

T.A.R. Lombardia–Milano – Sez. III - Sentenza 3 novembre 2004, n. 5575



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA

(Sezione III)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi riuniti nn. 2267/2004 e 2998/2004 proposti:

A) - il primo (R.g. n. 2267/2004) da Assimpredil – Associazione delle imprese edili e complementari delle Province di Milano e Lodi e da I.C.G. s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari nello studio del quale sono elettivamente domiciliate in Milano, C.so Vittorio Emanuele II n. 15;

contro

- ANAS s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dalla Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso cui è domiciliato “*ex lege*” in Milano, via Freguglia n. 1;

- Milano Mare – Milano Tangenziale s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Rossi nello studio del quale è elettivamente domiciliata in Milano, via Manara n. 1;

e nei confronti di

- Valdata Costruzioni s.r.l. e Società Interventi Servizi e Partecipazioni Autostradali e Intermodali – S.I.S.P.A.I. s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avv. Massimo Rossi nello studio del quale sono elettivamente domiciliate in Milano, via Manara n. 1;

- Itinera s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Umberto Giardini e Alessandro Mazza ed elettivamente domiciliata nello studio dell'avv. Emilio Magnoni in Milano, Largo Augusto n. 3;

per l'annullamento

- dei provvedimenti/atti/deliberazioni, di numero, data, e contenuto sconosciuti, con cui Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a. ha affidato direttamente a Valdata Costruzioni s.r.l. i lavori per la realizzazione della viabilità di accesso al Nuovo polo della Fiera di Milano, nonché di ogni altro atto e comportamento preordinato, consequenziale e connesso;

- dei provvedimenti/atti/deliberazioni, di numero, data, e contenuto sconosciuti, eventualmente adottati da ANAS s.p.a. al fine della realizzazione dell'operazione che precede;

- degli eventuali provvedimenti/atti/deliberazioni, di numero, data, e contenuto sconosciuti, recanti affidamento della esecuzione materiale dei lavori di che trattasi al socio privato di Valdata Costruzioni s.r.l., Itinera s.p.a.;

e per l'accertamento

del diritto delle ricorrenti al risarcimento del danno ingiusto ai sensi degli artt. 33 e ss. del D.Lgs n. 80/98, con conseguente condanna delle amministrazioni resistenti alla adozione di tutti gli atti a tal fine necessari;

nonché per l'annullamento,

con i motivi aggiunti notificati il 1° giugno 2004 alle parti già intimate ed al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso cui è domiciliato "ex lege" in Milano, via Freguglia n. 1; alla Provincia di Milano, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Elisabetta Baviera, Luciano Fiori, Angela Bartolomeo, Alessandra Zimmiti e Marialuisa Ferrari nello studio dei quali è elettivamente domiciliata in Milano, via Vivaio n. 1; e, per quanto possa occorrere, alla Regione Lombardia, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giangiacomo Ruggeri e Maria Lucia Tamborino dell'Avvocatura regionale e domiciliato presso gli Uffici di quest'ultima in Milano, Via Pola n. 14:

a) della comunicazione rep. N. 06/04 prot. 3109/DAG/GC/MT del 11 marzo 2004 inviata da Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a. a Valdata 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)** dell'autorizzazione all'esecuzione delle opere n. 662 del 30 gennaio 2004 di ANAS s.p.a.;
- c)** del provvedimento del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 22 gennaio 2004;
- d)** della nota di ANAS s.p.a. del 12 dicembre 2003 n. 8315 e della deliberazione del Consiglio di amministrazione di ANAS s.p.a. del 25 novembre 2003 citate nel provvedimento sub c);
- e)** 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;
- f)** della convenzione tra ANAS e Autostrada Serravalle – Milano – Ponte Chiasso s.p.a. (poi divenuta Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a.) del 21 dicembre 1972 n. 12764, con specifico riferimento agli artt. 3 e 5 e del relativo decreto ministeriale approvativo;
- g)** della convenzione tra ANAS e Autostrada Serravalle – Milano – Ponte Chiasso s.p.a. (poi divenuta Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a.) del 7 luglio 1986 n. 18670, con specifico riferimento agli artt. 4 e 5 e del relativo decreto ministeriale approvativo;
- h)** della convenzione tra ANAS e Autostrada Serravalle – Milano-Ponte Chiasso s.p.a. (poi divenuta Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a.) del 7 luglio 1990 n.

20310, con specifico riferimento all'art. 3 e del relativo decreto ministeriale approvativo;

i) della convenzione tra ANAS e Autostrada Serravalle – Milano-Ponte Chiasso s.p.a. (poi divenuta Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a.) del 7 dicembre 1999, con specifico riferimento all'art. 2 e al combinato disposto degli artt. 20 e 5 e del relativo decreto ministeriale approvativo;

j) della convenzione aggiuntiva tra ANAS s.p.a. e 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, con cui la prima ha affidato direttamente alla seconda la realizzazione dell'intervento definito "Tangenziale Ovest di Milano – quota parte delle opere di accessibilità al Polo Fieristico di Rho – Pero (Milano)" e del relativo decreto ministeriale approvativo;

k) del verbale del Consiglio di amministrazione di Valdata Costruzioni s.r.l. del 18 aprile 2004;

l) della nota di ANAS s.p.a. DAT/Segr. Prot. n. 662 del 30 gennaio 2004;

m) occorrendo, della circolare dell'Ente Nazionale per le Strade – ANAS s.p.a. prot. n. 5442 del 15 novembre 2000, con specifico riferimento all'art. 20;

n) occorrendo, della nota dell'Ente Nazionale per le Strade – ANAS s.p.a. prot. n. 2017 del 5 maggio 1998;

o) della convenzione tra Provincia di Milano e ANAS s.p.a. del 5 dicembre 2003, nelle parti qui di interesse, relative alle modalità di affidamento dei lavori di cui è causa, e delle deliberazioni che ne hanno autorizzato la sottoscrizione;

p) della nota prot. n. 9238 del 19 dicembre 2003 e delle note ivi richiamate n. 92505 del 15 dicembre 2003 e prot. n. 8266 del 12 novembre 2003 di ANAS s.p.a.;

q) della nota prot. n. 8 del 7 gennaio 2004 di ANAS s.p.a.;

r) della nota prot. n. 208 del 16 gennaio 2004 di ANAS s.p.a.;

s) della nota prot. n. 2110 dell'8 marzo 2004 di ANAS s.p.a.;

t) della nota prot. n. 2354 del 17 marzo 2004 di ANAS s.p.a.;

u) della nota prot. n. 2390 del 1° aprile 2004 di ANAS s.p.a.;

v) della nota prot. n. 4135/DT/CP/mar del 6 aprile 2004 di Milano Mare – Milano Tangenziale s.p.a.;

w) del contratto di appalto sottoscritto da Milano Mare – Milano Tangenziale s.p.a. e Valdata Costruzioni s.r.l. in data 12 maggio 2004;

x) di ogni altro atto e comportamento preordinato, consequenziale e connesso,

per l'accertamento

del diritto delle ricorrenti al risarcimento del danno ingiusto ai sensi degli artt. 33 e ss. del D.Lgs n. 80/98, con conseguente condanna delle controparti all'adozione di tutti gli atti a tal fine necessari.

