



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

Roma - Prima Sezione

nelle persone dei magistrati:

Dott. Pasquale de Lise                      Presidente

Dott. Roberto Politi                        Componente

Dott. Roberto Caponigro                Componente, relatore

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 4587 del 2007, proposto dalla VAMS Ingegneria s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Pirocchi ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via Salaria n. 280

contro

Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia, Camera di Commercio I.A.A. di Perugia, A.N.C.E. – Associazione Nazionale costruttori edili di Perugia e Associazione degli Industriali di Perugia, in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro-tempore*, rappresentati e difesi dagli avv.ti Franco Gaetano Scoca e Pietro Anello ed elettivamente domiciliati presso lo studio del primo in Roma, via G. Paisiello n. 55

nonché

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Economia e delle Finanze e ANAS s.p.a., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*,

rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato ed elettivamente domiciliati in Roma, via dei Portoghesi n. 12

con intervento *ad adiuvandum* di

Ordine degli Ingegneri della Provincia di Perugia, in persona del Presidente *pro-tempore* ing. Massimo Mariani, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco A. De Matteis ed elettivamente domiciliato in Roma, viale Bruno Buozzi n. 51 (presso studio avv. Marcello Cardi)

per l'annullamento

della procedura, adottata dalle parti convenute in solido fra 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 Opere Strategiche di cui alla L. n. 143/01 approvato con Deliberazione CIPE n. 150/06 (pubbl. in G.U. n. 64 del 17.3.2007); nonché degli atti propedeutici e conseguenti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio di Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia, Camera di Commercio I.A.A. di Perugia, A.N.C.E. – Associazione Nazionale costruttori edili di Perugia e Associazione degli Industriali di Perugia;

Vista la costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato;

Visto l'atto di intervento *ad adiuvandum* dell'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Perugia;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 4 luglio 2007, relatore il dott. Roberto Caponigro, gli avv.ti Francesco Pirocchi, Franco Gaetano Scoca, Francesco A. De Matteis e l'avv.to dello Stato Sergio Fiorentino;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

### **FATTO**

La VAMS Ingegneria espone che la Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia, in nome proprio e in qualità di delegata degli altri soggetti convenuti, con lettera del 19 marzo 2007, ha invitato tre società di ingegneria a presentare una propria offerta economica per la redazione della progettazione definitiva, completa in ogni sua parte, del semianello stradale a scorrimento veloce denominato “Nodo di Perugia – tratto Madonna del Piano/Corciano” da eseguire nel pieno rispetto della vigente normativa in materia di progettazione definitiva di opere pubbliche ivi comprese, da ultimo, il D.Lgs. 163/2006.

L'opera da realizzare è inserita nel Programma delle opere strategiche di cui alla L. 443/2001 con deliberazione CIPE n. 150/2006.

La ricorrente, ritenendo illegittima la procedura di affidamento dell'incarico progettuale, ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi:

Art. 360 n. 3. Violazione di norme di diritto con specifico riferimento all'art. 97 Cost., delle norme contenute nella L. 448/2001, dell'art. 8, co. 5, D.M. 217/2002, della direttiva comunitaria 92/50 come recepita dal D.Lgs. 157/1995 e novellate nella parte II titolo I del D.Lgs. 163/2006. Illegittimità – falsa applicazione di norme – illogicità – eccesso di potere.

- Gli enti raggruppati, quantomeno le promotrici Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia e Camera di Commercio di Perugia, sarebbero soggetti alla normativa pubblica degli appalti.

La presenza nel raggruppamento dei promotori di due soggetti tenuti ad adottare la procedura ad evidenza pubblica renderebbe completamente illegittimo il confronto concorrenziale ristretto a tre figure professionali individuate “familiarmente”.

- I quattro promotori associati non potrebbero comunque essere soggetti affidanti di una progettazione di opera pubblica non essendo titolati ad intervenire in un settore nel quale sarebbero istituzionalmente incompetenti.

La progettazione dell’opera pubblica, teleologicamente connessa all’opera stessa, non potrebbe essere affidata liberamente, ma solo ed esclusivamente attraverso le regole statali e comunitarie.

