



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9 del 2012, proposto da:

STRABAG AG SEDE SECONDARIA ITALIANA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Piero D'Amelio, Gianluigi Pellegrino e Guido Bardelli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via Visconti di Modrone n. 12;

***contro***

AUTOSTRADA PEDEMONTANA LOMBARDA s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Franco Gaetano Scoca e Fabio Giuseppe Angelini, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via del Lauro n. 7;

***nei confronti di***

PEDELOMBARDA s.c.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Marco Annoni, Pier Giuseppe Torrani e Giuseppina Incorvaia, con domicilio eletto presso lo studio di questi ultimi in Milano, C.so Magenta n. 63;

CONCESSIONI AUTOSTRADALI LOMBARDE s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Carmen Leo e Ernesto Stajano, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Milano, Via Cino del Duca n. 5;

***per l'annullamento***

degli atti (verbale del CdA del 21 novembre 2011 comunicato il 24 successivo e il richiamato e presupposto verbale del 11-17 novembre 2011, e per quanto occorra della presupposta nota di Concessioni Autostradali Lombarde s.p.a. 9.11.11) nella parte in cui Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a in sede di aggiudicazione definitiva alla ricorrente quale vincitrice della relativa gara, delle tratte B1, B2, C, D e opere di compensazione dell'Autostrada Dalmine - Como Varese - Valico del Gaggiolo ha stralciato dalla tratta B1 le opere riconducibili allo "svincolo di Lomazzo" (tra cui asse autostradale tra le progressive pk - 0,850 e pk - 0,425, tutte le rampe di collegamento all'autostrada A9 ed opere impiantistiche e le opere di variante alla S.P.n. 33), assegnandole all'ATI guidata da Impregilo (assegnataria della tratta A) quale contraente generale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a., di Pedelombarda s.c.p.a. e di Concessioni Autostradali Lombarde s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2012 il dott. Stefano Celeste Cozzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a. (d'ora innanzi anche "APL" o "stazione appaltante") è concessionaria per la realizzazione e gestione di una autostrada denominata "Autostrada Pedelombarda". Ente concedente è Concessioni Autostradali Lombarde s.p.a (d'ora innanzi anche CAL).

2. A fini realizzativi, APL ha deciso di suddividere l'opera in due lotti per i quali sono state indette due distinte gare funzionali all'individuazione dei soggetti cui affidarne l'esecuzione.

3. Il primo lotto (lotto 1) è stato aggiudicato a contraente generale, costituito da un'associazione temporanea di imprese guidata da Impregilo s.p.a., che, successivamente all'aggiudicazione, ha dato vita ad una società di progetto denominata "Pedelombarda s.c.p.a.".

4. Il secondo lotto (lotto 2) è stato invece aggiudicato ad un'associazione temporanea di imprese di cui capofila è la ricorrente Starbag AG.

5. Il lotto 2 si suddivide in quattro Tratte (B1, B2, C e D) e comprende fra l'altro le seguenti opere, facenti parte della Tratta B1: a) asse autostradale della tratta B1 in prosecuzione della tratta A compreso fra le progressive pk -0+000 e pk -0+425 (lunghezza totale 425 metri); b) rampe di svincolo per il collegamento della tratta A con l'Autostrada A9 ed opere impiantistiche a queste connesse; c) variante alla strada provinciale n. 33.

6. Nell'atto di aggiudicazione definitiva dell'appalto, la stazione appaltante ha deciso di stralciare le suddette opere dal lotto 2 e di affidarle all'aggiudicatario del lotto 1, Pedelombarda s.c.p.a.