B) - il secondo (R.g. 2998/2004) da Assimpredil – Associazione delle imprese edili e complementari delle Province di Milano e Lodi e da I.C.G. s.r.l., come sopra rappresentate e difese, contro le stesse parti intimiate con il gravame R.g. n. 2267/2004 e con i motivi aggiunti ed ugualmente rappresentate e difese,

per l'annullamento

di tutti gli atti già gravati con il suindicato ricorso n. 2267/2004 e con i motivi aggiunti sopra specificati,

e per l'accertamento

del diritto delle ricorrenti al risarcimento del danno ingiusto ai sensi degli artt. 33 e ss. del D.Lgs n. 80/98, con conseguente condanna delle controparti all'adozione di tutti gli atti a tal fine necessari;

VISTI i ricorsi con i relativi allegati;

VISTI i motivi aggiunti proposti nel ricorso n. 2267/2004;

VISTI gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, della Regione Lombardia, della Provincia di Milano, di ANAS s.p.a., di Milano Mare – Milano Tangenziali s.p.a., di Valdata Costruzioni s.p.a., di S.I.S.P.A.I. s.r.l. e di Itinera s.p.a.;

VISTE le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

VISTI gli atti tutti di causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 21 ottobre 2004 il Ref. Daniele Dongiovanni;

Uditi l'avv. C. Giubileo, in sostituzione dell'avv. Ferrari, per i ricorrenti, l'avv. M. Costa, per delega dell'avv. Rossi, per le società Milano Mare – Milano Tangenziale, Valdata Costruzioni e S.I.S.P.A.I., l'avv. Ruggeri per la Regione Lombardia, l'avv. Baviera per la Provincia di Milano, l'avv. Magnoni per Itinera s.p.a. e, ai preliminari, l'avv. dello Stato F. Vignoli per il Ministero intimato e l'ANAS s.p.a.;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

L'Associazione di categoria Assimpredil (imprese edili e complementari delle Province di Milano e Lodi) e la società I.C.G. , con i gravami indicati in epigrafe, lamentano che le procedure di affidamento dei lavori di costruzione del raccordo autostradale per il nuovo Polo Fieristico Rho – Pero (pari ad un valore complessivo di circa 6 milioni di euro) siano avvenute in modo illegittimo.

Al riguardo, le ricorrenti riportano i seguenti fatti:

- in data 15 aprile 2003, la Regione Lombardia, la Provincia di Milano, l'ANAS s.p.a. e la Milano Mare – Milano Tangenziale s.p.a. (d'ora in poi, Milano Mare) hanno sottoscritto uno schema di convenzione per coordinare le attività relative alla realizzazione dell'intervento di che trattasi;
- in quella sede, la Provincia di Milano è stata individuata quale soggetto aggiudicatore ai sensi del D.Lgs n. 190/2002 ed assegnatario dei fondi di cui alle leggi n. 443/2001 e 166/2002 ed è stato affidato ad ANAS s.p.a. (di seguito, ANAS) il compito di provvedere "all'attuazione delle opere di accessibilità stradale al Polo Fieristico tramite il coinvolgimento delle Società concessionarie autostradali attraverso la stipula di apposite convenzioni";
- con convenzione aggiuntiva del 16 giugno 2003, che ha integrato la precedente stipulata in data 7 dicembre 1999, ANAS ha affidato direttamente a Milano Mare (già sua concessionaria) la realizzazione dell'intervento, inserito dal CIPE nel piano delle opere strategiche di cui alla legge n.

443/2001, riguardante la “Tangenziale Ovest di Milano – quota parte delle opere di accessibilità al Polo Fieristico di Rho – Pero (Milano)”, per un valore complessivo di circa 69 (sessantanove) milioni di euro ;

- con convenzione sottoscritta in data 5 dicembre 2003, la Provincia di Milano ha affidato ad ANAS, in applicazione dell’art. 99, comma 2, del D.Lgs n. 112/1998 “l’esecuzione, la manutenzione e la gestione relativa alle infrastrutture viarie...” relative ai lavori indicati nel precedente alinea, prevedendo che la predetta società “svolgerà le attività ad essa affidate per il tramite delle società concessionarie” (tra cui Milano Mare);
- con la nota n. 662 del 30 gennaio 2004, ANAS, tra l’altro, ha autorizzato Milano Mare ad avviare i lavori relativi al predetto intervento (Tangenziale Ovest di Milano – quota parte delle opere di accessibilità al Polo Fieristico di Rho – Pero) relativamente alle “opere strettamente necessarie per la realizzazione di uno stralcio funzionale che consentirà di dare accessibilità al Polo fieristico entro il 31 marzo 2005”;
- con nota n. 3109 dell’11 marzo 2004, Milano Mare ha affidato direttamente alla società Valdata Costruzioni (propria controllata tramite SISPAI) i lavori strettamente necessari (del valore complessivo pari a circa 6 milioni di euro) e descritti come “interventi per la realizzazione delle opere di accessibilità viabilistica al nuovo Polo Fieristico di Rho – Pero”;
- il relativo contratto è stato sottoscritto in data 12 maggio 2004.

Avverso tutti i predetti atti, determinazioni e provvedimenti, ed ogni altro atto a

questi connesso, presupposto e consequenziale (compendiati in epigrafe), le ricorrenti hanno proposto il ricorso n. 2267/2004, chiedendone l'annullamento con conseguente condanna delle amministrazioni intimete al risarcimento dei danni in forma specifica ovvero per equivalente.

Deducano le interessate il seguente, articolato motivo come integrato e specificato con i successivi motivi aggiunti:

- violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 10, 11, 41, 97, e 98 Cost.; violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della legge n. 241/90; violazione e falsa applicazione della legge n. 109/94 con specifico riferimento agli artt. 2, 19 e 20; violazione e falsa applicazione del DPR n. 554/1999; violazione e falsa applicazione della deliberazione CIPE n. 121 del 21 dicembre 2001; violazione e falsa applicazione della legge n. 443/2001; violazione e falsa applicazione del D.Lgs n. 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 evidenza pubblica (concorrenzialità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento); violazione e falsa applicazione degli artt. 81 – 97 Trattato CE; violazione e falsa applicazione dell'art. 19 della legge n. 136/1999; violazione e falsa applicazione degli artt. 14 preleggi al codice civile, 6 dir. 93/37/CEE, 9 del D.Lgs n. 158/1995, 4 del D.Lgs n. 157/1995 e 3 del D.Lgs n. 358/1992. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, disparità di trattamento, illogicità, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, manifesta ingiustizia.

Sia l'affidamento diretto da ANAS a Milano Mare che quello da Milano Mare alla società Valdata sono illegittimi.

Per quanto riguarda il primo (affidamento da ANAS a Milano Mare), i lavori di cui trattasi (del valore di circa 6 milioni di euro senza considerare il resto degli interventi per la realizzazione definitiva dell'opera in argomento pari ad altri 63 milioni di euro) sono stati affidati direttamente da ANAS a Milano Mare in forza della convenzione aggiuntiva stipulata in data 16 giugno 2003.

La società ANAS, a sua volta, in data 5 dicembre 2003, è stata designata dalla Provincia di Milano, ai sensi dell'art. 99, comma 2, del D.Lgs n. 112/1998 ed in base alla convenzione stipulata in data 15 aprile 2003 tra queste, la Regione Lombardia, e le società concessionarie (Milano Mare, Autostrade s.p.a. e Società per l'Autostrada Torino – Milano), quale soggetto affidatario dell'esecuzione, manutenzione e gestione delle infrastrutture viarie in argomento.

Nella predetta convenzione del 5 dicembre 2003, la Provincia di Milano ha, altresì, previsto che "ANAS, nei limiti consentiti dalla legislazione vigente, svolgerà le attività ad essa affidate per il tramite delle società concessionarie..." tra cui Milano Mare.

Ora, atteso che si tratta di infrastrutture strategiche di interesse nazionale, risulta applicabile il D.lgs n. 190/2002 il quale, all'art. 6, prevede che, per la realizzazione in argomento, deve essere utilizzato l'istituto della concessione di costruzione di gestione ovvero dell'affidamento unitario a contraente generale.

Per quanto riguarda il rapporto concessorio (istituto utilizzato nella fattispecie),

l'art. 10 del predetto D.lgs n. 190/2002 sancisce che la procedura di scelta del concessionario debba avvenire tramite licitazione privata o appalto concorso.

Nel caso in esame l'ANAS, subentrata – come detto - ai sensi dell'art. 99, comma 2, del D.lgs n. 112/1998 alla Provincia di Milano quale soggetto aggiudicatore, non ha proceduto secondo le previsioni di cui al citato art. 10 D.Lgs n. 190/2002 bensì ha affidato direttamente, tramite la stipula di una convezione aggiuntiva (in data 16 giugno 2003), i lavori di che trattasi.