Si sarebbe in presenza di una progettazione pubblica di un’opera pubblica finanziata con denaro pubblico, il cui affidamento dovrebbe avvenire attraverso procedimenti di evidenza pubblica.

I soggetti promotori controinteressati, con ampia ed articolata memoria, hanno contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

L’Avvocatura dello Stato, rilevando in via preliminare il difetto di legittimazione passiva del Ministero dell’Economia e delle Finanze e del C.I.P.E., ha parimenti contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

L'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Perugia è intervenuto *ad adiuvandum* nel presente giudizio formulando argomentazioni a sostegno della tesi della ricorrente.

La ricorrente ed i soggetti promotori controinteressati, che hanno anche eccepito la carenza di interesse all'intervento dell'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Perugia, hanno depositato ulteriori memorie a sostegno e maggior illustrazione delle rispettive difese.

All'udienza pubblica del 4 luglio 2007, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## **DIRITTO**

1. Con nota del 19 marzo 2007, la Fondazione Cassa Risparmio Perugia ha inviato ad alcune imprese di progettazione una lettera di invito per la presentazione dell'offerta relativa alla redazione del progetto definitivo, completo di tutti gli elaborati, del semianello stradale a scorrimento veloce denominato "Nodo di Perugia – tratto Madonna del Piano/Corciano".

In particolare, detta Fondazione, in proprio e in qualità di delegata dalla Camera di Commercio I.A.A. di Perugia, di Confindustria Perugia e ANCE Perugia, già promotori e finanziatori del progetto preliminare, ha fatto presente che intende affidare la redazione della progettazione definitiva del "Nodo di Perugia – Tratto Madonna del Piano/Corciano" atteso che il progetto preliminare, inserito nelle opere strategiche della Legge Obiettivo, è stato recentemente approvato dal CIPE ed articolato in due tratti:

- il primo, da Collestrada a Madonna del Piano, che bypassa Ponte San Giovanni in variante all'attuale tracciato della E45, di importo stimato in circa 207 milioni di euro;
- il secondo, da Madonna del Piano a Corciano, di importo stimato in circa 503 milioni di euro.

La lettera di invito, tra l'altro, ha specificato che la progettazione, una volta acquisita dalla Fondazione, in qualità di coordinatrice fra i committenti, verrà messa a disposizione della Regione Umbria che provvederà a farla propria e presentarla al Ministero delle Infrastrutture per 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, per cui la procedura non è soggetta alla normativa pubblica per l'affidamento di servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria.

Ha altresì indicato che il progetto dovrà essere comprensivo di tutte le prestazioni professionali, nessuna esclusa, necessarie per la redazione della progettazione definitiva che dovrà pertanto risultare completa di tutti gli elaborati previsti dal capitolato d'onori ANAS, comprensivo di tutti gli allegati inerenti le norme tecniche, contenente le prescrizioni per la redazione del progetto definitivo di appalto; in ogni caso, la progettazione dovrà essere redatta nel pieno rispetto della vigente normativa in materia di progettazione definitiva di opere pubbliche ivi compreso il D.Lgs. 163/2006.

Nella stessa lettera, i committenti hanno precisato di avere stanziato un importo complessivo massimo pari ad € 1.850.000,00, oltre ad oneri

fiscali e previdenziali, e che detto importo costituisce la base d'asta per la formulazione della migliore offerta.

La ricorrente Società di ingegneria ha impugnato gli atti della procedura prospettando sostanzialmente due ordini di censure:

- i soggetti promotori della progettazione, tra cui la Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia e la Camera di Commercio di Perugia tenute ad adottare la normativa sull'evidenza pubblica, avrebbero attivato una procedura di affidamento del servizio in violazione della normativa sulle gare pubbliche nazionale e comunitaria;
- i soggetti promotori della progettazione non sarebbero comunque titolati ad intervenire nel settore in quanto istituzionalmente incompetenti, trattandosi di una progettazione pubblica di un'opera pubblica.

