REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.1008/2008

Reg.Dec.

*N.6540–6706***Reg.Ric.**

ANNO 2007

Disp.vo 24/2008

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

DECISIONE

- sul ricorso in opposizione di terzo n. 6540/07, proposto da:

SINTAGMA S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Daniele Spinelli e Nicola Marconi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma, via Giuseppe Mercalli n. 11;

contro

VAMS INGEGNERIA S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Pirocchi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Roma, via Salaria n. 280;

e nei confronti di

ORDINE DEGLI INGEGNERI DELLA PROVINCIA DI PERUGIA, in persona del presidente in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco A. De Matteis, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Marcello Cardi in Roma, viale Bruno Buozzi n. 51;

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE E ANAS S.P.A., in persona del rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentati e difesi

dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domiciliano per legge in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

FONDAZIONE CASSA DI RISPARMIO DI PERUGIA, CAMERA DI COMMERCIO, INDUSTRIA, ARTIGIANATO E AGRICOLTURA DI PERUGIA, ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI DI PERUGIA E ASSOCIAZIONE DEGLI INDUSTRIALI DI PERUGIA, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituiti in giudizio;

e

- sul ricorso in appello n. 6706/07, proposto da:

FONDAZIONE CASSA DI RISPARMIO DI PERUGIA, CAMERA DI COMMERCIO, INDUSTRIA, ARTIGIANATO E AGRICOLTURA DI PERUGIA, ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI DI PERUGIA E ASSOCIAZIONE DEGLI INDUSTRIALI DI PERUGIA, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentati e difesi dagli avv. Franco Gaetano Scoca e Pietro Anello, ed elettivamente domiciliati presso lo studio del primo in Roma, via G. Paisiello n. 55;

contro

VAMS INGEGNERIA S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata;

e nei confronti di

ORDINE DEGLI INGEGNERI DELLA PROVINCIA DI PERUGIA, in persona del presidente in carica, come sopra rappresentato, difeso e domiciliato;

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI E ANAS S.P.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, come sopra rappresentate, difese e domiciliate;

per l'annullamento

del dispositivo del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima, 5 luglio 2007, n. 206 e della sentenza del medesimo Tribunale 31 luglio 2007, n. 7283;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

relatore all'udienza pubblica del 22 gennaio 2008 il consigliere Carmine Volpe, e uditi l'avv. D. Spinelli per Sintagma s.r.l., l'avv. F. G. Scoca per la Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia, la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Perugia, l'Associazione nazionale costruttori edili di Perugia e l'Associazione degli industriali di Perugia, l'avv. F. Pirocchi per VAMS Ingegneria s.r.l., l'avv. F. A. De Matteis per l'Ordine degli ingegneri della provincia di Perugia, nonché l'avv. dello Stato F. Tortora per la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Ministero dell'economia e delle finanze e l'ANAS s.p.a.;

ritenuto e considerato quanto segue.

FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il primo giudice, con la sentenza suindicata, ha accolto il ricorso proposto da VAMS Ingegneria s.r.l. avverso:

a) la procedura - adottata dalla Fondazione e Cassa di Risparmio di Perugia, dalla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Perugia, dall'Associazione nazionale costruttori edili di Perugia e dall'Associazione degli industriali di Perugia, in solido tra loro - per l'affidamento del servizio di progettazione definitiva, completa di tutti gli elaborati, del primo stralcio del nodo stradale di Perugia, tratto Madonna del Piano - Corciano, facente parte del programma di opere strategiche di cui alla l. 21 dicembre 2001, n. 443, approvato con deliberazione del CIPE n. 150/2006 (pubblicata in G.U. n. 64 del 17 marzo 2007) e, in particolare, la lettera di invito in data 19 marzo 2007;

b) l'atto associativo tra le parti, con cui si è prima finanziata e poi decisa la procedura di affidamento di cui trattasi;

c) gli atti propedeutici e conseguenti.