Né l'affidamento in argomento può giustificarsi attraverso il richiamo all'art. 7, comma 3, lett. b) e d), della direttiva comunitaria 93/37/CEE, riguardante la procedura negoziata senza preliminare pubblicazione del bando, non ricorrendone i presupposti.

Innanzitutto, in nessuno degli atti impugnati si fa espresso rinvio alle citate disposizioni della direttiva 93/37.

In ogni caso, non sussistono “i motivi tecnici, artistici, o inerenti alla tutela dei diritti di esclusiva” (lettera b. dell'art. 7, comma 3, della direttiva) in quanto, perché sia applicabile tale norma, è necessario che l'impresa sia l'unica in grado di eseguire l'opera in ragione dell'estrema complessità della stessa (non è il caso in questione).

Né possono i lavori in argomento ritenersi “complementari” rispetto ad un precedente appalto (lettera d. dell'art. 7, comma 3, della direttiva) in quanto la deroga può operare solo nel caso in cui il precedente affidamento sia avvenuto tramite procedura ad evidenza pubblica.

Anche il successivo affidamento diretto da Milano Mare a Valdata Costruzioni s.r.l. (d'ora in poi, solo Valdata) è illegittimo.

La società Milano Mare giustifica il predetto affidamento in ragione del fatto che Valdata sarebbe da questa controllata, benché indirettamente, tramite S.I.S.P.A.I. s.r.l. (in seguito, SISPAI).

L'affidamento dei lavori, secondo quanto risulta dalla comunicazione in data 11 marzo 2004 e dal contratto stipulato il 12 maggio 2004, è avvenuto in (erronea) applicazione dell'art. 2 della legge n. 109/94 (in combinato disposto con l'art. 8, comma 6, del D.Lgs n. 158/1995 e artt. 1 e 2 del D.P.C.M. n. 517/1997), senza alcun riferimento alla normativa derivante dall'attuazione della legge obiettivo n. 443/2001.

L'art. 2, comma 3, della legge n. 109/94 prevede, in particolare, una deroga all'ordinaria procedura ad evidenza pubblica per i concessionari di lavori pubblici i quali sono tenuti, nel caso di affidamento di appalti a terzi, all'applicazione delle sole norme della legge quadro in materia di pubblicità dei bandi di gara e termini per concorrere.

Ora, anche a voler annoverare Milano Mare tra i concessionari di lavori pubblici, è certamente qualificabile quale "organismo di diritto pubblico" e, come tale, è assoggettata all'integrale rispetto delle regole dell'evidenza pubblica per l'aggiudicazione degli appalti di lavori.

La società Milano Mare, infatti, riunisce in se tutti i requisiti per essere qualificata in quel modo in quanto:

- ha personalità giuridica;
- è sottoposta al controllo da parte di soggetti pubblici che possiedono la maggioranza del capitale sociale;
- è istituita per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale (si tratta, infatti, di organizzare attività di rilievo pubblicistico e di interesse generale che si esplicano in prestazioni fornite a favore degli utenti).

Poi, Milano Mare, invece di concessionaria di lavori pubblici o “organismo di diritto pubblico”, dovrebbe essere qualificata, ai sensi dell’art. 2, comma 2, lett. b) della legge n. 109/94, quale “concessionaria di lavori e servizi pubblici” ovvero “società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che ha ad oggetto la produzione di beni e servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza” e, pertanto, obbligata al rispetto integrale delle regole dell’evidenza pubblica previste dalla legge quadro per l’affidamento delle opere in questione.

Pur tuttavia, anche a voler definire Milano – Mare quale concessionaria di lavori pubblici, questa non è stata scelta con pubblica gara e, pertanto, non poteva svolgere le funzioni di ente appaltante.

Si aggiunga, altresì, sempre a voler ammettere la correttezza della predetta qualificazione, che l’affidamento diretto dei lavori a Valdata sarebbe ammesso, ai sensi dell’art. 2, comma 3, della legge n. 109/1994, nei limiti del 60% dell’opera integrale.

A nulla, in questo senso, vale quanto sostenuto da Milano Mare secondo la quale i lavori direttamente affidati a Valdata costituirebbero una percentuale del 10% (circa 6 milioni di euro) rispetto al valore dell'intero appalto (pari a circa 69 milioni di euro).

Infatti, tale percentuale deve essere calcolata prendendo in considerazione tutti i lavori complessivamente affidati al concessionario ed il valore di quelli direttamente affidati alle società controllate o collegate.

In caso contrario, il rispetto delle regole di evidenza pubblica sarebbe facilmente eluso.

Anche applicando le disposizioni della legge obiettivo n. 443/2001 e del D.lgs n. 190/2002, gli atti impugnati sono illegittimi.

L'art. 7 del D.Lgs n. 190/2002 prevede, infatti, l'obbligo per coloro che sono già concessionari di lavori pubblici di affidare a terzi, con procedura di evidenza pubblica, una percentuale minima del 40% dei lavori.

Pur tuttavia, come detto in precedenza, il concessionario di lavori pubblici, per essere qualificato tale, deve essere scelto tramite pubblica gara, condizione che, nella fattispecie, non sussiste in quanto Milano Mare è stata oggetto di scelta diretta.

Anche a voler qualificare Milano Mare quale amministrazione aggiudicatrice, a maggior ragione, avrebbe dovuto affidare i lavori tramite le procedure di evidenza pubblica.

Infine, l'affidamento diretto da Milano Mare a Valdata non può essere giustificato

facendo ricorso a ragioni di “urgenza”, come evidenziate nella nota del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti in data 22 gennaio 2004 e nella comunicazione di ANAS del 30 gennaio 2004, in quanto la giurisprudenza pretende, per legittimare il ricorso alla procedura derogatoria della trattativa privata, che si tratti di “urgenza” qualificata ovvero derivante da eventi imprevedibili e non imputabili all’Amministrazione.

Non è escluso, poi, che la società Valdata farà eseguire i lavori di che trattasi dalla società Itinera, suo braccio operativo, con gli ulteriori profili di illegittimità connessi a questo ulteriore affidamento diretto.

Ciò posto, le ricorrenti, oltre all’annullamento degli atti impugnati, chiedono, ai sensi dell’art. 33 e ss. Del D.lgs n. 80/98, la reintegrazione in forma specifica mediante declaratoria dell’obbligo delle controparti di bandire adeguata procedura ad evidenza pubblica per l’affidamento dei lavori in argomento.

A questo riguardo, sollevano questione di legittimità costituzionale dell’art. 14 del D.Lgs n. 190/2002, per violazione degli artt. 3, 10, 11, 41 e 97 della Cost., nella parte in cui prevede che *“in applicazione delle previsioni dell’articolo 2, comma 6, delle direttive 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, e 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, 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 tale caso il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica”*.

Le deducenti chiedono, in ogni caso, la disapplicazione della predetta disposizione per violazione del diritto comunitario ed, in particolare, della direttiva 93/37/CE e degli artt. 81-97 del Trattato CE nella parte in cui tutelano il principio della concorrenza.

In subordine, le ricorrenti fanno istanza affinché le controparti vengano condannate al risarcimento dei danni per equivalente in ragione “dell’utile mancato per tutto il periodo dell’appalto”.

A questo riguardo, oltre a richiedere una valutazione equitativa del danno secondo quanto previsto dall’art. 1226 c.c., richiamano l’art. 345 della legge n. 2248/1865 all. F che fissa nel 10% dell’ammontare a base d’asta l’utile economico derivante dall’esecuzione dell’appalto.

Con successivo ricorso n. 2998/2004 le istanti hanno impugnato i medesimi atti e provvedimenti già gravati con il ricorso n. 2267/2004 e con i motivi aggiunti.

A fondamento della pretesa azionata deducono le medesime doglianze e concludono con identica richiesta di annullamento degli atti in contestazione e di risarcimento dei danni.

Si sono costituiti, in entrambi i giudizi, il Ministero intimato, la Regione Lombardia, la Provincia di Milano, ANAS, Milano Mare, Valdata, SISPAI, Itinera s.p.a. per resistere ai ricorsi proposti dalle deducenti.