2. In rito, occorre innanzitutto rilevare che la VAMS Ingegneria è titolare di entrambe le condizioni soggettive dell'azione in quanto, quale impresa operante nel settore della progettazione ingegneristica, ha un interesse strumentale a che i soggetti promotori indicano una gara, nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria, alla quale l'impresa potrebbe partecipare, e ciò fonda l'interesse e la legittimazione alla proposizione del primo ordine di censure, ed ha altresì un interesse strumentale, sebbene meno diretto, a che sia l'autorità amministrativa naturalmente competente (*id est*: la Regione Umbria), per la quale ovviamente non potrebbe porsi alcun dubbio circa la necessità di affidare l'incarico attraverso una procedura di evidenza pubblica, ad indire la procedura concorsuale per l'affidamento della progettazione definitiva, alla

quale l'impresa potrebbe partecipare, e ciò fonda l'interesse e la legittimazione alla proposizione del secondo ordine di censure.

L'Avvocatura dello Stato ha eccepito il difetto di legittimazione passiva del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del CIPE.

L'eccezione può essere accolta in quanto il CIPE, quale comitato interministeriale, è un organo della Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero dell'Economia e delle Finanze non ha una propria posizione differenziata e qualificata nella controversia, per cui va disposta la loro estromissione dal giudizio.

I soggetti promotori controinteressati hanno eccepito la carenza di interesse all'intervento dell'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Perugia.

L'eccezione deve essere disattesa in quanto il citato Ordine degli Ingegneri ha evidenziato il proprio interesse, teso a sostenere la centralità dell'attività progettuale, il decoro e la professionalità della categoria, ad intervenire *ad adiuvandum* della ricorrente.

3. Nel merito, il ricorso è fondato e va accolto con riferimento ad entrambi i profili prospettati dalla VAMS Ingegneria.

Il Collegio, per ragioni di razionalità espositiva, ritiene opportuno invertire l'ordine di esame delle censure dedotte.

3.1 La ricorrente ha essenzialmente rilevato che i soggetti promotori della progettazione non sarebbero titolati ad intervenire nel settore in quanto istituzionalmente incompetenti, trattandosi di una progettazione di un'opera pubblica e che la progettazione di un'opera pubblica dovrebbe essere necessariamente affidata attraverso procedimenti ad evidenza pubblica.

La prospettazione è condivisibile.

L'art. 2 del D.Lgs. 163/2006, codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, indica che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e di pubblicità.

Di talché, i principi ispiratori della legislazione comunitaria e nazionale in materia sono volti a tutelare l'amministrazione, in quanto le procedure di gara caratterizzate dall'evidenza pubblica sono finalizzate alla scelta del "miglior contraente", vale a dire a garantire la qualità della prestazione al prezzo più conveniente possibile, nonché a tutelare la libertà di concorrenza tra le imprese, essendo necessario rispettare i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, vale a dire a garantire a tutte le imprese del settore in possesso dei requisiti richiesti la medesima possibilità di concorrere per l'aggiudicazione della gara.

Per i lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, individuati a mezzo del programma di cui all'art. 1, co. 1, L. 443/2001, l'art. 164 del D.Lgs. 163/2006 indica che l'affidamento da parte del soggetto aggiudicatore delle attività di progettazione e degli altri servizi pertinenti le infrastrutture, di ammontare pari o superiore alla soglia di applicazione delle normative comunitarie in materia, è regolato dalle norme

dettate dalla parte II, ovvero dalla parte III per gli incarichi e i concorsi di progettazione per le attività ivi previste.

L'art. 90 del D.Lgs. 163/2006 stabilisce che le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici sono espletate:

- a) dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti;
- b) dagli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende unità sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica possono costituire con le modalità di cui agli artt. 30, 31 e 32 D.Lgs. 267/2000;
- c) dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge;
- d) da liberi professionisti singoli o associati nelle forme di cui alla L. 1815/1939, e successive modificazioni, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa;
- e) dalle società di professionisti;
- f) dalle società di ingegneria;
- g) da raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lett. d), e) ed f) ai quali si applicano le disposizioni di cui all'art. 37 in quanto compatibili;

h) da consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nel settore dei servizi di ingegneria e architettura, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, e che abbiano deciso di operare in modo congiunto secondo le previsioni del comma 1 dell'art. 36.