2.1. Sintagma s.r.l., con il ricorso n. 6540/07, ha proposto opposizione di terzo ("a valere anche quale atto d'appello") dapprima avverso il dispositivo e poi contro la sentenza, in epigrafe indicati, per i seguenti motivi:

1) violazione del principio del contraddittorio;

2) insussistenza dell'interesse a ricorrere;

3) ulteriore erroneità della sentenza;

4) sulla natura giuridica dei soggetti aggiudicanti.

2.2. La Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia, la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Perugia, l'Associazione nazionale costruttori edili di Perugia e l'Associazione degli industriali di

Perugia, con il ricorso n. 6706/07, hanno appellato la medesima sentenza, per i seguenti motivi:

1) inammissibilità del ricorso di primo grado;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 10, 26, 90, 91, 93 e 164 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"). Travisamento dei fatti;

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, commi 3 e 26, e 91 del d.lgs. n. 163/2006. Errore di fatto.

2.3. Si sono costituiti, nel giudizio relativo al ricorso n. 6540/07, VAMS Ingegneria s.r.l., l'Ordine degli ingegneri della provincia di Perugia, nonché il Ministero dell'economia e delle finanze, la Presidenza del Consiglio dei ministri e l'ANAS s.p.a., e, nel giudizio relativo al ricorso n. 6706/07, VAMS Ingegneria s.r.l., l'Ordine degli ingegneri della provincia di Perugia, nonché la Presidenza del Consiglio dei ministri e l'ANAS s.p.a., tutti resistendo ai ricorsi.

Sintagma s.r.l. e l'Ordine degli ingegneri della provincia di Roma, nel giudizio relativo al ricorso n. 6540/07, nonché la Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia, la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Perugia, l'Associazione nazionale costruttori edili di Perugia e l'Associazione degli industriali di Perugia e il detto Ordine, nel giudizio relativo al ricorso n. 6706/07, hanno prodotto memorie con le quali hanno ulteriormente illustrato le rispettive difese.

3. La Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia, in nome proprio e quale delegata della Camera di commercio, industria, artigianato e

agricoltura di Perugia, dell'Associazione nazionale costruttori edili di Perugia e dell'Associazione degli industriali di Perugia, con lettera in data 19 marzo 2007, invitava tre società di ingegneria a presentare una propria offerta economica per la redazione del progetto definitivo ("completo di tutti gli elaborati" e sulla base del progetto preliminare già donato alla Regione Umbria) del "Nodo di Perugia - Tratto Madonna del Piano - Corciano", facente parte del programma di infrastrutture strategiche di cui alla l. n. 443/2001 individuate con la deliberazione del CIPE n. 150/2006 e da eseguire "nel pieno rispetto della vigente normativa in materia di progettazione definitiva di opere pubbliche ivi compreso, da ultimo, il Decreto legislativo n. 163/2006". L'importo a base dell'offerta era di euro 1.850.000,00, per un importo di lavori pari a euro 362.000.000,00.

La lettera di invito (come anche il contratto successivo) specificava che la progettazione, una volta acquisita dalla Fondazione, quale coordinatrice tra i committenti, "verrà messa a disposizione della Regione dell'Umbria che provvederà a farla propria e presentarla al Ministero delle Infrastrutture per l'approvazione e la concessione del finanziamento" e che "il costo del progetto definitivo sarà sostenuto con fondi propri dai medesimi soggetti che hanno promosso la progettazione preliminare".

La convenzione, avente a oggetto l'incarico di progettazione, veniva stipulata il 23 aprile 2007 tra la Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia, la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Perugia, l'Associazione nazionale costruttori edili di Perugia e l'Associazione degli industriali di Perugia, e Sintagma s.r.l..