In particolare, la difesa di Milano Mare, Valdata e SISPAI, oltre a chiedere il rigetto dei ricorsi perché infondati nel merito, eccepiscono l’inammissibilità:

- dei motivi aggiunti al ricorso n. 2267/2004 in quanto proposti nei confronti di

- parti diverse rispetto a quelle originarie;
- del gravame n. 2267/2004 per genericità dei motivi stante la non proponibilità dei predetti motivi aggiunti;
 - degli stessi motivi aggiunti in quanto, in relazione ai provvedimenti ivi elencati alle lettere b), c), e), f), g),h), i), k), l), m), n), o), p), q), r), s), t), u), v), x), non sono stati dedotte specifiche censure in violazione dell'art. 17 del R.D. n. 642/1907;
 - dei gravami nella parte in cui risultano proposti da ICG s.r.l. in quanto il Geom. Giorgio Mainini non avrebbe il potere di rappresentare all'esterno la società;
 - dei due ricorsi per carenza di interesse e di legittimazione attiva di Assimpredil e di ICG s.r.l..

La predetta difesa chiede, infine, l'estromissione dal giudizio della società SISPAI non avendo quest'ultima svolto alcun ruolo nella procedura in esame.

Anche la società Itinera, oltre a eccepire l'inammissibilità dei gravami per carenza di interesse delle ricorrenti, chiede di essere estromessa dal presente giudizio in quanto non ha ricevuto alcun affidamento diretto dei lavori in argomento.

La Regione Lombardia, a sua volta, oltre a ritenersi carente di legittimazione passiva nei ricorsi in esame, chiede il rigetto dei gravami perché infondati nel merito.

La Provincia di Milano, nel chiedere anch'essa il rigetto dei ricorsi per infondatezza nel merito, eccepsce, a sua volta, l'inammissibilità dei motivi aggiunti al ricorso n. 2267/2004 e la carenza di interesse delle ricorrenti.

In prossimità della trattazione del merito, le parti hanno depositato memorie insistendo nelle rispettive richieste.

In particolare, la difesa erariale (per il Ministero intimato e ANAS), nel chiedere il rigetto dei ricorsi per infondatezza, insiste nel ravvisare (per la prima volta) nella fattispecie in esame le condizioni di “urgenza imperiosa” di cui all’art. 7, comma 3, lett. c) della direttiva comunitaria 93/37/CE (desumibili dalla nota del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti in data 22 gennaio 2004 e dalla comunicazione dell’ANAS del 30 gennaio 2004), il che giustificherebbe la deroga all’esperimento delle procedure ordinarie di evidenza pubblica nell’affidamento dei lavori di che trattasi.

Alla pubblica udienza del 21 ottobre 2004, dopo la discussione delle parti, le cause sono state trattenute dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare deve essere esaminata l’eccezione sollevata dalla difesa di Milano Mare, Valdata e SISPAI secondo la quale i motivi aggiunti al ricorso n. 2267/2004 sarebbero inammissibili in quanto proposti nei confronti di parti diverse rispetto a quelle del gravame originario.

Al riguardo, va osservato che corrisponde al vero il fatto che in generale la proposizione dei motivi aggiunti (*cf. per tutte, Cons. St., sez. V, 21 novembre 2003, n. 7632*) presuppone la ricorrenza dei necessari presupposti della connessione oggettiva degli atti impugnati successivamente a quelli inizialmente opposti e della perfetta coincidenza soggettiva delle parti interessate.

Pur tuttavia, nella fattispecie, le ricorrenti, previo conferimento di una nuova procura speciale allo stesso difensore, hanno notificato l'atto contenente i motivi aggiunti sia nelle forme rituali proprie del ricorso "principale" ovvero presso le sedi legali delle controparti che presso il domicilio dei difensori delle parti avversarie.

Ciò consente a questo Giudice, stante il principio di economia dei mezzi processuali, di procedere alla conversione dei predetti motivi aggiunti in ricorso autonomo, peraltro, autonomamente proposto nell'identico contenuto dalle ricorrenti con il gravame rubricato al R.G. con il n. 2998/2004.

In ragione di quanto sopra, va disposta, ai sensi dell'art. 273 c.p.c., la riunione dei suddetti ricorsi (Rg nn. 2267/2004 e 2998/2004) per evidenti ragioni di connessione non potendosi ravvisare, peraltro, i presupposti per dichiarare la litispendenza ex art. 39 c.p.c..

Come, infatti, evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (*cf. per tutte, Sez. lavoro, 2 giugno 2000, n. 7377*), la contemporanea pendenza, dinanzi al medesimo giudice, di procedimenti relativi alla stessa causa (come nel caso di specie), può dare luogo a provvedimenti ordinatori di riunione e non all'applicazione delle disposizioni dettate dall'art. 39 cod. proc. civ. in materia di litispendenza, la cui configurabilità postula la diversità dei giudici davanti ai quali quella causa sia stata proposta.

2. Vanno, ora, esaminate le eccezioni con le quali la Regione Lombardia e le società SISPAI ed Itinera sostengono il proprio difetto di legittimazione passiva e

la conseguente estraneità al giudizio instaurato dalle ricorrenti.

Al riguardo, risultano fondate le richieste di estromissione avanzate da SISPAI ed Itinera mentre non può essere accolta quella della Regione Lombardia.

Come riconosciuto, infatti, dalla giurisprudenza amministrativa (*per tutte, Cons. St., sez. V, n. 2634/2001*), il difetto di legittimazione passiva postula l'accertamento della assoluta estraneità della parte al rapporto giuridico in contestazione.

Orbene entrambe le predette società appaiono, *per tabulas*, estranee ai fatti di causa, sicchè va disposta la loro estromissione dal giudizio.

La prima, chiamata in causa per i rapporti di controllo/collegamento societario esistenti tra Milano Mare e SISPAI e tra questa e Valdata, non risulta abbia avuto alcun coinvolgimento nella vicenda in esame riguardante la legittimità degli affidamenti diretti, per l'esecuzione delle opere in argomento, intervenuti tra ANAS e Milano Mare e, a sua volta, tra quest'ultima e Valdata.

Dalla documentazione in atti si evince, invero, che la società SISPAI non è intervenuta in nessuna delle fasi che hanno portato all'assunzione degli atti impugnati.

Per quanto riguarda, invece, la società Itinera, contrariamente a quanto affermato dalle ricorrenti, non risulta che abbia ricevuto da Valdata, tramite affidamento diretto, l'incarico di eseguire le opere strettamente necessarie a garantire l'accessibilità al Polo Fieristico di Rho – Pero.

Si tratta, quindi, di asserzioni che non trovano riscontro negli atti di causa dai

quali si ricava, al contrario, che i lavori sono eseguiti integralmente da Valdata con espresso divieto di subappalto (cfr contratto stipulato tra Milano Mare e Valdata in data 12 maggio 2004).

La Regione Lombardia, invece, come si evince dallo schema di convenzione del 15 aprile 2003 (sottoscritto anche dalla Provincia di Milano, dall'ANAS e dalle tre società autostradali concessionarie), non può considerarsi del tutto estranea al rapporto giuridico in contestazione.

L'ente territoriale, infatti, oltre all'impegno finanziario assunto con la predetta convenzione, ha partecipato all'azione di coordinamento generale delle attività ivi previste.

Al riguardo, sebbene non abbia avuto un coinvolgimento diretto nella scelta di ANAS di procedere all'affidamento diretto dei lavori di che trattasi in favore di Milano Mare, nello schema di convenzione (qui impugnato tra i vari atti), è riportata la clausola secondo cui ANAS dovrà provvedere *“all’attuazione delle opere di accessibilità stradale al Polo Fieristico tramite il coinvolgimento delle predette società concessionarie autostradali (tra cui Milano Mare) attraverso la stipula di specifiche convenzioni”*.

Ne deriva che, essendo oggetto di contestazione la convenzione del 15 aprile 2003 e, cioè, un atto sottoscritto anche dalla Regione Lombardia, non può farsi luogo alla estromissione di quest'ultima dal presente giudizio in quanto una statuizione in tal senso comporterebbe l'inefficacia, a termini dell'art. 2909 cod. civ., della pronuncia giurisdizionale di merito nei confronti del predetto Ente.