L'art. 91 prevede che per l'affidamento di incarichi di progettazione di cui all'art. 90 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, vale a dire si applicano le norme sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali.

L'amministrazione pubblica, quindi, deve procedere alla progettazione in materia di lavori pubblici direttamente (sono le ipotesi di cui alle lett. a), b) e c) dell'art. 90), ovvero indirettamente (sono le ipotesi di cui alle lett. d), e), f), g) ed h), dell'art. 90), in caso di carenza in organico di personale tecnico, ovvero di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto, ovvero in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale o in caso di necessità di predisporre progetti integrali che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, casi che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento.

Di talché, la stessa elaborazione della progettazione da parte di soggetti esterni, può avvenire in casi tipizzati da accertare e certificare dal responsabile del procedimento.

L'art. 93, co. 6, del D.Lgs. 163/2006, inoltre, dispone che, in relazione alle caratteristiche e all'importanza dell'opera, il regolamento, con riferimento alle categorie di lavori e alle tipologie di intervento e tenendo presenti le esigenze di gestione e di manutenzione, stabilisce criteri, contenuti e momenti di verifica tecnica dei vari livelli di progettazione.

L'art. 10 del "codice", giova ancora rilevare sotto altro profilo, stabilisce che, per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi dell'art. 7 L. 241/1990, un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione.

La fase della progettazione, quindi, è intrinsecamente legata a quelle dell'affidamento e dell'esecuzione e deve essere svolta dalla stessa amministrazione competente ad occuparsi dell'affidamento dell'opera e della sua esecuzione.

Il sistema complessivo delineato dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in sostanza, postula che l'incarico di progettazione di un'opera pubblica di importo pari o superiore a 100.000 euro sia svolto direttamente dall'amministrazione o dalla stessa affidato a professionisti esterni sulla base di una procedura ad evidenza pubblica in esito ad un procedimento avviato e gestito dall'amministrazione interessata.

E' il titolare della potestà pubblica, insomma, che deve agire per perseguire l'interesse pubblico affidato alle sue cure dalla norma attributiva del potere e, nell'ipotesi in cui sia necessario affidarsi a professionisti esterni, occorre avviare una procedura ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi ai quali il "codice" è ispirato, vale a dire la scelta del "miglior

contraente” possibile sotto il profilo qualitativo ed economico e la tutela della libertà di concorrenza tra tutte le imprese del settore potenzialmente interessate a partecipare alla gara per l’aggiudicazione dell’incarico.

Nella fattispecie in esame, i soggetti promotori dell’iniziativa hanno posto in essere un’attività di gestione d’affari in favore della pubblica amministrazione.

L’assunzione della gestione, indirizzata all’affidamento dell’incarico per l’elaborazione della progettazione definitiva del “Nodo di Perugia – Tratto Madonna del Piano/Corciano”, è stata consapevole e spontanea in presenza di un *animus aliena negotia gerendi* non derivante da un obbligo giuridico.

Purtuttavia, anche a prescindere dalla considerazione che già nella configurazione civilistica dell’istituto della gestione dell’affare altrui è necessario che l’interessato sia assente o impedito e, quindi, effettivamente impossibilitato ad intervenire di persona (c.d. *absentia domini*), dalla richiamata normativa di cui al D.Lgs. 163/2006 emerge una vera e propria *prohibitio legis* a che sia un soggetto diverso dall’amministrazione interessata ad avviare e gestire il procedimento volto all’affidamento di un incarico di progettazione di un’opera pubblica.

Occorre pertanto escludere che nell’ambito dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ovvero di progettazione per la realizzazione di un’opera pubblica, sussista la possibilità di una *negotiorum gestio* in favore della pubblica amministrazione interessata.

Il “codice”, peraltro, ha espressamente previsto le ipotesi in cui ha ritenuto possibile l’intervento di soggetti terzi.

