pero (Milano)", con la precisazione che "fanno parte integrante della presente convenzione aggiuntiva il piano di convalida economico – finanziario, nonché gli elaborati progettuali dell'intervento di cui al presente articolo".

Il C.I.P.E. con delibera del 27 giugno 2003 approvava, tra l'altro, (punto 2) il progetto definitivo dell'intervento "Accessibilità stradale Fiera di Milano", ai sensi e per gli effetti degli artt. 4 e 16, comma 1, del decreto legislativo n. 190 del 2002 (con le prescrizioni proposte dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti negli allegati di cui alla nota n. 270 del 25 giugno 2003), per una spesa complessiva di 387,14 milioni di euro, stabilendo al punto 2.2. (Assegnazione del contributo) che era a tal fine assegnato un contributo massimo di 182,755 milioni di euro (di cui 61,960 milioni di euro per l'anno 2003 e 120,795 milioni di euro per l'anno 2004): tale assegnazione era condizionata all'assunzione dell'onere residuo da parte del soggetto aggiudicatore (Provincia di Milano).

In data 5 dicembre 2003 veniva stipulata una convenzione tra la Provincia di Milano e l'A.N.A.S. S.p.A., con la quale la prima, quale "soggetto aggiudicatore degli interventi concernenti la realizzazione del collegamento della SP 46 "Rho – Pero" e della SS 33 "del Sempione", tramite la realizzazione di un asse principale di collegamento congiuntamente ad un sistema di 6 svincoli autostradali di interconnessione con la tangenziale ovest di Milano, l'autostrada A4 Torino – Venezia, l'autostrada A8 per Como – Varese, il nuovo polo fieristico ed il sistema della viabilità locale" affidava alla seconda "l'esecuzione, la manutenzione e la gestione relativa alle infrastrutture viarie innanzi indicate"; il secondo comma, dell'articolo 2, prevedeva che l'A.N.A.S. S.p.A., "nei limiti consentiti dalla legislazione vigente, avrebbe svolto le attività ad essa affidate per il tramite delle società concessionarie Autostrade per l'Italia S.p.A, Società per Autostrada Torino – Milano S.p.A. e Società per l'Autostrada Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A..."

L'A.N.A.S. S.p.A., con nota prot. 9238 del 19 dicembre 2003, nel prendere atto di tale convenzione, sollecitava la pronta elaborazione del programma generale delle opere da realizzare, con particolare riferimento ad una "soluzione viaria di primo accesso da convenirsi con la Provincia di Milano e la Regione Lombardia" in relazione alle opere di prima fase da eseguirsi entro il 31 marzo 2005.; con nota prot. 208 del 16 gennaio 2004, poi, essendo intervenuto parere favorevole della Provincia di Milano circa le opere di prima fase presentate nella riunione del 5 gennaio 2004, la stessa A.N.A.S. invitava le tre società concessionarie autostradali a far pervenire il cronoprogramma di tali lavori e gli elaborati progettuali delle opere provvisorie che la società Milano Mare – Milano Tangenziale, per quanto qui interessa, affidava alla *** Costruzioni S.r.l., da lei stessa controllata, giusta contratto di appalto stipulato il 11 maggio 2004, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge n. 109 del 1994 e successive modificazioni.

III. Ciò puntualizzato in punto di fatto, può procedersi all'esame dei singoli motivi di gravame, osservandosi quanto segue.

III.1. Tutti gli appellanti hanno innanzitutto dedotto l'erroneità della pronuncia di prime cure nella parte in cui ha, a loro avviso, contraddittoriamente disatteso le preliminari eccezioni di inammissibilità dei ricorsi introduttivi di giudizio per carenza di interesse: ciò in quanto nè l'Assimpredil, nè l'I.C.G.s.r.l. possiedono i requisiti soggettivi ed oggettivi per partecipare alla gara di appalto, nè tanto meno la particolare qualificazione per potere essere considerati concessionari autostradali; inoltre l'I.C.G. S.r.l. non aveva neppure partecipato alla gara e l'Assimpredil non solo era una associazione di categoria, per quanto si trovava in evidente contrasto di interesse con la stessa affidataria dei lavori, *** Costruzioni S.r.l.