Il primo giudice, con la sentenza suindicata, dopo avere ritenuto la sussistenza dell'interesse e della legittimazione della società ricorrente, ed avere estromesso dal giudizio il Ministero dell'economia e delle finanze e il CIPE, ha affermato che:

a) l'Ordine degli ingegneri della provincia di Perugia è legittimato a intervenire ad *adiuvandum* della ricorrente;

b) il codice dei contratti pubblici proibisce che un soggetto diverso dall'amministrazione interessata possa avviare e gestire il procedimento volto all'affidamento di un incarico di progettazione di un'opera pubblica;

c) dalle norme del codice dei contratti pubblici va tratto il principio per cui per la stipulazione di un contratto pubblico è necessario che l'intera fase pubblicistica antecedente, finalizzata all'individuazione del contenuto del contratto e alla scelta del contraente, sia svolta dall'amministrazione aggiudicatrice che sarà parte del contratto stesso;

d) non è possibile la delega di funzioni pubbliche da parte della stazione appaltante a un soggetto esterno;

e) la progettazione si sarebbe dovuta affidare dall'amministrazione competente (Regione);

f) la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Perugia non si sarebbe potuta sottrarre all'applicazione del codice dei contratti pubblici;

g) la Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia è un organismo di diritto pubblico, soggetta alla disciplina del codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 26) e, quindi, al rispetto dell'evidenza pubblica.

Le ricorrenti in appello sostengono che:

1) il ricorso di primo grado sarebbe stato notificato (il 18 maggio 2007) quasi un mese dopo la stipula dell'atto di affidamento dell'incarico di progettazione avvenuta, in favore di Sintagma s.r.l., il 23 aprile 2007; il gravame, quindi, si sarebbe dovuto notificare a Sintagma s.r.l. o almeno a una delle tre imprese invitate;

2) il ricorso di primo grado si sarebbe dovuto dichiarare inammissibile, per carenza di interesse, in quanto la ricorrente non avrebbe dimostrato di essere in possesso dei requisiti per potere partecipare a una gara eventualmente bandita. Inoltre, non avendo l'amministrazione né accertato né certificato la sussistenza delle ipotesi di cui all'art. 90, comma 1, lett. d), e), f), g) e h), del d.lgs. n. 163/2006, mancherebbe un interesse strumentale a partecipare alla gara (art. 90, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006);

3) la Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia, la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Perugia, l'Associazione nazionale costruttori edili di Perugia e l'Associazione degli industriali di Perugia avrebbero solo convenuto con una società di progettazione di acquisire un progetto di un'opera pubblica, con l'intenzione, una volta ottenuto, di donarlo all'amministrazione. E a un soggetto privato non sarebbe vietato di donare a una pubblica amministrazione elaborati progettuali;

4) il contratto stipulato tra la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Perugia (la cui spesa è di euro 500.000,00) e gli altri enti così detti promotori, relativo al finanziamento del progetto, non

rientrerebbe tra quelli indicati negli artt. 1 e 3, comma 3, del codice dei contratti pubblici;

5) la Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia non sarebbe organismo di diritto pubblico;

6) la circostanza per cui un solo soggetto dell'accordo è pubblico (la Camera di commercio) non estenderebbe la natura pubblicistica anche agli altri partecipanti all'accordo;

7) trattandosi di grandi infrastrutture di cui alla legge obiettivo (l. n. 443/2001), la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato (ai sensi dell'art. 246, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006).

4. I ricorsi devono essere riuniti siccome proposti avverso la medesima sentenza.

La sezione ritiene, innanzitutto, che non via sia un problema di controinteressati, poiché non risulta intervenuto alcun atto di aggiudicazione; il che è spiegabile con la singolarità della procedura seguita. Così che non può imputarsi alla ricorrente in primo grado di non avere impugnato l'aggiudicazione e comunque di non avere notificato il gravame anche alla Sintagma s.r.l. nella sua qualità di aggiudicataria. Inoltre, le imprese destinatarie della lettera di invito non sono (in quanto tali) soggetti controinteressati, trovandosi la procedura ancora in una fase iniziale.

La società ricorrente in primo grado aveva interesse al ricorso per la sola circostanza che, siccome impresa del settore di cui trattasi (progettazione di infrastrutture pubbliche), è titolare della pretesa a che l'amministrazione competente valuti di mettere a gara quello specifico

servizio (ex art. 90, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006); e a che quello specifico servizio non venga sottratto al mercato, non solo non procedendosi a una procedura di evidenza pubblica ma addirittura precludendo all'amministrazione competente la possibilità di compiere ogni valutazione in merito.