3. Infondata è l'ulteriore eccezione di inammissibilità avanzata dalla difesa di Milano Mare secondo la quale le ricorrenti, in relazione ai provvedimenti elencati nei motivi aggiunti e nel gravame n. 2998/2004 alle lettere b), c), e), f), g),h), i), k), l), m), n), o), p), q), r), s), t), u), v), x), non avrebbero dedotto specifiche censure, in violazione dell'art. 17 del R.D. n. 642/1907.

Come correttamente osservato nella memoria da ultimo depositata dalla difesa delle deducenti, le censure contenute nei ricorsi in esame consentono di risalire con chiarezza ai dedotti profili di illegittimità riguardanti le operazioni condotte da ANAS e da Milano Mare.

Gli atti impugnati, sebbene non tutti oggetto di specifiche censure, si riferiscono, in gran parte, alla serie procedimentale che ha portato agli affidamenti diretti qui censurati.

Con la conseguenza che, anche se alcune determinazioni impugate non hanno stretta attinenza ai fatti oggetto di causa, tale circostanza non è idonea a far dichiarare inammissibili i gravami in esame per genericità dei motivi di doglianza bensì può portare, sussistendone i presupposti, ad una pronuncia di accoglimento parziale con conseguente annullamento dei soli provvedimenti attinenti alla materia oggetto del contendere.

Il Consiglio di Stato, in una fattispecie analoga, ha, al riguardo, osservato (*per tutte, Cons. St., sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3730*) che il giudice amministrativo può procedere all'individuazione dei motivi di ricorso tenendo conto non solo delle censure espressamente enunciate, ma anche di quelle che, pur se

formalmente non esposte, possono essere desunte chiaramente dall'esposizione dei fatti ovvero dall'intero contesto del ricorso con la conseguenza che il vizio di ultrapetizione non sussiste allorquando viene accolta una domanda che, pur se non espressamente formulata, sia comunque contenuta nel ricorso introduttivo del giudizio (*cf. Cons. St., sez. V, 24 settembre 2003, n. 5462*).

4. Altrettanto infondata risulta l'eccezione di inammissibilità dei ricorsi, con riferimento alla società ICG s.r.l., per il fatto che il Geom. Giorgio Mainini, il quale ha sottoscritto la procura speciale in favore del difensore costituito, non risulterebbe titolare del potere di rappresentare in giudizio la società stessa.

Ciò risulta smentito dal deposito in giudizio del verbale del Consiglio di Amministrazione di ICG s.r.l. del 7 settembre 1994 con il quale il Geom. Mainini è nominato amministratore delegato della società e dal quale risulta il conferimento del potere di rappresentarla in giudizio.

5. Va, ora, affrontata la questione relativa alla carenza di interesse ed al difetto di legittimazione attiva delle ricorrenti sollevata dalle difese della Provincia di Milano, di Milano Mare, Valdata, SISPAI ed Itinera.

Con riferimento ad Assimpredil, le difese resistenti sostengono che:

- la legittimazione ad agire delle associazioni di categoria sussiste solo per far valere interessi propri e non quelli dei singoli appartenenti che aspirano a diventare aggiudicatari dei lavori in argomento: peraltro, gli interessi della categoria non devono entrare in conflitto con quelli di altri associati, come nel caso di specie, dove Valdata risulta iscritta all'ANCE (associazione nazionale),

alla quale aderisce la stessa Assimpredil (associazione territoriale);

- manca l'interesse a ricorrere in merito alle determinazioni che coinvolgono i rapporti concessori tra ANAS e Milano Mare in quanto Assimpredil, diversamente da AISCAT (che riunisce le società concessionarie), rappresenta le imprese edili che non possono aspirare a diventare concessionarie di lavori pubblici.

A carico di ICG s.r.l., le stesse difese lamentano la mancanza di interesse sul rilievo che tale società, oltre a non poter diventare concessionaria di lavori pubblici, non è in possesso dei requisiti soggettivi necessari per partecipare alla gara ad evidenza pubblica delle opere in argomento il cui valore, come detto, ammonta complessivamente a circa 69 milioni di euro.

Non è, infatti, un caso che, nella procedura già avviata per appaltare i residui lavori (detratti quelli in corso di esecuzione, per cui è causa, pari a 6 milioni di euro) che ammontano a circa 63 milioni di euro, la società non abbia chiesto di partecipare alla selezione.

Le eccezioni sono infondate.

Giova, sul punto, delimitare l'oggetto della controversia.

Le ricorrenti lamentano la mancata adozione da parte dei soggetti coinvolti nella vicenda (in particolare, ANAS e Milano Mare) delle ordinarie procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori (dell'ammontare di circa 6 milioni di euro), inerenti alla realizzazione delle opere strettamente necessarie a garantire l'accessibilità al Polo Fieristico di Rho – Pero.

Ora, Assimprendil fa valere un interesse di categoria teso ad ottenere che gli affidamenti in argomento si svolgano tramite gare pubbliche onde poter assicurare ai propri associati una *chance* di aggiudicazione mentre la società ICG, che come la prima non aspira a diventare concessionaria autostradale, ovvero non intende essere affidataria dell'intera opera di che trattasi (del valore, come detto, pari a circa 69 milioni di euro), desidera partecipare alla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento delle opere in argomento, parte delle quali (quelle cioè strettamente necessarie del valore di circa 6 milioni di euro) sono state affidate direttamente da Milano Mare a Valdata.

Ciò posto, è noto al Collegio (*cf. TAR Lazio, sede Roma, sez. III ter, n. 2375/2004*) il principio secondo cui, nel processo amministrativo, le associazioni di categoria possono far valere in giudizio gli interessi collettivi di cui sono portatrici a condizione che risulti con certezza che gli interessi individuali dei propri iscritti siano univocamente conformi a quello a tutela del quale l'associazione agisce e non siano in contrasto, neanche potenzialmente, tra loro (*Cons. St., sez. VI, 14 gennaio 2003 n. 93*).

Ritiene, nondimeno, la Sezione che tale arresto, in sé condivisibile, non riguardi il caso di specie atteso che l'interesse su cui poggia la legittimazione delle associazioni di categoria ad agire in giudizio non corrisponde alla somma degli interessi individuali dei singoli iscritti ma ha carattere collettivo, essendo riferita alla categoria considerata in modo oggettivo, complessivo ed unitario.

Nella specie è in contestazione l'affidamento diretto dei lavori in argomento,

senza il previo esperimento di una gara pubblica, da ANAS a Milano Mare e da questa a Valdata, con conseguente esclusione di tutte le imprese potenzialmente interessate.

Come è dato constatare l'associazione di categoria ricorrente agisce a tutela di un interesse collettivo di cui essa è organismo esponenziale e non già a favore degli interessi individuali di alcuni associati contro altri, nel qual caso l'azione sarebbe inammissibile, giacché compito precipuo dell'associazione di categoria è quello di comporre i conflitti tra gli associati.

Ebbene, nel caso in cui, come nella specie, nell'atto impugnato sia effettivamente riconoscibile una capacità lesiva di interessi unitari di una determinata categoria di soggetti (*cf. Cons. St., sez. V, 29 gennaio 1999 n. 69; id., 1° luglio 2002 n. 3586*), il relativo ente esponenziale è legittimato a far valere in giudizio tali ragioni, ancorché uno o più iscritti siano indifferenti a tale scelta illegittima e vi si adeguino per conseguire vantaggi, anche sugli altri iscritti, altrimenti non raggiungibili.

Invero, la legittimazione attiva in capo ad un'associazione di categoria non può essere esclusa da un ipotetico conflitto di interessi tra essa e singole imprese beneficiarie dell'atto impugnato, atteso che la sussistenza di tale conflitto, per essere idoneo ad escludere la legittimazione in parola, va valutata in astratto, all'uopo non bastando la circostanza che alcune imprese possano lucrare un risultato utile dal provvedimento che l'associazione assume lesivo dell'interesse istituzionalizzato di categoria (*cf. Cons. St., sez. V, 3 giugno 1996 n. 624*).

Né la posizione di un singolo associato, che pensi di trarre beneficio dalla vicenda individuata dall'associazione come lesiva per tutta la categoria, può esser ritenuta tanto meritevole di tutela o, comunque, fonte di un così rilevante conflitto di interessi, da paralizzare sempre e comunque l'azione a tutela dell'interesse collettivo escludendo così la possibilità per la generalità degli associati di difendere il bene metaindividuale.

Con riferimento, invece, alla società ICG è sufficiente osservare, al fine di respingere l'eccezione di inammissibilità, che la stessa possiede i requisiti necessari per poter partecipare all'eventuale gara che venisse indetta per l'aggiudicazione delle opere ora affidate direttamente a Valdata.

6. Sgomberato il campo dalle eccezioni preliminari, può ora passarsi ad esaminare nel merito il ricorso n. 2267/2004 ed i motivi aggiunti che costituiscono sostanziale specificazione dell'unico, articolato motivo dedotto con l'atto introduttivo del giudizio.

Con la prima censura le ricorrenti lamentano l'illegittimità delle modalità con le quali ANAS ha affidato direttamente a Milano Mare, tramite convenzione aggiuntiva stipulata in data 16 giugno 2003 (senza, quindi, esperire una gara pubblica), la realizzazione dell'opera così descritta "Tangenziale Ovest di Milano – quota parte delle opere di accessibilità al Polo Fieristico di Rho – Pero (Milano)", per un valore complessivo di circa 69 (sessantanove) milioni di euro.

La doglianza è fondata per le ragioni che di seguito si espongono:

- l'intervento in questione è stato inserito dal CIPE, con delibera del 27 giugno

2003 n. 22, nel novero delle opere c.d. “strategiche” di cui alla legge obiettivo n. 443/2001;

- in ragione di ciò, risulta applicabile alla fattispecie la normativa prevista dal D.Lgs n. 190/2002 la quale, all’art. 6 specifica che *“in deroga alle previsioni di cui all’art. 19 della legge quadro (n. 109/1994), la realizzazione delle infrastrutture è oggetto di: a) concessione di costruzione e gestione; b) affidamento unitario a contraente generale”*;
- l’art. 10 del predetto D.Lgs n. 190/2002, a sua volta, prevede, tra l’altro, che l’aggiudicazione delle concessioni *“avviene, a scelta del soggetto aggiudicatore, mediante licitazione privata o appalto concorso”*;
- l’utilizzo della licitazione privata non costituisce, tuttavia, una novità in quanto anche la legge quadro n. 109/1994 (art. 20, comma 2), in applicazione dei principi comunitari, fa espresso riferimento a tale modalità di scelta del concessionario;
- che, nel caso in esame, ANAS abbia voluto utilizzare l’istituto della concessione di costruzione e gestione non è revocabile in dubbio e ciò è facilmente ricavabile sia dal contenuto della convenzione aggiuntiva stipulata con Milano Mare del 16 giugno 2003 che dei precedenti accordi intervenuti nel 1972, 1986, 1990 e 1999;
- con le predette convenzioni, ANAS ha, infatti, affidato direttamente a Milano Mare sia la costruzione di alcuni tratti autostradali (tra cui anche la Tangenziale Ovest di Milano), compresi gli interventi di adeguamento di volta

in volta necessari, che la gestione (ad es.: manutenzione) degli stessi con conseguente incameramento delle tariffe di pedaggi, per un periodo di tempo determinato, a copertura degli investimenti effettuati per la realizzazione dei vari lavori;

- con la convenzione aggiuntiva del 16 giugno 2003, allo stesso modo, ANAS, integrando la precedente, stipulata il 7 dicembre 1999, ha affidato alla stessa Milano Mare la realizzazione, sempre con riferimento alla tangenziale Ovest di Milano, di “quota parte delle opere di accessibilità al Polo fieristico Rho – Pero” (art. 2) e, conseguentemente, al fine di garantire “l’equilibrio economico finanziario dell’investimento” (art. 4), la concessionaria è stata autorizzata ad applicare una maggiorazione della tariffa di pedaggio determinata dalla variazione in aumento delle percorrenze chilometriche sul tratto stradale in argomento.

Ciò posto, dagli atti depositati ed, in particolare, dalle convenzioni sopra descritte, non sussistono dubbi sul fatto che ANAS abbia omesso di indire una gara ad evidenza pubblica (nella forma della licitazione privata ovvero dell’appalto concorso) per la scelta del concessionario ma abbia affidato i lavori in argomento direttamente a Milano Mare, violando così sia l’art. 10 del D.lgs n. 190/2002 che lo stesso art. 20 della legge quadro n. 109/94 (nella parte in cui sanciscono, quantomeno, l’obbligo di ricorrere alla licitazione privata).

La difesa di Milano Mare e Valdata spiega tale omissione richiamando la direttiva comunitaria n. 93/37/CE e, precisamente, l’art. 7, comma 3, lett. b) e d),

concernente i casi in cui la stazione appaltante può ricorrere alla procedura negoziata senza preliminare pubblicazione del bando di gara.

Tale tentativo non coglie nel segno per un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, pur volendo ammettere l'applicabilità della direttiva comunitaria nel caso di specie, non risultano per nulla esternati nella copiosa documentazione versata in atti (né è possibile, come è noto, per uniforme interpretazione giurisprudenziale, un'integrazione della motivazione in corso di causa) i motivi, peraltro tassativamente previsti dalla predetta direttiva, che hanno condotto alla scelta di affidare direttamente la concessione di costruzione e gestione a Milano Mare senza esperire preventivamente una gara pubblica.

Eppure costituisce principio comune, in tema di gare pubbliche, il fatto che, per ricorrere alla trattativa privata (c.d. procedura negoziata), peraltro senza gara informale, è necessario l'accertamento rigoroso dei presupposti per procedere in deroga all'evidenza pubblica, motivi che devono risultare con chiarezza dagli atti determinativi della stazione appaltante.

In secondo luogo, le ragioni esternate da Milano Mare a fondamento della scelta di procedere alla procedura negoziata non sembrano rispettare i rigorosi canoni sanciti dall'art. 7, comma 3, lett. b) e d), della direttiva 93/37/CE.

Di recente, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, con la sentenza del 14 settembre 2004, ha avuto modo di chiarire che l'art. 7, comma 3, della direttiva 93/37/CE prevede casi tassativi che consentono di attribuire i lavori pubblici mediante la procedura negoziata senza preliminare pubblicazione di un bando di

gara.

Ora, tali disposizioni – continua la CGE -, autorizzando deroghe miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato CEE nel settore dei lavori pubblici, devono essere interpretate restrittivamente e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano il ricorso ad una procedura eccezionale come quella in argomento grava su colui che intende avvalersene.

Ciò non è avvenuto nel caso di specie.

Come detto, oltre a non essere rinvenibili negli atti di causa le ragioni che hanno giustificato il ricorso alla procedura (negoziata) di natura eccezionale, queste non possono farsi discendere automaticamente dal fatto che si tratti di un'opera strategica ovvero dalle "esortazioni" del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti che, con la nota in data 22 gennaio 2004, ha sottolineato l'urgenza dell'intervento (anche se la stessa autorità ministeriale ha, tuttavia, posto l'attenzione sulla necessità di rispettare la normativa vigente).

Scendendo nel particolare, poi, non sussistono le condizioni di cui all'art. 7, comma 3, lett. b), della menzionata Direttiva CEE n. 93/37 secondo il quale è consentito ricorrere alla procedura negoziata senza preliminare pubblicazione di un bando di gara *"per i lavori la cui esecuzione, per motivi tecnici, artistici, o inerenti alla tutela dei diritti d'esclusiva, può essere affidata unicamente ad un imprenditore determinato"*.

Come correttamente rilevato dalla difesa dei ricorrenti, i lavori in argomento

riguardano opere di viabilità che non appaiono di complessità tale da essere coperte da esclusiva.

Perché possa applicarsi la previsione in esame, infatti, si deve trattare di lavori per i quali l'impresa, sia per maestranze altamente specializzate, sia per gli strumenti tecnologici di cui dispone, appaia l'unica in grado di eseguire un'opera dalle caratteristiche assolutamente particolari.

La Corte di Giustizia CEE, nella citata sentenza del 14 settembre 2004, ha poi precisato che non basta affermare che un insieme di lavori è complesso e delicato per dimostrare che esso deve necessariamente essere affidato ad un solo imprenditore.

Milano Mare afferma (anche per giustificare l'applicazione della previsione di cui alla successiva lett. d. dell'art. 7, comma 3), che gli interventi in argomento si caratterizzano per il fatto di avere ad oggetto il collegamento delle SP46 "Rho – Pero" e SS33 "del Sempione" attraverso un nuovo raccordo che comprende svincoli di interconnessione tra infrastrutture già esistenti e gestite dalle tre concessionarie autostradali.

Al riguardo, pur condividendo l'importanza e l'urgenza degli interventi di che trattasi, va osservato che le ragioni esternate solo ora dalla difesa di Milano Mare non consentono, tuttavia, di ritenere provata, come richiede la Corte di Giustizia, la sussistenza dei presupposti per procedere in deroga alle regole che impongono la gara pubblica.

Stesse considerazioni valgono per l'invocata applicazione dell'art. 7, comma 3,

lett. d), della direttiva 93/37/CE secondo il quale è consentito ricorrere alla procedura negoziata senza preliminare pubblicazione di un bando di gara *“per i lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente aggiudicato né nel primo contratto concluso e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, all’esecuzione dell’opera quale è ivi descritta, a condizione che siano attribuiti all’imprenditore che esegue tale opera: - quando tali lavori non possono essere tecnicamente o economicamente, separati dall’appalto principale senza gravi inconvenienti per le amministrazioni aggiudicatrici; - oppure quando tali lavori, quantunque separabili dall’esecuzione dell’appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento”*.

Anche tale disposizione non risulta applicabile al caso di specie e ciò in quanto:

- sia la totalità degli interventi affidati a Milano Mare (quota parte delle opere di accessibilità al Polo fieristico Rho – Pero, per un valore complessivo di circa 69 milioni di euro) che i lavori strettamente necessari, in corso di esecuzione da parte di Valdata (stimati in circa 6 milioni di euro), non possono ritenersi complementari a quelli assentiti con la convenzione stipulata nel dicembre 1999 in quanto, sebbene abbiano ad oggetto collegamenti che comprendono nuovi svincoli di interconnessione tra infrastrutture già esistenti, non riguardano il completamento della Tangenziale Ovest ma concernono la costruzione di un nuovo raccordo che unisce vari tratti stradali al fine di migliorarne la viabilità, in vista anche del sicuro aumento del flusso veicolare derivante dall’apertura (prevista per il marzo 2005) del nuovo Polo fieristico;

- a voler ritenere il contrario, si rischia di veder escluso dal “gioco” della concorrenza ogni intervento integrativo di adeguamento o miglioramento della viabilità nella rete viaria autostradale;
- a ciò va aggiunto che la possibilità di deroga di cui alla predetta lett. d) opera solo nel caso in cui i lavori iniziali siano stati aggiudicati, il che fa ritenere che, a monte, vi sia stata una gara pubblica per la scelta del contraente. Non sembrano, in questo senso, cogliere nel segno le osservazioni svolte in pubblica udienza dalla difesa di Milano Mare secondo cui la dizione successiva contenuta nella norma (“né nel primo contratto concluso”) fa escludere la necessità che, a monte, sia stata esperita una procedura ad evidenza pubblica. A tal riguardo, appare più ragionevole l’interpretazione che fa discendere dalla congiunzione “né” un collegamento all’inciso precedente tale da far ritenere che si tratti del contratto concluso dopo l’avvenuta aggiudicazione, con gara pubblica, dell’appalto di riferimento;
- in ogni caso, ed in disparte le suesposte considerazioni, negli atti depositati in giudizio non si fa mai riferimento alle invocate previsioni della direttiva comunitaria né, in questa sede, risulta adempiuto l’onere di dimostrare l’effettiva sussistenza delle circostanze puntuali che hanno giustificato il ricorso alla procedura eccezionale in argomento che, come detto, grava su colui che intende avvalersene, ovvero ANAS e Milano Mare (*cfr cit. CGE, sentenza 14 settembre 2004*).

Da ultimo la difesa di ANAS, al fine di giustificare l’utilizzo di siffatta procedura

eccezionale, richiama la lett. c) dell'art. 7, comma 3, della direttiva comunitaria 93/37 secondo cui è consentito ricorrere alla procedura eccezionale *“nella misura strettamente necessaria, quando l'urgenza imperiosa, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate... Le circostanze invocate per giustificare l'urgenza non devono in nessun caso essere imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”*.

Nel rammentare quanto già espresso in precedenza anche in ordine all'urgenza segnalata dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti con la nota del 22 gennaio 2004 (con particolare riferimento alla necessità di rispettare la normativa vigente), il Collegio si limita ad aggiungere che già nel 2001 era stato approvato il 1° programma degli interventi relativi all'accessibilità al Polo fieristico ed il CIPE, sin dal 27 giugno 2003, ha inserito i lavori in argomento nel novero delle opere strategiche.

Ora, riesce difficile ipotizzare che tale scansione temporale abbia determinato un'urgenza “imperiosa” tale da non consentire, quantomeno per gli interventi oggetto di causa del valore di circa 6 milioni di euro, di esperire in tempo utile le ordinarie procedure di evidenza pubblica.

Per concludere sul punto, l'affidamento diretto da ANAS a Milano Mare degli interventi denominati “Tangenziale Ovest di Milano – quota parte delle opere di accessibilità al Polo Fieristico di Rho – Pero” (di cui alla convenzione aggiuntiva del 16 giugno 2003 e alla nota n. 662 del 30 gennaio 2004 – lett. J. ed L.

dell'epigrafe) è illegittimo in quanto la stazione appaltante (ANAS) avrebbe dovuto utilizzare, nella scelta del concessionario chiamato a costruire e gestire le opere sopra descritte, le procedure selettive pubbliche previste dall'art. 10 del D.Lgs n. 190/2002.

7. Con un secondo ordine di doglianze, poi, le ricorrenti censurano l'operato di Milano Mare la quale ha, a sua volta, affidato direttamente a Valdata l'esecuzione delle opere strettamente necessarie idonee a garantire l'accessibilità al Polo fieristico di Rho – Pero (valore complessivo di 6 milioni di euro).

Basti osservare, al riguardo, che la declaratoria di illegittimità del rapporto concessorio instaurato con la convezione del giugno 2003 tra ANAS e Milano Mare determina automaticamente l'illegittimità del successivo affidamento diretto dei lavori in argomento a Valdata.

Infatti, sebbene nel caso di specie sia applicabile l'art. 14 del D.Lgs n. 190/2002 secondo cui l'annullamento dell'aggiudicazione (*rectius*: affidamento) non determina la risoluzione del contratto già stipulato, ciò non esclude comunque la possibilità per il giudice di dichiarare l'illegittimità di tale affidamento.

In relazione a quanto precede Milano Mare non può essere considerata legittima concessionaria di ANAS.

Da ciò consegue che la stessa Milano Mare, nel caso di specie, non avrebbe potuto procedere, in esecuzione dell'art. 2, comma 4 (*rectius*: comma 3), della legge n. 109/94 - richiamato nel contratto stipulato in data 12 maggio 2004 - ad affidare direttamente alla propria controllata Valdata i lavori in argomento

(costituenti il 10% circa dell'intera opera il cui costo complessivo, come detto, è stato stimato in 69 milioni di euro) mancando il requisito soggettivo imposto dalla norma richiamata (concessionario di lavori pubblici).

Solo per completezza, va segnalato che, senza tale qualifica, Milano Mare deve essere ricompresa nel novero degli organismi di diritto pubblico (*cf.*, *su caso analogo*, *Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090*) - non potendo revocarsi in dubbio che essa riunisca in sé i tre requisiti previsti a tale fine dalla normativa comunitaria (recepiti anche dalla legislazione interna) – onde era comunque tenuta al rispetto integrale della legge quadro n. 109/94 e all'indizione di procedure ad evidenza pubblica per la scelta dell'appaltatore.