III.1.1. Giova innanzitutto precisare che la circostanza che l'Assimpredil e la stessa I.C.G. S.r.l. non si siano costituite nel presente giudizio di appello e non abbiano impugnato il capo della sentenza che ha respinto la loro istanza risarcitoria non spiega alcun effetto ai fini dell'esistenza del loro interesse a ricorrere e della necessaria permanenza dello stesso durante tutto il processo: se è vero che nella materia de qua l'unico effetto (economicamente e/o funzionalmente) utile che potrebbe loro derivare dalla azione instaurata è soltanto la pretesa risarcitoria (in quanto, ai sensi dell'articolo 14, comma 2, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, la sospensione o l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture – tra cui rientrano le opere per cui è causa – non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatori, in tal caso il risarcimento degli interessi o dei diritti lesi avvenendo esclusivamente per equivalente, con esclusione anche della reintegrazione in forma specifica), ciò non può far ritenere precluso, come peraltro più volte affermato dalla giurisprudenza amministrativa, la sussistenza di un interesse, non tanto e non solo strumentale alla ripetizione o alla rinnovazione della gara (questo sì precluso dal ricordato articolo 14, comma 2, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190), quanto piuttosto “morale” a vedere accolte le proprie tesi in ordine all'asserito illegittimo operato dell'amministrazione aggiudicatrice.

III.1.2. Occorre ancora precisare che le censure mosse dall'Assimpredil e dalla I.C.G. S.r.l. sono rivolte esclusivamente alle modalità con cui sono stati affidati direttamente, senza gara, alla *** Costruzioni S.r.l. i lavori riguardanti “Interventi per la realizzazione della opere di accessibilità viabilistica al Nuovo Polo Fieristico di Rho – Pero – Interventi di Prima Fase” per un importo €. 5.892.037, 09 (al loro del ribasso).

Invero, tali lavori sono stati fatti rientrare, senza alcuna plausibile giustificazione, fra quelli della convenzione aggiuntiva intercorsa tra A.N.A.S. S.p.A. e la società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A., laddove essi, com'è dato ricavare dagli stessi documenti agli atti, rappresentano, in realtà, uno stralcio funzionale autonomo (Lavori di prima fase), del tutto indipendente dal più generale complesso dei lavori riguardanti l'intero intervento dei lavori di viabilità approvati dallo stesso C.I.P.E. e considerati interventi strategici: ciò trova conferma, invero, non solo e non tanto nel loro limitato (rispetto all'intervento complessivo) valore economico, ma soprattutto nel fatto che, per un verso, essi i predetti lavori della prima fase erano finalizzati a rendere operante il collegamento autostradale per l'inaugurazione del Nuovo Polo Dieristico del marzo 2005, e, per altro verso che, sulla Gazzetta Ufficiale del 9 agosto 2004 la società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. ha effettivamente bandito gara pubblica per la “Realizzazione opere di accessibilità viabilistica al Nuovo Polo Pieristico (Svincolo Tratto A—seconda fase) per un importo di €. 63.909.509,16.

III.1.3. Sulla scorta di tali rilievi, ad avviso della Sezione, non vi può essere dubbio alcuno circa l'esistenza dell'interesse ad agire delle ricorrenti per far valere il vizio della procedura di affidamento diretto, senza gara, dei lavori alla *** Costruzioni S.r.l., non solo e non tanto perché l'unica caratteristica qualificante di quest'ultima, ai fini dell'affidamento dei lavori, è stata soltanto quella di essere una

società controllata dalla concessionaria, ma soprattutto perché non risultano in alcun atto evidenziate le ragioni per cui la stessa società concessionaria per il resto delle opere aveva invece provveduto ad indire apposita gara pubblica.

In altri termini, come del resto si ricava agevolmente dalla lettura del ricorso di primo grado, ciò che è stato effettivamente censurato è proprio la omessa indicazione di una gara pubblica per l'affidamento dei lavori della I^a fase dell'accesso viabilistico al Nuovo Polo Fieristico di Rho – Polo, gara alla quale avrebbero potuto partecipare anche le imprese edili della provincia di Lodi e Milano e la stessa I.C.G., anche in associazione temporanea eventualmente con altre imprese, non emergendo (proprio dall'affidamento operato in favore della *** Costruzioni S.r.l.) alcun elemento a ciò contrario.

Non è stato fatto valere in questo modo un astratto o generico interesse alla legalità o un interesse alla corretta applicazione della legge: Assimpredil ha invero così difeso e fatto valere l'interesse di categoria di tutte le imprese ad essa alla legittimità del procedimento di affidamento, dal quale le imprese stesse erano state inopinatamente ed ingiustificatamente escluse, realizzando lo scopo indicato nell'articolo 2, comma 1, dello statuto, di “tutela (in senso ampio)... delle imprese edili e complementare in tutti i problemi che direttamente o indirettamente possono riguardarle e di favorire lo sviluppo ed il progresso delle attività edili e complementari”: è appena il caso di rilevare che, sotto questo profilo, non assume alcun rilievo la circostanza che Assimpredil non avesse i requisiti per essere considerata per poter partecipare all'affidamento di una concessione autostradale, non essendo questo l'interesse che Assimpredil voleva (e poteva far valere), bensì quello dell'intera categoria delle imprese edili delle province di Lodi e di Milano di poter partecipare, anche in formazione di associazione temporanea di imprese, all'eventuale appalto che doveva essere bandito.

Nè sussiste – ad avviso della Sezione - l'asserito conflitto potenziale con la *** Costruzioni S.r.l. che, per espressa ammissione degli appellanti, non è neppure facente parte dell'Assimpredil, ma dell'A.N.C.E., cui aderisce Assimpredil: tale rapporto indiretto non può configurare una situazione di potenziale conflitto.

Anche per la I.C.G. S.r.l. vale lo stesso ragionamento testè fatto, nel senso che la asserita mancanza di requisiti oggettivi e soggettivi per partecipare all'appalto costituisce un mero fatto che non è idoneo a paralizzare l'interesse della predetta società a dolersi della mancata indicazione di una gara pubblica per l'appalto dei lavori di cui si discute, cui avrebbe potuto partecipare eventualmente in forma associata.

III.1.4. Per completezza deve rilevarsi che il motivo in esame non può trovare favorevole considerazione, in quanto la prospettazione fattane dagli appellanti è falsata dall'apodittico presupposto che tali lavori non potrebbero che essere oggetto della convenzione autostradale intercorsa tra l'A.N.A.S. S.p.A. e la società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. (ed in particolare della successiva convenzione aggiuntiva), laddove detta inerenza, pur sussistente in astratto, non è decisiva e comunque non giustifica ex se l'omissione della gara pubblica, sia per la evidente ed indiscutibile autonomia funzionale di tali lavori di I^a fase rispetto al più ampio intervento viabilistico, sia in ragione delle indimostrate specificità e peculiarità, in relazione ai lavori da realizzare, della stessa *** Costruzioni s.r.l.

III.2. Ugualmente da respingere è il motivo di gravame con cui la Regione Lombardia si duole di non essere stata estromessa dal giudizio, stante la sua totale estraneità alla controversia instaurata.

Se è vero, infatti, per un verso che, come evidenziato dai primi giudici, gli atti impugnati provengono quasi esclusivamente dall'A.N.A.S. S.p.A. e dalla Provincia di Milano e che non può essere direttamente imputata alla Regione Lombardia nè la convenzione aggiuntiva tra l'A.N.A.S. e la società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. e tanto meno il contratto d'appalto tra quest'ultima e la *** Costruzioni S.r.l., non di meno non può negarsi il coinvolgimento della Regione Lombardia nell'intero procedimento che ha condotto all'affidamento contestato.

Infatti, non solo la predetta Regione Lombardia ha partecipato a pieno titolo e con pari dignità, rispetto alle altre amministrazioni, all'Intesa Generale Quadro dell'11 aprile 2003 con cui sono state regolate e coordinate "le attività della Regione Lombardia, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dei soggetti aggiudicatori competenti, per dare attuazione al decreto legislativo n. 190 del 2002 ai fini della realizzazione delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale previste nel Programma approvato dal C.I.P.E. in data 21 dicembre 2001", ed in cui (punto 2) si legge espressamente che "le parti convengono sull'interesse concorrente della Regione Lombardia alla realizzazione di tutte le infrastrutture e opere strategiche interessanti il territorio lombardo comprese nel Programma approvato dal CIPE il 21 dicembre 2001, per le ragioni sostanziali in premessa menzionate", per quanto essa, giusta schema di convenzione firmato in data 15 aprile 2003 con la Provincia di Milano, l'A.N.A.S. S.p.A. e le tre società concessionarie di tratti autostradali interessati alle opere di accessibilità viabilistica al Polo Fieristico di Milano, ha contribuito anche finanziariamente a tale opera mettendo a disposizione della Provincia di Milano 30 miliardi per gli espropri, impegnandosi a effettuare con la massima sollecitudine (30 giorni) gli atti di propria competenza in merito alle variazioni urbanistiche, concordando – quindi – anche sostanzialmente con le scelte dell'azione amministrativa in relazione all'esecuzione dei lavori (ovvero senza svolgere alcuna obiezione o alcun dubbio circa la legittimità dell'affidamento diretto dei lavori oggetto della presente controversia).

Non può quindi negarsi l'esistenza di un contributo causale adeguato, quantunque indiretto ovvero commissivo mediante omissione, alla contestata illegittimità dell'affidamento diretto dei lavori, il che giustifica la sua legittimazione passiva all'azione (anche ai soli limiti della responsabilità risarcitoria, a nulla rilevando – a posteriori – che la pretesa risarcitoria stessa sia stata respinta perchè infondata o non provato e che il relativo capo della sentenza non sia stato neppure impugnato dagli interessati.

III.3. Tutti gli appellanti hanno poi sostanzialmente censurato la pronuncia di primo grado per asserita violazione dell'articolo 112 C.P.C. e del relativo principio di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (cui deve attenersi l'organo giudicante) per aver condotto la propria indagine nei confronti della convenzione intercorsa tra A.N.A.S. S.p.A. e la società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A., laddove oggetto del giudizio era soltanto l'affidamento diretto dei lavori di I Fase dell'accessibilità viabilistica al Nuovo Polo Fieristico di Rho – Pero alla *** Costruzioni S.p.A.; strettamente connesso con tale censura è l'altra con la quale è stato anche contestato dagli appellanti che la ricordata convenzione tra l'A.N.A.S. S.p.A. e la società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. possa essere considerato atto presupposto dell'affidamento diretto dei lavori in favore della *** Costruzioni S.r.l.

Anche tali censure non sono meritevoli di accoglimento.

Il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, fissato dall'articolo 112 c.p.c., comporta per il giudice il divieto di attribuire un bene non richiesto o comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda; esso è da ritenersi violato ogni qualvolta il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti alteri alcuno degli elementi identificativi dell'azione (petitum e causa pretendi, nonché gli ulteriori limiti che nel processo amministrativo derivano dai motivi di ricorso) attribuendo quindi un bene della vita diverso da quello richiesto ovvero non compreso neppure implicitamente nella domanda ovvero ponga a fondamento della propria decisione fatti o situazioni estranee alla materia del contendere (tra le tante, Cass. Civ., sez. III 1° aprile 2005; sez. lav., 19 giugno 2004, n. 11455; 10 marzo 2004, n. 4924; sez. II, 13 giugno 2002, n. 8479); non comporta invece violazione del principio in esame la qualificazione giuridica dei fatti e della domanda giudiziale ovvero la sua interpretazione, sempreché, come accennato, tale attività del giudice che è strettamente inerente alla stessa potestas iudicandi, non trasmodi nella alterazione degli stessi elementi identificazioni dell'azione e nella valutazione di atti o fatti che non sono stati neppure indicati dalle parti a fondamento delle proprie pretese.

Nel caso in esame, dall'esame del ricorso introduttivo del giudizio e di quello per motivi aggiunti non può ragionevolmente revocarsi in dubbio che oggetto della domanda giudiziale era anche il provvedimento con cui era stata fatto rientrare nella concessione di cui era titolare la società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A. anche l'affidamento dei lavori oggetto di controversia, individuato quale atto presupposto del successivo affidamento diretto dei lavori in favore della *** Costruzioni S.p.A.: sotto tale profilo, ad avviso della Sezione, non è dato riscontrare nella pronuncia dei giudici di prime cure alcuna violazione del principio fra chiesto e pronunciato non essendo stato modificato né il petitum, né la causa pretendi, né essendo stati posti a fondamento della sentenza impugnata elementi di fatto o circostanze diverse da quelle fatte valere con l'atto introduttivo.

Non può, poi, ragionevolmente negarsi, ad avviso della Sezione, l'esistenza di un evidente collegamento non solo logico, ma anche giuridico, tra l'affidamento diretto dei lavori di cui si discute alla *** Costruzioni S.r.l. e l'inserimento di questi ultimi nella concessione di cui era titolare la società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A.: quest'ultima, infatti, come emerge dalla lettura del contratto di appalto in data 12 maggio 2004, ha affidato i lavori costituenti gli Interventi di I^a Fase delle opere di accessibilità viabilistica al Nuovo Polo Fieristico di Rho – Pero alla ricordata *** Costruzioni S.r.l., ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge n. 109 del 1994, e quindi nella indiscutibile qualità di concessionaria degli interventi di accessibilità viabilistica al Nuovo Polo Fieristico di Rho – Pero, approvati dal C.I.P.E. nell'ambito delle opere ed interventi strategici di cui alla c.d. legge obiettivo n. 443 del 2001.

La Sezione, peraltro, non può non rilevare che il collegamento esistente tra detti due affidamento è sostanzialmente ammesso dagli stessi appellanti i quali già in prime cure e con le relative censure articolate anche in appello hanno sostenuto la legittimità dell'affidamento diretto dei lavori alla *** Costruzioni S.r.l., in quanto asseritamente rientranti nella percentuale dei lavori che il concessionario può affidare direttamente ad imprese da questi direttamente controllate.

III.4. Alla stregua delle osservazioni svolte nel paragrafo precedente risultano altresì prove di fondamento le censure con cui è stata lamentata l'asserita ambiguità (e contraddittorietà) della sentenza impugnata laddove non risulterebbe chiaro se l'annullamento con essa disposto sia riferito esclusivamente all'affidamento diretto dei lavori dalla società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.a. ovvero se essa coinvolga anche la convenzione tra l'A.N.A.S. S.p.A. e la predetta società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A.

Invero, come emerge chiaramente dalla serena lettura della statuizione impugnata, i primi giudici hanno ritenuto illegittimo sia l'affidamento dei lavori di cui si discute (Interventi di prima fase dei lavori di accessibilità viabilistica al Nuovo Polo Fieristico di Rho – Pero) da parte dell'A.N.A.S. S.p.A. alla società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A., sia il successivo affidamento diretto da parte di quest'ultima alla *** Costruzioni S.r.l.; ciò trova conferma dalla lettura del dispositivo della sentenza, in particolare, risultano puntualmente indicati gli atti cassati e cioè (secondo la indicazione fatta con riferimento all'epigrafe della sentenza stessa): a) la comunicazione rep. N. 06/04 prot. 3109/DAG/GC/MT dell'11 marzo 2004 (inviata da Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. a *** Costruzioni S.r.l., recante affidamento diretto dei lavori descritti come “Interventi per la realizzazione delle opere di accessibilità viabilistica al Nuovo Polo Fieristico di Rho – Pero” e della delibera del Consiglio di Amministrazione di Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a. del 26 febbraio 2004 ivi richiamata); b) l'autorizzazione all'esecuzione delle opere n. 662 del 30 gennaio 2004 di A.N.A.S. S.p.A.; e) lo schema di convenzione per la realizzazione delle opere di accessibilità viabilistica al Polo fieristico Rho – Pero del 15 aprile 2003, nelle parti relative alle modalità di affidamento dei lavori di cui è causa e delle deliberazioni che ne hanno autorizzato la sottoscrizione; j) la convenzione aggiuntiva tra A.N.A.S. S.p.A. e Autostrada Serravalle – Milano – Ponte Chiasso s.p.a. (poi divenuta Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A.) del 16 giugno 2003, limitatamente agli articoli 2, 3 e 5 con cui è stato affidato direttamente alla seconda la realizzazione delle opere di accessibilità al Nuovo Polo Fieristico di Rho –

Pero e del relativo decreto ministeriale di approvazione; l) la nota A.N.A.S S.p.A. DAT/Segr. Prot. n. 662 del 30 gennaio 2004; o) della convenzione tra la Provincia di Milano e A.N.A.S. S.p.A. del 5 dicembre 2003, nelle parti relative alle modalità di affidamento dei lavori di cui è causa e delle delibere che ne hanno autorizzato la sottoscrizione; p) la nota prot. 9238 del 19 dicembre 2003 e delle richiamate note 92505 del 15 dicembre 2003 e n. 8266 del 12 novembre 2003 dell'A.N.A.S. S.p.A.; q) la nota prot. n. 8 del 7 gennaio 2004 di A.N.A.S. S.p.A.; r) la nota prot. n. 208 del 16 gennaio 2004 di A.N.A.S. S.p.A.; s) la nota prot. n. 2110 dell'8 marzo 2004 di A.N.A.S. S.p.A.; t) nota prot. n. 2354 del 17 marzo 2004 dell'A.N.A.S. S.p.A.; u) la nota prot. 2399 del 1° aprile 2004 di A.N.A.S. S.p.A.; v) della nota prot. n. 4135/DT/CP/mar del 6 aprile 2004 di Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A.

III.5. Resta, prima di passare all'esame del merito delle censure di appello, da esaminare l'ulteriore questione preliminare sollevata dall'A.N.A.S. S.p.A. con il secondo motivo di gravame, secondo cui la sentenza impugnata sarebbe erronea nella parte in cui avrebbe annullati gli atti individuati nel dispositivo sub l), p), q), r), s), ed u), in quanto essi sarebbero del tutto privi di valore provvedimentoale.