In particolare, l'art. 26 ha disposto che ai contratti di sponsorizzazione e ai contratti a questi assimilabili, di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore e uno sponsor che non sia un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore, aventi ad oggetto i lavori di cui all'allegato I, nonché gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superficie decorate di beni architettonici sottoposti a tutela ai sensi del D.Lgs. 42/2004, ovvero i servizi di cui all'allegato II, ovvero le forniture disciplinate dal codice stesso, quando i lavori, i servizi, le forniture sono acquisiti o realizzati a cura e spese dello sponsor, si applicano i principi del Trattato per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti soggettivi dei progettisti e degli esecutori del contratto; l'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore beneficiario delle opere, dei lavori, dei servizi, delle forniture, impartisce le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed esecuzione del contratto.

Gli artt. 142 e ss. e gli art. 152 e ss. hanno poi previsto una articolata serie di norme sulle concessioni di lavori pubblici - che hanno di regola ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestionale funzionale ed economica - e sulla finanza di progetto, con cui uno o più soggetti propongono ad una pubblica amministrazione la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità con risorse finanziarie totalmente o parzialmente a loro carico in cambio degli utili derivanti dalla gestione dell'opera.

Di talché, in presenza di una disciplina così analitica e dettagliata, l'assenza di qualunque riferimento alla possibilità che soggetti terzi possano *sic et simpliciter* disporre l'affidamento di un incarico di progettazione di un'opera in luogo ed in favore dell'amministrazione pubblica interessata impone di escludere tale ipotesi concretando una vera e propria *prohibitio legis*.

In definitiva, dal *corpus* normativo in vigore, deve trarsi il principio che per la stipulazione di un contratto pubblico è necessario che l'intera fase pubblicistica antecedente, finalizzata alla individuazione del contenuto del contratto e alla scelta del contraente, deve essere svolta dall'amministrazione aggiudicatrice che sarà parte del contratto stesso.

Tale principio è ricavabile, oltre che in via sistematica, anche sulla base dell'interpretazione letterale delle norme disciplinanti la progettazione, atteso che, come detto, la progettazione deve essere svolta direttamente dalla amministrazione aggiudicatrice e, solo in casi tassativamente indicati, che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento, da professionisti esterni; tale sistema, di preliminare verifica della possibilità di elaborazione diretta del progetto e di accertamento della sussistenza di uno dei casi in cui è possibile l'elaborazione progettuale attraverso professionisti esterni, di competenza del responsabile del procedimento, postula appunto l'esistenza di un procedimento avviato dall'amministrazione, il che rende del tutto incompatibile l'eventualità che siano soggetti terzi ad occuparsi, in luogo dell'amministrazione, dell'affidamento dell'incarico di progettazione dell'opera pubblica.

D'altra parte, la necessità che ogni attività propedeutica alla stipulazione del contratto e relativa alla definizione del contenuto ed all'individuazione del contraente sia svolta dall'amministrazione pubblica competente è prettamente funzionale alla realizzazione dei richiamati principi di cui all'art. 2 D.Lgs. 163/2006, di garanzia della qualità delle prestazioni e di tutela della libertà di concorrenza tra le imprese.

Viceversa, la garanzia della qualità delle prestazioni sarebbe inevitabilmente sottratta al controllo pubblico, non potendosi ritenere che un eventuale verifica *ex post*, soprattutto per opere complesse e di rilevanti dimensioni, possa equivalere alla verifica "step by step" dell'elaborazione progettuale e la libertà di concorrenza tra le imprese, ove, come ritengono i soggetti promotori controinteressati, la procedura di affidamento non dovesse essere soggetta all'evidenza pubblica, sarebbe del tutto trascurata.

Il Collegio, pertanto, esclusa la praticabilità della *negotiorum gestio* posta in essere dai controinteressati, ritiene che nel settore non sia neppure possibile una delega di funzioni pubbliche da parte della stazione appaltante ad un soggetto esterno.

Nondimeno, ove anche ritenuta legittima, la stessa dovrebbe comunque essere ispirata ai richiamati principi comunitari e nazionali, dovendo garantire il pregnante controllo *in itinere* della qualità della prestazione e dovendo assicurare il puntuale rispetto della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente.