7. Tale decisione è stata assunta per le seguenti ragioni: a) le opere afferenti al lotto 1 sarebbero inservibili sino a che non intervenga la completa realizzazione delle opere di cui alla Tratta B1, ricompresa, come visto, nel lotto 2; in particolare, la mancata realizzazione dello svincolo di raccordo con l'Autostrada A9 Milano-Como/Chiasso (svincolo di Lomazzo), renderebbe privo di sbocco il tratto autostradale facente parte del lotto 1; b) contro l'aggiudicazione provvisoria del lotto 2 è stato proposto ricorso giurisdizionale; c) tale ricorso potrebbe comportare una dilazione dei tempi di realizzazione del lotto 2 e, dunque, anche la ritardata possibilità di fruizione delle opere afferenti al lotto 1; d) ciò comporterebbe una alterazione dell'equilibrio economico finanziario dell'opera, posto che la ritardata messa in esercizio comporterebbe ritardo nell'acquisizione dei proventi connessi ai pedaggi autostradali; e) sarebbe pertanto opportuno, nelle more del giudizio, affidare al contraente generale, aggiudicatario del lotto 1, la realizzazione delle opere di cui sopra sì da assicurare il completamento funzionale e, dunque, l'immediata utilizzabilità delle opere afferenti allo stesso lotto 1.

8. Avverso tale disposizione è diretto il ricorso in esame.

9. Si sono costituite in giudizio, per resistere al gravame, Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a., Pedelombarda s.c.p.a. e Concessioni Autostradali Lombarde s.p.a.

10. La Sezione, con ordinanza n. 239 depositata in data 17 febbraio 2012, ha accolto l'istanza cautelare.

11. In prossimità dell'udienza di discussione del merito, Pedelombarda s.c.p.a., Concessioni Autostradali Lombarde s.p.a. e Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a. hanno depositato memorie insistendo nelle rispettive conclusioni.

12. Tenutasi la pubblica udienza in data 24 maggio 2012, la causa è stata trattenuta in decisione.

13. Preliminarmente, va affrontata l'eccezione, sollevata da CAL, di inammissibilità del ricorso nella parte in cui si

rivolge alla nota del 7 novembre 2011, inviata da CAL stessa ad APL, con la quale la prima invitava la seconda a valutare le possibilità tecnico/giuridiche di stralciare lo “svincolo di Lomazzo” dall’aggiudicazione definitiva da disporsi in favore di Strabag.

14. L’eccezione è fondata atteso che, come correttamente rileva la difesa di CAL, la suindicata nota non ha natura provvedimento, avendo essa mera finalità di impulso all’apertura di un procedimento amministrativo, il cui esito rimaneva comunque nella piena disponibilità della stazione appaltante.

15. L’accoglimento dell’eccezione determina anche l’estromissione dal presente giudizio di CAL e, di conseguenza, l’impossibilità di scrutinio delle restanti eccezioni preliminari sollevate da tale parte.

16. Ancora preliminarmente va affrontata la questione preliminare sollevata APL s.p.a., la quale sostiene che, a seguito dell’intervenuto accoglimento dell’istanza cautelare formulata dalla ricorrente e della conseguente stipulazione del contratto, avente ad oggetto pure le opere per le quali, nel provvedimento di aggiudicazione definitiva, era stato previsto lo stralcio, l’interesse della ricorrente stessa avrebbe ormai trovato piena soddisfazione, con conseguente necessità del giudice di emettere una pronuncia di cessata materia del contendere.

17. Ritiene il Collegio che l’eccezione sia infondata.

18. Invero, nel caso concreto, le determinazioni favorevoli alla ricorrente sono state assunte dalla stazione appaltante in esecuzione dell’ordinanza cautelare emessa da questo Giudice; e dunque sono destinate a venir meno qualora, in sede di decisione del merito, il pronunciamento cautelare non venga confermato. Si richiama al riguardo la copiosa giurisprudenza in materia, secondo la quale il provvedimento favorevole al ricorrente, adottato dall’amministrazione in doverosa esecuzione della pronuncia cautelare del giudice e senza alcuna autonoma rivalutazione della res controversa, non attribuisce la definitiva acquisizione del bene della vita al quale l’interessato aspira; sicché non è possibile in tal caso emettere una pronuncia di cessata materia del contendere (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. IV, 10 maggio 2007 n. 2254).

19. A contrario non vale invocare l’art. 125, comma 3, c.p.a., atteso che tale norma sancisce l’intangibilità del contratto da parte della sentenza del giudice amministrativo di annullamento del provvedimento di aggiudicazione; tale norma non intacca invece il potere della stazione appaltante di dare esecuzione ai propri provvedimenti, dei quali il giudice abbia accertato la legittimità, respingendo il ricorso avverso ad essi presentato. Pertanto, in caso di rigetto del presente ricorso, APL potrebbe, almeno in teoria, dare esecuzione all’atto di aggiudicazione definitiva qui impugnato, confermando lo stralcio delle opere ivi contemplate.

20. L’interesse alla coltivazione del gravame dunque permane, e va pertanto ribadita l’infondatezza dell’eccezione.

21. Passando ora al merito, ritiene il Collegio che il ricorso sia fondato, essendo meritevole di accoglimento il primo motivo, avente carattere assorbente, con il quale l’interessata lamenta l’insussistenza di qualsivoglia presupposto che legittimi lo stralcio di una parte di opere, previste negli atti di indizione della procedura di gara, dal provvedimento di aggiudicazione definitiva e l’affidamento diretto di dette opere ad altro soggetto diverso dall’aggiudicatario della gara; evidenziando in particolare, che tale operazione non potrebbe neppure giustificarsi con l’applicazione dell’art. 147 del codice dei contratti pubblici, richiamato nel provvedimento impugnato.

22. Si osserva in proposito che nel contratto d’appalto privato il committente ha generalmente diritto ad apportare modifiche al progetto originario, variando in aumento o in diminuzione l’*opus* del contratto stipulato; e l’appaltatore, entro determinati limiti (un sesto del prezzo pattuito), è tenuto ad accettare le modifiche disposte (cfr. 1661, comma primo, codice civile).

23. La ragione di tale regola risiede nel fatto che l’opera oggetto del contratto d’appalto è destinata a soddisfare un interesse esclusivo del committente; questi pertanto non può essere obbligato a ricevere l’opera stessa così come configurata nel contratto qualora circostanze sopravvenute la rendano non più confacente ai suoi interessi. I limiti

allo *ius variandi* tutelano poi l'interesse dell'appaltatore a non eseguire prestazioni notevolmente diverse da quelle per le quali si era obbligato.

24. Per le stesse ragioni è riservato al committente lo *ius poenitendi*, con possibilità di recedere in qualsiasi momento dal contratto d'appalto; e con obbligo, in questo caso, di tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno (cfr. art. 1671 codice civile).

25. In caso di varianti disposte nell'ambito di un appalto pubblico, agli interessi sopra illustrati se ne aggiungono altri che attengono, da un lato, ad esigenze di contenimento della spesa pubblica (esigenze che vengono in rilievo in caso di varianti in aumento) e, da altro lato, ad esigenze di tutela della concorrenza, le quali impongono che l'*opus* in concreto eseguito non sia sostanzialmente difforme da quello configurato negli atti di indizione della procedura concorsuale instaurata per l'individuazione del contraente (cfr. Corte di Giustizia CE, 18 giugno 2008, causa C-454/06).

26. Tali esigenze supplementari hanno indotto il legislatore ad adottare una disciplina speciale - oggi contenuta (per gli appalti di opere pubbliche) negli artt. 114 e 132 del codice dei contratti pubblici, nonché, per le varianti in diminuzione, nell'art. 162 del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 - che ricollega, alla possibilità di apportare varianti, limiti più stringenti rispetto a quelli previsti dal codice civile in materia di appalto privato.

27. Va comunque rilevato che l'interesse fondamentale sotteso alla disciplina delle varianti rimane immutato, ed attiene, anche in caso di appalto di opere pubbliche, alla necessità di evitare al committente l'obbligo di ricevere la prestazione come configurata in contratto qualora questa, a causa eventi sopravvenuti, non sia più rispondente ai suoi interessi.

28. Esigenze di carattere diverso, quale quella di sottrarre all'appaltatore parte dei lavori aggiudicati al fine di farli eseguire da altro soggetto che offra maggiori garanzie in ordine al rispetto dei tempi di esecuzione, sono perlopiù estranee alla materia delle varianti e possono trovare adeguata tutela in altri istituti quali la risoluzione per grave ritardo, ai sensi dell'art. 136, commi 4, 5 e 6, del codice dei contratti pubblici (che presuppone la negligenza dell'appaltatore), ovvero la risoluzione per impossibilità sopravvenuta, ai sensi dell'art. 1672 del codice civile (istituto che prescinde invece dalla negligenza dell'appaltatore).

29. Quanto sopra porta ad escludere che nel caso in esame sia applicabile l'art. 162 del d.P.R. n. 207/2010, il quale attribuisce alla stazione appaltante il potere di ordinare l'esecuzione dei lavori in misura inferiore rispetto a quanto previsto nel contratto (nel limite di un quinto dell'importo del contratto stesso), giacché tale norma, come anticipato dettata in materia di varianti, è funzionale alla tutela di interessi diversi da quelli connessi al rispetto dei termini contrattuali; interessi questi che sono stati invece valorizzati dalla stazione appaltante in sede di adozione degli atti impugnati.

30. Va in ogni caso osservato che, anche qualora si ritenesse tale norma applicabile al caso concreto, nondimeno dovrebbe ritenersi che il potere da essa conferito alla pubblica amministrazione non sia assolutamente libero e, per ciò, completamente sottratto al sindacato del giudice amministrativo.

31. Premesso, infatti, che l'atto con il quale il committente esercita lo *ius variandi* ha natura negoziale, va osservato che il potere negoziale, che per i soggetti privati costituisce espressione di autonomia privata, quando esercitato dalla pubblica amministrazione si intreccia con il potere amministrativo, funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico e limitato dall'esigenza di rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, nonché dei principi di matrice comunitaria di tutela della concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione ecc. ecc...

32. In altre parole, l'autonomia privata, quando ha come termine di riferimento soggettivo la pubblica amministrazione, diviene espressione di discrezionalità amministrativa, come tale sindacabile dal giudice sotto il

profilo dell'eccesso di potere. Si richiama in proposito quanto di recente sostenuto dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale scindendo l'atto negoziale vero e proprio dal provvedimento che ne sta a monte con il quale la pubblica amministrazione forma la propria volontà, ha affermato che mentre il processo di formazione di volontà contrattuale del privato rimane nella sfera interna di quest'ultimo, l'analogo processo effettuato dalla pubblica amministrazione, in quanto diretto al perseguimento dell'interesse pubblico, costituisce attività procedimentalizzata, ed è soggetto al sindacato del giudice amministrativo, il quale deve poter valutare se la determinazione assunta dall'organo competente, che dall'angolo visuale privatistico ha natura meramente negoziale, dal punto di vista pubblicistico sia effettivamente funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico e rispettosa dei principi che governano l'attività amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, adunanza plenaria Consiglio di Stato ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10).

33. Da quanto sopra discende che se anche si ritenesse che l'atto impugnato sia stato adottato sulla base dei poteri conferiti alla pubblica amministrazione dall'art. 162 del d.P.R. n. 207/2010, deve altresì ritenersi che esso non abbia natura meramente privatistica, ma (anche) pubblicistica; per questa ragione la scelta con esso operata non è libera ma discrezionale, come tale sindacabile dal giudice amministrativo secondo i parametri di valutazione di legittimità dei provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione

34. A maggior ragione deve ritenersi sindacabile dal giudice amministrativo la determinazione assunta dalla stazione appaltante sulla base di una previsione contenuta negli atti di gara; ne consegue che, anche qualora si ritenga che il provvedimento impugnato si fondi sulla clausola di cui all'art. 13 dello schema di contratto posto a base della procedura di gara (il quale prevede, analogamente all'art. 162, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010, la possibilità per la stazione appaltante di ridurre l'oggetto dell'affidamento), cionondimeno la scelta operata deve essere assoggettata al controllo di legittimità del giudice amministrativo.

35. Ciò premesso deve ritenersi che, nel caso concreto, la stazione appaltante non abbia fatto corretta applicazione delle norme e dei principi che governavano la sua attività.

36. Come anticipato lo stralcio, nel provvedimento di aggiudicazione definitiva, di parte dei lavori previsti negli atti di indizione della procedura di gara è stato disposto in quanto si è ritenuto che la proposizione di un ricorso giurisdizionale, esperito nei confronti del provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto, potesse determinare un ritardo nell'esecuzione dei lavori.

37. Tale misura tuttavia pare francamente spropositata, atteso che la mera proposizione di un ricorso dinanzi al giudice amministrativo non determina alcun arresto nella procedura di aggiudicazione, perlomeno sino a quando non intervenga un pronunciamento dell'organo giurisdizionale che, in sede cautelare o di merito, accolga le domande del ricorrente.

38. Peraltro, come correttamente rilevato dall'interessata, si incentiva in tal modo la proposizione strumentale dell'azione giurisdizionale, finalizzata non tanto ad ottenere giustizia per una ritenuta lesione subita, ma finalizzata ad indurre la stazione appaltante a rimettere sul mercato una porzione dell'oggetto contrattuale, sottraendola all'aggiudicatario della gara all'uopo esperita.

39. Senza contare che anche il nuovo affidamento potrebbe essere a sua volta impugnato, con completa elisione dei benefici che la stazione appaltante si era prefissa di raggiungere.

40. Tali argomentazioni portano a ritenere insussistenti anche i presupposti di applicabilità degli artt. 147 e 57, comma 5, del codice dei contratti, che consentono l'affidamento diretto al concessionario o all'appaltatore, esecutori delle lavorazioni principali, dei lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente previsto né nel contratto iniziale e che sono divenuti necessari a seguito di una circostanza imprevista.

41. Una volta che la stazione appaltante ha deciso di affidare a terzi l'esecuzione dei lavori complementari, la mera

proposizione di un ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione di tali lavori non può costituire circostanza imprevista idonea a consentire l'affidamento diretto all'appaltatore incaricato di realizzare le opere principali, in quanto, al di là della considerazione che la proposizione del ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara costituisce normalmente fatto previsto, tale proposizione non determina alcun effetto sospensivo della procedura di aggiudicazione e si risolve dunque in un elemento di per sé neutro, non implicante alcun mutamento della condizioni di partenza (discorso diverso potrebbe forse svolgersi in caso di accoglimento dell'istanza cautelare che, nel caso concreto, non è peraltro intervenuto).

42. La decisione della stazione appaltante non pare dunque conforme ai principi di buon andamento ed imparzialità, oltre che non aderente alla disposizione di cui ai citati artt. 147 e 57, comma 5, del codice dei contratti pubblici; e per questa ragione deve ritenersi illegittima.

43. Va dunque ribadita la fondatezza del motivo in esame.

44. Per i motivi illustrati il ricorso deve essere quindi accolto.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando, come in epigrafe proposto, dispone come segue:

dichiara inammissibile il ricorso nella parte in cui viene impugnata la nota di CAL s.p.a. del 7 novembre 2011; estromette dal giudizio CAL s.p.a.

accoglie per il resto il ricorso e, per l'effetto, annulla il verbale del CdA del 21 novembre 2011 comunicato il 24 successivo e il richiamato e presupposto verbale del 11-17 novembre 2011, nella parte in cui Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a. in sede di aggiudicazione definitiva alla ricorrente ha stralciato le opere indicate in motivazione aggiudicandole a Pedelombarda s.c.p.a.

Condanna APL s.p.a. al pagamento delle spese processuali che vengono quantificate in euro 5.000, oltre IVA e c.p.a. se dovuti. Resta altresì fermo a carico della parte soccombente l'onere di rimborso del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115,

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario, Estensore

Fabrizio Fomataro, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/09/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)