Al riguardo la Sezione osserva innanzitutto che non può negarsi valore provvedimentoale alla nota prot. DAT/SEGR. prot. 662 del 30 gennaio 2004 (sub l), atteso che, come emerge dal suo tenore letterale, con essa l'A.N.A.S. S.p.A. ha, per un verso, autorizzato "le tre società concessionarie in indirizzo all'immediato avvio dei lavori, attraverso le rispettive controllate, limitatamente alle opere strettamente necessarie per la realizzazione di uno stralcio funzionale che consentirà di dare accessibilità alla fiera entro il 31.03.2005" e, per altro verso, ha altrettanto espressamente invitato (rectius, sostanzialmente ordinato in relazione agli obblighi nascenti dalle convenzioni in capo ai concessionari) 2° predisporre, per quanto di propria competenza, tutti gli elaborati economici e grafici necessari per consentire l'affidamento dei lavori delle opere di prima fase mediante stralci del progetto redatto dalla Provincia di Milano e approvato dal C.d.A. A.N.A.S. nella seduta del 25.09.2003, così come definiti dalla nota ANAS prot. 208 del 16.01.2004 ed aggiornati nei recenti incontri avuti presso la Regione Lombardia e da ultimo quello del 28.01.2004".

Quanto al contenuto delle altre note, non può non rilevarsi che, seppure da un punto di vista meramente formale esse effettivamente non hanno un contenuto provvedimentoale, nondi meno non può dubitarsi che rientrino, con piena efficacia causale, nell'ambito del procedimento che ha dato luogo all'affidamento diretto dei lavori per cui è causa alla *** Costruzioni S.r.l sul presupposto che i lavori stessi rientrassero (o potessero rientrare) tra quelli oggetto della concessione esistente tra l'A.N.A.S. S.p.A. e la società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A., come integrata, dalla convenzione aggiuntiva, quanto agli Interventi di accessibilità del Nuovo Polo Fieristico di Rho – Pero.

Per completezza sull'argomento, la Sezione deve ancora osservare che, in ogni caso, a tutto voler concedere e cioè anche a voler ammettere la assoluta carenza della natura provvedimentoale degli atti in questione, l'erronea annullamento di tali atti non è decisivo ed influente ai fini della sostanziale correttezza della sentenza impugnata.

III.6. Passando all'esame del merito, precisato che la questione controversa riguarda esclusivamente l'affidamento dei lavori costituenti gli Interventi di prima fase delle opere di Accessibilità viabilistica al Nuovo Polo Fieristico di Rho – Milano, rientranti nel 1° elenco delle opere ed interventi di interesse strategico, approvato con delibera C.I.P.E. del 22 dicembre 2001, ai sensi e per gli effetti della legge n. 443 del 2001, la Sezione osserva che tutte le censure svolte dagli appellanti convergono nel dedurre la erroneità della sentenza impugnata che, a loro avviso, si sarebbero superficialmente adeguati sulla tesi, prospettata dalle parti ricorrenti, circa la necessità della gara pubblica per l'affidamento dei lavori in questione, senza tener conto che, per un verso, detti lavori erano del tutto complementari a quelli che costituivano oggetto della convenzione tra l'A.N.A.S. S.p.A. e la società Milano Mare – Milano Tangenziale S.p.A., così come integrata dalla convenzione aggiuntiva, e che, per altro, verso la stessa complementarietà dei lavori (rispetto alla concessione autostradale), le loro peculiari caratteristiche

tecniche ed in ogni caso anche l'urgenza ne consentiva l'affidamento diretto senza alcuna gara pubblica, atteso che l'interesse pubblico perseguito normalmente attraverso lo strumento della gara pubblica sarebbe stato sostanziale ugualmente perseguito e assicurato attraverso la peculiare figura del concessionario di costruzione e gestione di autostrade in capo alla società MilanoMare – Milano Tangenziale S.p.A. (e alle altre due società concessionarie cui, pro parte, erano stati affidati gli interventi per la realizzazione delle opere di viabilità di accesso al Nuovo Polo Fieristico di Rho – Pero), tanto più che, come risultava indiscutibilmente dagli atti di causa, proprio a tal fine erano stati rivisitati e aggiornati i piani economici e finanziari delle predette convenzioni per adeguarli ai nuovi oneri incidenti per effetto di tali nuovi interventi.

Le tesi non possono essere condivise.

La Sezione osserva che, come già accennato in precedenza, le predette tesi muovono dalla considerazione che i lavori oggetto della presente controversia (relativi cioè agli Interventi di prima fase delle opere di Accessibilità viabilistica al Nuovo Polo Fieristico di Rho – Milano), costituiscono un unicum funzionalmente inscindibile rispetto al più ampio progetto degli interventi di Accessibilità viabilistica del Nuovo Polo Fieristico di Rho, così che essi non sarebbero stati frazionabili rispetto a questi, e lo stralcio (Prima fase) dovrebbe costituire semplicemente un espediente per assicurare la realizzazione di quelle opere più immediatamente urgenti per consentire nel marzo del 2005 l'inaugurazione del più volte citato nuovo polo fieristico.

In realtà, tuttavia, tale unicità dei lavori non trova riscontro negli atti di causa, difettando qualsiasi motivazione al riguardo; peraltro, la stessa decisione di stralciare dal progetto i lavori della prima fase, all'asserito fine di realizzare alcune opere indispensabili per poter consentire la stessa inaugurazione del più volte ricordato nuovo polo fieristico, costituisce indice sintomatico della loro assoluta scindibilità, nonché della loro assoluta autonomia, anche dal punto di vista funzionale rispetto al più ampio progetto approvato con la delibera del C.P.E. del 22 dicembre 2001.

Correttamente sul punto, con motivazione convincente ed approfondita, i primi giudici hanno ritenuto che per i lavori stessi andasse quindi svolta la gara ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, tanto più che per la realizzazione dell'altra parte dei lavori (per un importo di circa 63 milioni di euro) la stessa società concessionaria ha effettivamente bandito apposita gara.

Proprio la autonomia dei lavori in questione rispetto a quelli per i quali è stata poi effettivamente bandita la gara pubblica rende del tutto illegittima, come correttamente rilevato dai primi giudici, la decisione dell'A.N.A.S. S.p.A., sottesa alla serie procedimentale degli atti impugnati, di considerare i lavori stessi rientranti nella convenzione in atto con la società Milano Mare – Milano Tangenziali e la conseguente determinazione di autorizzare l'affidamento diretto degli stessi lavori da parte dei concessionari alle società da essi controllate, nel caso di specie alla società *** Costruzioni; del resto, come si è già avuto modo di evidenziare non vi è negli atti di causa alcun elemento da cui possa in qualche modo ricavarci che gli interventi di prima fase costituiscano una estensione di quelli oggetto della convenzione della prima fase, motivazione che sarebbe stata necessaria ai fini dello scrutinio di legittimità della serie procedimentale in questione.

Ovviamente, tale illegittima determinazione dell'A.N.A.S. S.p.A. (di ritenere sic et simpliciter facenti parte della più volte citata convenzione con la società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. e quindi di affidare direttamente a quest'ultima i lavori stessi) rende prive di rilievo le deduzioni degli appellanti circa la peculiarità e specialità dei lavori in questione, anche sotto il profilo delle loro specifiche lavorazioni, della necessità di personale tecnico altamente specializzato, nella misura in cui dette argomentazioni sono finalizzate soltanto a giustificare l'omesso svolgimento della gara pubblica da parte del concessionario; nei confronti dell'affidamento diretto disposto dall'A.N.A.S. S.p.A. alla concessionaria Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. gli stessi rilievi sono infondati, atteso che,

anche sotto tale profilo, la decisione di servirsi della convenzione in atto per questi particolari motivi dovevano essere oggetto di puntuale motivazione che non emerge in nessun modo dagli atti di causa.

Anche la asserita urgenza dei lavori, che avrebbe giustificato, l'affidamento diretto dei lavori è invero argomentazione assolutamente non condivisibile.

E' sufficiente osservare al riguardo che l'esistenza del requisito dell'urgenza è fatta dipendere, secondo la prospettazione degli appellanti, da ritardi nella predisposizione dei progetti dei lavori (e nella loro approvazione) ovvero nella necessità della loro integrazione, tutte queste circostanze risultanti dagli atti di causa e che non sarebbe imputabile all'A.N.A.S. o al concessionario: senonchè, oltre alla considerazione – non secondaria – che in ogni caso gli asseriti ritardi sono comunque imputabili ad amministrazioni (Provincia di Milano) comunque facenti parti integrante del complesso delle amministrazioni e degli enti cooperanti per la realizzazione dei lavori in questione, non può non evidenziarsi che l'urgenza, che può giustificare l'omissione dei giusti procedimenti di evidenza pubblica (senza con ciò violare i principi di legalità, imparzialità e buon andamento fissati dall'articolo 97 della Costituzione), deve avere le caratteristiche della assoluta imprevedibilità e della non evitabilità altrimenti dei fatti o delle circostanze che la caratterizzano, solo così potendosi ammettere una così grave violazione ai predetti principi costituzionali: il ritardo nell'approvazione di un progetto di opere pubbliche, asseritamente dovuto ai contenziosi insorti al riguardo, ed alla conseguente necessità di integrazione ed aggiornamento dello stesso, non può configurare l'urgenza giustificatrice della deroga ai predetti principi, tanto più che gli interventi di cui si discute risultano addirittura approvati dalla delibera C.I.P.E. del 21 dicembre 2001 e sono stati pertanto inseriti nell'ambito dei progetti strategici di cui alla legge n. 443 del 2001.

Per completezza, d'altra parte non può non evidenziarsi che tutte le argomentazioni svolte dagli appellanti con i motivi di appello finiscono con il costituire una inammissibile motivazione postuma della serie procedimentale impugnata, sforzandosi di giustificare ex post l'operato delle amministrazioni intervenute nei procedimenti stessi.

Pertanto i motivi non possono trovare accoglimento.

Occorre tuttavia precisare che, proprio per effetto della disposizione contenuta nell'articolo 14, comma 2, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190 (Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale), secondo cui "la sospensione o l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatori; in tal caso il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica", l'annullamento della predetta serie procedimentale relativa sia all'affidamento dei lavori in questione alla società Milabo Mare – Milano Tangenziali S.p.A (in quanto rientranti nella convenzione originaria, come successivamente integrata), sia all'ulteriore affidamento diretto degli stessi dalla predetta società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. alla Costruzioni *** S.r.l. non determina la risoluzione né della citata convenzione, così come successivamente integrata, né del contratto d'appalto intercorso tra la società Milano Mare – Milano Tangenziali S.p.A. e Costruzioni *** S.r.l.

IV. Deve essere esaminato l'appello incidentale proposto dalla *** S.p.A nel giudizio NRG 1093/2004.

Con esso la predetta società si è dolta del fatto che i primi giudici, pur avendo disposto la sua estromissione dal giudizio (accertando che, contrariamente a quanto ritenuto dai ricorrenti, non aveva affatto eseguiti i lavori oggetto dell'affidamento diretto alla *** Costruzioni S.p.A.), non aveva poi conseguenzialmente disposto la condanna alle spese in suo favore a carico degli originari ricorrenti.

La censura non è meritevole di accoglimento.

E' sufficiente, al riguardo, ricordare che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale da cui non vi è motivo per discostarsi, la statuizione sulle spese di giudizio costituisce espressione di un ampio potere discrezionale del giudice, ispirato anche da regole di equità e di convenienza, come tale non censurabile in appello, salvo che esse non siano state poste a carico di una parte non soccombente o che detta statuizione risulti manifestamente irrazionale (tra le tante, C.d.S., sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2832; 4 marzo 2003, n. 2003; 4 febbraio 2003, n. 537).

Nel caso di specie la statuizione di compensazione delle spese di giudizio anche in relazione alla pronunciata estromissione dal giudizio dell'appellante incidentale (statuizione che deve essere considerata ricompresa nella generale formula utilizzata dai primi giudici secondo cui "le spese vanno in parte compensate) non risulta essere irrazionale o arbitraria, anche in relazione all'effettivo svolgimento del processo, e come tale non è passibile di riforma.

V. In conclusione, alla stregua delle suesposte considerazioni, gli appelli principali proposti dall'A.N.A.S. S.p.A., dalla Provincia di Milano, dalla Regione Lombardia e dalla *** Costruzioni S.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia , sezione III, n. 5575 del 3 novembre 2004 devono, previa riunione essere respinti; deve essere, altresì respinto l'appello incidentale proposto dalla società *** S.p.A.

Quanto alle spese del presente grado di giudizio, devono essere compensate integralmente quelle tra le parti costituire, mentre non vi è luogo a provvedere nei confronti di quelle non costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quarta, definitivamente pronunciando sugli appelli principali proposti dall'A.N.A.S. S.p.A., dalla Provincia di Milano, dalla Regione Lombardia e dalla *** Costruzioni S.r.l., nonché sull'appello incidentale della *** S.p.A., avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia , sezione III, n. 5575 del 3 novembre 2004, così provvede:

- riunisce gli appelli;
- respinge gli appelli principali e gli appelli incidentali;
- compensa le spese tra le parti costituite; nulla spese per quelle non costituite;

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 31 Maggio 2005 con l'intervento dei Sigg.ri:

Lucio	Venturini	- Presidente
Marinella Dedi	Rulli	- Consigliere
Vito	Poli	- Consigliere
Carlo	Saltelli	- Consigliere, est.

Sergio De Felice - Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli Lucio Venturini

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

10 gennaio 2006