Ciò posto, la censura dedotta, sotto i profili evidenziati, va accolta.

8. Le ricorrenti, in ragione dei predetti profili di illegittimità, pur riconoscendo l'applicabilità al caso di specie del predetto art. 14 del D.Lgs n. 190/2002 il quale esclude il risarcimento in forma specifica (che, nel caso di specie, si sostanzierebbe nel dichiarare l'obbligo della stazione appaltante di bandire una gara ad evidenza pubblica) in favore di quello per equivalente, sollevano eccezione di illegittimità costituzionale della citata disposizione per violazione degli artt. 3, 10, 11, 41 e 97 Cost..

Siffatta questione, ad avviso del Collegio, non appare rilevante nel presente giudizio.

E' sufficiente osservare, al riguardo, che i lavori sono in corso di esecuzione e la conclusione delle opere (strettamente necessarie) per le quali si è proceduto ad

affidamento diretto alla società Valdata è prevista per il mese di gennaio 2005 (cfr verbale di consegna lavori - all. 2 della doc.ne di Milano Mare), al fine di consentire un'adeguata viabilità in vista dell'inaugurazione del Polo fieristico fissata per la fine di marzo 2005.

Consegue che, indipendentemente dalla norma di legge in contestazione, non è ipotizzabile nella specie alcuna forma di reintegrazione in forma specifica, non potendosi comunque effettuare una nuova aggiudicazione dei lavori in favore di parte ricorrente a seguito di gara pubblica.

In ogni caso la questione di legittimità costituzionale sollevata non presenta aspetti di particolare fondamento, ove si consideri che:

- la norma in argomento (art. 14 D.Lgs. n. 190/2002) costituisce applicazione della direttiva comunitaria n. 89/665/CE che consente al legislatore nazionale di prevedere, nei limiti della ragionevolezza, casi in cui può essere riconosciuto, in luogo della reintegrazione in forma specifica, il risarcimento dei danni per equivalente (ciò consente di disattendere, altresì, l'invocata disapplicazione della norma in argomento);
- non appare irragionevole che, nel caso delle opere strategiche, il legislatore, per evidenti esigenze di celerità nella realizzazione di tali infrastrutture, abbia optato per una scelta che potrebbe non consentire un integrale risarcimento degli interessi del privato lesi dall'illegittima azione amministrativa;
- anche il giudice al quale l'interessato richieda la reintegrazione in forma specifica deve operare, ai sensi dell'art. 2058, una valutazione che tenga

conto del fatto che tale forma risarcitoria sia in tutto in parte possibile ovvero non sia eccessivamente onerosa per il debitore;

- nel caso delle infrastrutture strategiche, tale valutazione è stata operata direttamente dal legislatore, opzione che, come detto, non appare irragionevole;
- peraltro, la Corte Costituzionale, in più occasioni, ha avuto modo di affermare, in fattispecie diversa ma comunque espressiva di un principio comune, che è consentito al legislatore, nei limiti della ragionevolezza, prevedere forme non integrali di risarcimento dei danni subiti dal privato (*cfr. Corte Cost. n. 148/1999*).

9. Premesso quanto sopra può ora passarsi ad esaminare la richiesta di risarcimento dei danni avanzata dalle ricorrenti.

Queste chiedono che le parti resistenti vengano condannate al risarcimento dei danni per equivalente in ragione “dell’utile mancato per tutto il periodo dell’appalto”.

In particolare le deducenti richiamano l’art. 345 della legge n. 2248/1865 all. F che fissa nel 10% dell’ammontare a base d’asta l’utile economico derivante dall’esecuzione dell’appalto e, in subordine, si rimettono alla valutazione equitativa del Collegio.

La domanda non può però essere accolta in quanto, così come formulata, presuppone che, nel caso in cui fosse stata indetta una gara ad evidenza pubblica, le interessate sarebbero state aggiudicatrici dei lavori in argomento.

Ciò è comprovato dal riferimento al menzionato art. 345 della legge n. 2248/1865 all. F che fissa nel 10% l'utile economico derivante dalla esecuzione dell'appalto. Sul punto non può farsi a meno di osservare che la ricorrente Assimprendil, essendo una associazione di categoria, non possiede i requisiti soggettivi ed oggettivi per partecipare in proprio a gare pubbliche di appalto inerenti ai lavori di che trattasi.

Per quanto riguarda la società ICG va rilevato che la stessa, pur possedendo i requisiti soggettivi per partecipare all'eventuale procedura ad evidenza pubblica per l'appalto dei lavori affidati a VALDATA, non può essere sicuramente individuata come aggiudicataria certa della gara stessa.

Neanche è possibile svolgere una c.d. "gara virtuale" in quanto non è dato conoscere il numero e l'identità delle imprese interessate a partecipare alla predetta procedura selettiva. Ciò comporta indubbia difficoltà anche a riconoscere un eventuale risarcimento per perdita di *chance*, peraltro non richiesto dalle deducenti.

A quest'ultimo riguardo, va considerato che la giurisprudenza più recente (Cass. Civ., sez. lavoro, 9 gennaio 2003, n. 123), condivisa dal Collegio, ha avuto modo di affermare che la richiesta risarcitoria deve essere specifica nel senso che non è consentito al giudice, a fronte di una domanda volta ad ottenere l'utile del 10% in ragione della mancata aggiudicazione dei lavori, di commutare la domanda stessa (con una operazione logica diversa dalla semplice riqualificazione della richiesta, consentita invece in corso di causa) in un'altra (ad es: perdita di

chance) essendo diversi il *petitum* e la *causa petendi*.

10. In conclusione, il ricorso n. R.G. 2267/2004 ed i motivi aggiunti devono essere accolti in parte, con conseguente annullamento degli atti indicati alle lettere a), b), e), j), l), o), p), q), r), s), t), u) e v).

In particolare, gli atti di cui alle lett e) (schema di convenzione del 15 aprile 2003), j) (convenzione aggiuntiva ANAS – Milano Mare del 16 giugno 2003) ed o) (convenzione del 5 dicembre 2003 tra Provincia di Milano e ANAS) vanno annullati nei limiti in cui hanno autorizzato le modalità di affidamento diretto qui censurate.

Il disposto annullamento non si estende ai restanti atti/convezioni/note indicati alle lett. c), d), f), g), h), i), k), m), n) e w) in quanto non strettamente attinenti alla presente controversia ovvero non aventi contenuto provvedimento.

Va, invece, respinta la richiesta di risarcimento dei danni avanzata dalle deducenti.

Deve infine essere dichiarato inammissibile il ricorso n. R.G. 2998/2004 per il divieto del *ne bis in idem* in quanto la pretesa che ne costituisce l'oggetto è identica nei suoi contenuti a quella azionata con il ricorso n. 2267/2004 e con i motivi aggiunti sopra specificati.

11. Le spese in parte vanno compensate ed in parte seguono la soccombenza nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. III, riuniti i ricorsi in

epigrafe, così dispone:

- estromette dal giudizio le società SISPAI ed Itinera;
- accoglie in parte il ricorso n. 2267/2004 ed i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla gli atti indicati alle lettere a), b), e), j), l), o), p), q), r), s), t), u) e v) nei termini di cui in motivazione;
- respinge la richiesta di risarcimento dei danni avanzata dalle ricorrenti.
- dichiara inammissibile il ricorso n. 2998/2004.

Le spese vanno in parte compensate e, quanto ad euro 20.000 (ventimila), poste a carico della Regione Lombardia, della Provincia di Milano, dell'ANAS, di Milano Mare – Milano Tangenziale s.p.a., di Valdata Costruzioni s.r.l. in solido tra loro, e liquidate in favore di Assimpredil e I.C.G. s.r.l., nella misura di euro 10.000 (diecimila) per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 21 ottobre 2004, con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio - Presidente

Gianluca Bellucci – Primo Referendario

Daniele Dongiovanni – Referendario est.