Ne consegue, dovendosi senz'altro applicare i principi di cui al D.Lgs. 163/2006 a tutte le ipotesi di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ossia di contratti posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti

aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori, che, anche ove dovesse ritenersi possibile in questo settore la delega dell'esercizio di funzioni pubbliche, il soggetto delegato sarebbe comunque tenuto ad osservare le regole dell'evidenza pubblica per la scelta del contraente.

Né può assumere rilievo nel caso di specie la nota in data 11 gennaio 2007, indirizzata al Presidente della Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia ed al Presidente della Camera di Commercio di Perugia, con cui il Presidente della Regione Umbria ha chiesto un ulteriore impegno economico per il finanziamento del progetto definitivo del Nodo di Perugia.

Tale richiesta, infatti, non integra alcuna attribuzione di potestà pubbliche, attribuzione che in ogni caso non sarebbe stata ipotizzabile, ma concreta una richiesta di finanziamento del progetto definitivo, questa certamente possibile.

In altri termini, soggetti estranei all'amministrazione competente non possono affidare l'elaborazione del progetto definitivo dell'opera pubblica e poi "donare" il progetto alla Regione, mentre ben possono disporre un finanziamento in favore della Regione che serva a coprire in tutto o in parte i costi della progettazione che la Regione stessa avrà provveduto ad affidare sulla base di una procedura ad evidenza pubblica nel rispetto della normativa vigente e, in particolare, del D.Lgs. 163/2006.

La fondatezza della tesi secondo cui i soggetti promotori della progettazione in discorso non erano titolati ad intervenire nel settore in quanto istituzionalmente incompetenti, atteso che la progettazione di un'opera pubblica deve essere affidata dall'amministrazione pubblica

competente e non da altri soggetti, determina di per sé la fondatezza del ricorso dimostrando “a monte” l’illegittimità degli atti impugnati.

3.2 Il primo ordine di censure, invece, postula la denegata possibilità dell’intervento dei soggetti controinteressati in quanto la ricorrente si duole del fatto che, sia pure in presenza di soggetti tenuti all’osservanza della normativa pubblicistica, sarebbe stata violata la normativa sulle gare pubbliche.

La censura, peraltro, è anch’essa fondata.

3.2.1 In primo luogo, ai sensi dell’art. 4 della convenzione stipulata il 16 marzo 2007, la Camera di Commercio, Industria e Artigianato di Perugia, la cui natura di ente pubblico è indiscussa, si è impegnata ad assicurare la copertura finanziaria alle spese di progettazione dell’opera nel limite massimo di 500.000 euro.

Orbene, posto che l’art. 91 D.Lgs. 163/2006 prevede che per l’affidamento di incarichi di progettazione di cui all’art. 90 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, vale a dire si applicano le norme sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, il Collegio ritiene che, avendo l’ente pubblico programmato una spesa fino a 500.000 euro, non potrebbe comunque essere sottratto all’applicazione della relativa disciplina di legge e ciò sebbene i sottoscrittori abbiano incaricato la Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia a svolgere tutti gli adempimenti tecnici ed amministrativi compresa

la richiesta di offerta per la redazione della progettazione oggetto della convenzione.

Diversamente opinando, infatti, l'accordo di un qualunque ente pubblico con altri soggetti asseritamente non destinatari delle norme di cui al D.Lgs. 163/2006 renderebbe possibile l'elusione della normativa *de qua* da parte di un soggetto destinatario della stessa.

3.2.2 La Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia, su cui ricade il maggiore onere finanziario delle spese di progettazione, è un soggetto di diritto privato.

L'art. 2 D.Lgs. 153/1999 espressamente indica che le fondazioni sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale; il successivo art. 29 dispone che, per quanto non previsto dalla legge di delega e dal decreto stesso, alle fondazioni si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli artt. 12 e ss. e 2501 e ss. del codice civile.

Il regime giuridico privatistico delle fondazioni bancarie, speciale rispetto a quello delle altre fondazioni, è altresì affermato dall'art. 5 D.L. 63/2002, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L. 112/2002.

Purtuttavia, il Collegio ritiene che la fondazione *de qua* sia qualificabile come organismo di diritto pubblico e, quindi, sia soggetta alla disciplina di cui al D.Lgs. 163/2006.

La qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico, infatti, prescinde dalla eventuale natura privata dello stesso, mirando soltanto ad individuare un'ulteriore categoria di enti da considerare, in ragione di determinate caratteristiche, amministrazioni aggiudicatrici, con

conseguente applicabilità della normativa sui contratti pubblici di appalti, servizi e forniture.

L'art. 3, co. 26, del "codice" definisce organismo di diritto pubblico qualsiasi organismo, anche in forma societaria:

- istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- dotato di personalità giuridica;
- la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

La nozione di organismo di diritto pubblico è definita da un punto di vista funzionale con riferimento esclusivo ai tre requisiti cumulativamente enunciati, per cui, al fine di risolvere la questione della eventuale qualificazione di un ente di diritto privato come organismo di diritto pubblico, si deve verificare unicamente se l'ente interessato soddisfa contemporaneamente i detti requisiti in quanto il carattere di diritto privato dell'ente non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi della normativa comunitaria e nazionale (cfr. Corte giustizia CE, II, 13 gennaio 2005, n. 84).

In altri termini, la nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico, come detto, è indifferente alla natura giuridica, pubblica o privata,

dei soggetti ai quali si riferisce, assumendo rilievo ai soli fini della individuazione della normativa applicabile per la scelta del contraente.

Le Fondazioni, dotate di personalità giuridica, ai sensi dell'art. 2 D.Lgs. 153/1999, non hanno fini di lucro e perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico; esse, in rapporto prevalente con il territorio, indirizzano la propria attività esclusivamente nei settori ammessi e operano in via prevalente nei settori rilevanti, assicurando, singolarmente e nel loro insieme, l'equilibrata destinazione delle risorse e dando preferenza ai settori a maggiore rilevanza sociale.

Pertanto, deve ritenersi presente anche il primo requisito, atteso che la Fondazione soddisfa specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale.

La sussistenza del terzo requisito discende, in via alternativa, dalla dipendenza finanziaria dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, dal controllo sulla gestione da parte degli stessi, dalla presenza nell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza di una maggioranza di membri designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Nel caso di specie, la Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia, sebbene fondazione bancaria di origine associativa, deve essere qualificata organismo di diritto pubblico in quanto l'attività di vigilanza su di essa, sia pure in via transitoria, è svolta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

L'art. 10 D.Lgs. 153/1999 dispone che, fino all'entrata in vigore della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche di

cui al titolo II del libro primo del codice civile, ed anche successivamente, finché ciascuna fondazione rimarrà titolare di partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie, ovvero concorrerà al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso la partecipazione a patti di sindacato o accordi di qualunque tipo, la vigilanza sulle fondazioni - che ha per scopo la verifica del rispetto della legge e degli statuti, la sana e prudente gestione delle fondazioni, la redditività dei patrimoni e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti - è attribuita al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (ora Ministero dell'Economia e delle Finanze).

L'attività di vigilanza sulle fondazioni, quindi, è, sia pure transitoriamente, attribuita allo Stato.

Di talché, essendo sufficiente per la presenza del requisito che l'organo di vigilanza sia costituito in prevalenza da membri designati dallo Stato, a maggior ragione la circostanza che l'attività di vigilanza sia esercitata direttamente dallo Stato è idonea ad integrare la previsione legislativa.

La qualificazione di organismo di diritto pubblico della Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia costituisce ulteriore conferma della fondatezza delle censure dedotte in quanto la sottoposizione alla normativa sulle gare pubbliche (*id est*: alla normativa di cui D.Lgs. 163/2006) avrebbe reso comunque necessaria l'indizione di una procedura concorsuale di evidenza pubblica, per cui gli atti relativi alla procedura adottata, riservata solo a tre imprese di progettazione individuate discrezionalmente, si rivelano illegittimi anche sotto tale aspetto.