Quanto al possesso dei requisiti per prendere parte alla gara, non essendo essa stata bandita, non è possibile verificare la loro sussistenza in capo alla società ricorrente in primo grado e tanto meno ipotizzarne l'insussistenza.

Con riguardo alla questione centrale della controversia per cui è causa, la sezione ritiene che, ai sensi degli artt. 90 e 91 del d.lgs. n. 163/2006, che si applicano nella specie, soltanto l'amministrazione competente (la Regione Umbria) possa elaborare direttamente la progettazione dell'opera pubblica da realizzare oppure affidarla a terzi mediante specifiche procedure di evidenza pubblica.

Infatti, ai sensi del citato art. 91, comma 1, "Per l'affidamento di incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione di importo pari o superiore a 100.000 euro si applicano le disposizioni di cui alla parte II, titolo I e titolo II del codice, ovvero, per i soggetti operanti nei settori di cui alla parte III, le disposizioni ivi previste"; e, ai sensi del successivo comma 8, "È vietato l'affidamento di attività di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, collaudo, indagine e attività di supporto a mezzo di contratti a tempo

determinato o altre procedure diverse da quelle previste dal presente codice".

L'applicazione di siffatte norme è stata "elusa" con l'avere previsto che la progettazione sarebbe stata messa a disposizione della Regione Umbria e che quest'ultima avrebbe provveduto a farla propria e a presentarla al Ministero delle infrastrutture per l'approvazione e la concessione del finanziamento. In tal modo si è consentito che un incarico di progettazione di interesse (e competenza) della Regione non è stato svolto, né da personale della stessa o di altre pubbliche amministrazioni, né da soggetto scelto con le procedure di cui al codice dei contratti pubblici.

La circostanza per cui il costo del progetto definitivo era finanziato dai soggetti promotori non consentiva certo la non applicazione degli artt. 90 e 91 del d.lgs. n. 163/2006 ma semmai la messa a disposizione dei fondi alla Regione, che poi avrebbe dovuto procedere alla gara per la scelta del progettista.

Inoltre, nel "pool" costituito dai così detti promotori vi era la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Perugia che è una pubblica amministrazione e che, contribuendo con più di euro 100.000,00 (nella specie 500.000,00), era tenuta al rispetto dell'art. 91, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 (il quale prevede, per l'affidamento di incarichi di progettazione, l'espletamento di specifiche procedure) e all'applicazione del codice dei contratti pubblici.

Da quanto ritenuto dalla sezione consegue che può prescindersi dall'esame della questione se la Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia sia un organismo di diritto pubblico; questione che diviene irrilevante.

Né ha rilievo il disposto dell'art. 246, comma 4, del d.lgs. n 163/2006 (secondo cui "La sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente"), tanto meno ai fini di una carenza di interesse del ricorso di primo grado, in quanto il primo giudice si è limitato ad annullare i provvedimenti impugnati e non ha disposto alcunché sul contratto. L'interesse, inoltre, permane sulla base della semplice proponibilità della domanda di risarcimento del danno, prescindendosi dalla circostanza che la domanda non è stata avanzata in questa sede.

5. I ricorsi, pertanto, previa riunione, devono essere respinti. Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza e per il resto, sussistendo giusti motivi, possono essere compensate.

Per questi motivi

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione sesta, riunisce i ricorsi e li respinge.

Condanna le parti ricorrenti al pagamento, in favore di VAMS Ingegneria s.r.l. e dell'Ordine degli ingegneri della provincia di Perugia, delle spese del giudizio, che si liquidano in complessivi euro diecimila/00, oltre accessori, da suddividere in parti eguali tra gli appellati. Compensa le spese del giudizio nei confronti degli altri soggetti appellati.

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

Così deciso in Roma il 22 gennaio 2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione sesta, in camera di consiglio, con l'intervento dei signori:

Giovanni Ruoppolo	presidente
Carmine Volpe	consigliere, estensore
Paolo Buonvino	consigliere
Roberto Chieppa	consigliere
Bruno Rosario Polito	consigliere

Presidente

Giovanni Ruoppolo

Consigliere	**Segretario**
Carmine Volpe	Giovanni Ceci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
il....07/03/2008
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria