

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 04/02/2010**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28897-tar-lazio-roma-05-01-2010-n-36>**

**Autore: Lazzini Sonia**

**Tar Lazio, Roma, 05.01.2010 n.36**

Nella fattispecie non sussiste la violazione e falsa applicazione delle norme volte ad evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato di cui all'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006, e dell'art. 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007 in quanto il divieto ivi contenuto non è applicabile alle società "di terza generazione", ovvero alle società indirettamente partecipate dagli enti locali

per il legislatore la separatezza delle società operanti sul mercato con soggetti terzi (e dei rispettivi bilanci) rispetto a quelle direttamente partecipate dagli enti locali (e dirette fornitrici di beni e servizi strumentali agli stessi) sembrerebbe costituire - di per sé - una sufficiente garanzia di non distorsione della concorrenza, in quanto il capitale apportato dagli enti locali non affluirebbe direttamente nel capitale di rischio delle imprese operanti in regime di concorrenza.

E giacché nessun ente territoriale, come la stessa ricorrente ha del resto implicitamente riconosciuto, figura quale socio della controinteressata, quest'ultima non può ritenersi soggetta al divieto di cui all'art. 13, comma 1 del d.l. n. 223/2006: il chiaro fine della norma di cui trattasi è quello di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori. Le società coinvolte nel divieto sono quelle "...a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività..... nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza....".

possono definirsi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali (per le quali il decreto fa esplicita eccezione) che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività. Seppure infatti tali società strumentali esercitano attività di natura imprenditoriale, ciò che rileva è che siano state costituite per tutelare in via primaria l'interesse e la funzione pubblica dell'amministrazione di riferimento, per la cui soddisfazione è anche possibile che venga sacrificato l'interesse privato imprenditoriale

Di tanto preso atto, e anche tenendo conto della sentenza della Corte costituzionale 13 agosto 2008, n. 326 - che distingue "tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza", riconoscendo che la portata della disposizione attiene non al titolo giuridico in base al quale le società operano, bensì in relazione all'oggetto sociale delle stesse - questo Tribunale ha, molto di recente, ritenuto superato l'orientamento che considerava il divieto introdotto dall'art. 13, comma 1 rivolto in via generale a tutte le società costituite o comunque partecipate da amministrazioni locali, per concludere che deve ormai ritenersi che solo alle società del primo tipo sia applicabile il divieto di operare con enti diversi da quelli di riferimento

A fronte di un bando di gara, il quale preveda, a pena di esclusione, "una dichiarazione (scheda B) resa ai sensi del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, riportante l'insussistenza dei motivi di esclusione e il possesso dei requisiti di cui ai paragrafi successivi. Sono ammessi a partecipare tutti i concorrenti:...che rispettino la normativa vigente in materia di parità uomo-donna, o che non siano assoggettabili ai medesimi", se tutti i partecipanti ad un RTP dichiarino di "rispettare la normativa vigente in materia di parità uomo-donna, o di non essere assoggettabile alla normativa vigente in materia di parità uomo-

donna”, come deve comportarsi la Stazione Appaltante? È obbligatoria l'esclusione oppure una tale dichiarazione può essere contemplata in una fattispecie di irregolarità sanabile?

Con un'altra censura si assumono violate le norme dettate in tema di affidamento all'esterno della progettazione delle opere pubbliche (violazione e falsa applicazione dell'art. 90, comma 1 e dell'art. 91, comma 8 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione del punto III.1 del bando): qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

in quali circostanze opera il divieto di cui di cui all'art. 13, comma 1 del d.l. n. 223/2006?

Con riferimento, invece, all'ulteriore osservazione della ricorrente incidentale che una dichiarazione con le caratteristiche di quella in argomento dovrebbe ritenersi addirittura inesistente (come da Tar Campania, Napoli, I, 19 novembre 2004, n. 16916), il Collegio osserva che la dichiarazione sanzionabile con la qualifica di inesistenza giuridica deve presentare un livello di non conformità al massimo grado: può indi ritenersi tale, sotto il profilo soggettivo, la dichiarazione sfornita di sottoscrizione o, comunque, non addebitabile alla sfera giuridica soggettiva tenuta a renderla, ovvero, sotto il profilo oggettivo, la dichiarazione del tutto inidonea a soddisfare lo scopo per cui è prevista, poiché, ad esempio, totalmente estranea al relativo ambito ovvero radicalmente incomprensibile nella sua formulazione.

Nel caso di specie, invece, sussiste una parvenza di formale attestazione, proveniente dai soggetti abilitati a renderla, della sussistenza delle condizioni di rispetto dei requisiti richiesti dal bando in punto di parità uomo-donna, in relazione alla quale la ricorrente incidentale non ha, comunque, fornito contrari elementi. Essa integra, pertanto, anche tenendo conto dei principi ermeneutici pure invocati nelle riportate difese sub b) della controinteressata, una ipotesi di irregolarità sanabile, insuscettibile di condurre all'esclusione di quest'ultima dalla gara.

Con la prima censura si assumono violate le norme dettate in tema di affidamento all'esterno della progettazione delle opere pubbliche (violazione e falsa applicazione dell'art. 90, comma 1 e dell'art. 91, comma 8 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione del punto III.1 del bando).

Il motivo può essere così sintetizzato.

Alla procedura di cui trattasi, sia alla luce dell'art. 101 del codice dei contratti, dettato proprio in tema di concorsi di progettazione, sia in virtù della facoltà, che l'amministrazione si è riservata nel bando, di affidare al vincitore la progettazione definitiva ed esecutiva dell'intervento, è applicabile l'art. 90, comma 1 dello stesso codice dei contratti, dettato con riferimento agli appalti di servizi di progettazione (con la specificazione che deve farsi riferimento, *ratione temporis*, al testo precedente le modifiche apportate dal d. lgs. n. 152 del 2008).

La sopra detta disposizione reca l'elenco, avente carattere tassativo (in conformità a quanto ritenuto dalla giurisprudenza sia con riferimento al previgente art. 17 della l. 109 del 1994 sia con riferimento all'art. 34 del codice dei contratti), dei soggetti esterni cui possono essere affidate le attività di progettazione.

Detti soggetti esterni – cui il concorso è espressamente rivolto (punto III.1 del bando) – sono contemplati dal citato art. 90, comma 1 alle lett. d)- liberi professionisti singoli od associati, e)- società di professionisti, f)- società di ingegneria, g)- raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere appena sopra citate, e h)- consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista.

Il quadro normativo è completato dal successivo art. 91, comma 8 del codice dei contratti, che vieta l'affidamento di attività di progettazione a mezzo di procedure diverse da quelle ivi previste.

Tanto premesso, la ricorrente rileva che Controinteressata s.p.a., ovvero una delle componenti del RTP risultato vincitore del concorso, non è annoverabile tra alcuno dei predetti soggetti, non essendo né società di ingegneria né società di professionisti né professionista singolo od associato. Pertanto, Controinteressata non poteva presentarsi né come singolo candidato, né in raggruppamento.

6.1. La censura è infondata.

6.2. Il punto III.1 del bando del concorso di cui trattasi recita che “Il concorso è aperto ai soggetti di cui alle lettere d), e), f), g), h) art. 90, comma 1 del d. lgs. n. 163/06.”.

L'art. 90, comma 1 del codice dei contratti prevede, per quanto qui di interesse, che le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori possono essere espletate dalle società di ingegneria [lett. f)], anche costituite in RTP con liberi professionisti singoli od associati e società di professionisti [lett. d) ed e)].

Il comma 2 dell'art. 90 specifica che “Si intendono per: ...b) società di ingegneria le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti di cui alla lettera a (n.d.r. ovvero le società di professionisti), che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale...”.

Sulla scorta del chiaro disposto di legge, la giurisprudenza ha affermato che costituisce presupposto oggettivo, ai fini della sussistenza della “società di ingegneria”, lo svolgimento delle attività professionali consistenti nella esecuzione di studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica, e di impatto ambientale, che devono essere adeguatamente specificate nell'oggetto sociale delle società stesse (così Tar Puglia, Bari, I, 6 giugno 2007, n. 1464, in relazione alla corrispondente previsione del previgente art. 17 della legge n. 109 del 1994).

Più recentemente, e proprio con riferimento al ridetto art. 90 del d. lgs. n. 163 del 2006, questo Tribunale ha precisato che i requisiti richiesti per essere annoverati tra le società di ingegneria ai sensi della suddetta previsione risultano essere solamente la costituzione in forma di società di capitali o di cooperativa e lo svolgimento dell'attività ivi indicata (Tar Lazio, Roma, III, 18 febbraio 2008, n. 1409).

6.2. Come rappresentato, e comprovato mediante allegazioni, da tutte le resistenti, la Controinteressata rientra nella fattispecie legale di cui trattasi, essendo costituita in forma di società di capitali e svolgendo, in conformità con le previsioni statutarie, le attività previste dall'art. 90 in argomento.

Invero la medesima:

a) ha nel proprio oggetto sociale, come da visura camerale, “l'esecuzione di studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni, direzione dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale”;

b) per le attività di progettazione e direzione lavori, può vantare le certificazioni qualità aziendale ISO 9001:2000, ISO14000:2004 (gestione ambientale) e OHSAS 18000:1999 (salute e sicurezza dei lavoratori);

c) è inserita nel casellario delle società di ingegneria e professionali tenuto dalla competente Autorità di vigilanza.

6.3. Per quanto sopra, va riconosciuto che Controinteressata è pienamente legittimata, sia alla luce dell'art. 90 del codice dei contratti sia alla luce del punto III.1 della lex specialis di gara, alla partecipazione alla procedura concorsuale di cui trattasi in raggruppamento temporaneo con altri soggetti legittimati ai sensi delle stesse disposizioni.

Gli elementi e le circostanze sin qui messe in luce consentono di superare ogni problema in ordine alla questione, pure introdotta dalla ricorrente, inerente la natura (asseritamente tassativa) dell'elencazione contemplata dal ridetto art. 90, comma 1.

Seguendo tale condivisibile orientamento, anche sotto tale ultimo profilo la ricorrente, che ha quale oggetto sociale la gestione, riqualificazione e valorizzazione di complessi di stazioni e infrastrutture nodali di trasporto, risulta priva dei vincoli della strumentalità e della funzionalità con le amministrazioni indirettamente partecipanti al capitale sociale, e non può, pertanto, essere considerata società produttrice di beni e servizi strumentali ai sensi dell'art. 13, comma 1 del d.l. n. 223/2006

Merita di essere segnalata la sentenza numero 36 del 5 gennaio 2010, emessa dal Tar Lazio, Roma per le varie questioni in essa discusse ed in particolare il seguente passaggio risulta molto interessante:

< Conviene affrontare l'illustrazione del secondo motivo di ricorso partendo dal relativo presupposto di fatto.

Controinteressata s.p.a. è indirettamente partecipata da enti locali, essendo società mista, con capitale maggioritariamente posseduto da Ferrovie dello Stato, società interamente in mano pubblica. Il residuo 40% è di proprietà di Archimede 1 s.p.a., partecipata al 60% dalla Save – Aeroporto di Venezia – Marco Polo s.p.a., con il residuo 40% posseduto da tre diverse società private. La Save è a sua volta partecipata per il 54% dalla Marco Polo Holding s.r.l., per il 19% dal Comune di Venezia, e per il restante 26% dalla Provincia di Venezia, da S. Paolo IMI s.p.a., dalla Camera di Commercio di Venezia, dalla Provincia di Treviso, dal Comune di Treviso e da APV Investimenti s.p.a.. La Marco Polo Holding s.r.l. è posseduta al 12% dalla Veneto Sviluppo s.p.a., il cui capitale sociale è posseduto al 51% dalla Regione Veneto.

Secondo la ricorrente tale condizione fa emergere che Controinteressata è caratterizzata da una notevole e significativa partecipazione pubblica, e ciò da parte di soggetti strettamente collegati al territorio (comuni, province, camere di commercio).

Ciò stante, per la ricorrente, la partecipazione di Controinteressata alla procedura, unitamente al RTP vincitore, integra una fattispecie di violazione e falsa applicazione delle norme volte ad evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato, ed, in particolare, dell'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006, e dell'art. 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007.

Segnatamente:

- l'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 (applicabile alla fattispecie, poiché entrato in vigore il 1° gennaio 2007, ovvero precedentemente alla pubblicazione del bando del concorso in argomento, intervenuta il 26 gennaio 2007) vieta l'attività extra moenia delle società partecipate da enti locali, e anche delle società da questi indirettamente partecipate. A sostegno di tale ultima affermazione, si richiamano i pareri dell'Autorità di vigilanza n. 92 del 20 marzo 2008, riferito a società "di terzo grado", n. 135 del 9 maggio 2007 e n. 213 del 31 luglio 2008, riferito proprio a società controllata dalla già sopra menzionata Save;

- l'art. 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007 estende il suddetto divieto a tutte le società pubbliche.

7.1. Tutte le resistenti, anche mediante il richiamo a recente giurisprudenza amministrativa, contestano la fondatezza della censura.

7.2. Il Comune di Roma fa presente che il divieto invocato dalla ricorrente attiene alle sole società direttamente costituite o partecipate dalle amministrazioni locali, con norma derogatoria del principio generale di libertà di iniziativa economica, eppertanto di stretta interpretazione. Del resto, prosegue l'amministrazione, da un lato, laddove il legislatore ha inteso estenderlo oltre il predetto ambito lo ha fatto espressamente (art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito dalla l. n. 133 del 2008), dall'altro l'interpretazione ricorsuale contrasta con il comma 3 dello stesso art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, che consente alle imprese costituite o partecipate dalle amministrazioni locali, entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del divieto, la cessione a terzi o la scorporazione delle attività non consentite, proprio al fine di farle operare sul mercato. In ogni caso, l'amministrazione si sofferma nella valutazione della "ricaduta" delle partecipazioni degli enti locali su Controinteressata, al fine di dimostrare che essa non consente, in via di fatto, di ipotizzare alcuna alterazione o distorsione del mercato. Il Comune di Roma osserva, infine, sia che la censura non si pone in linea con i più recenti orientamenti sul partenariato pubblico-privato (4° considerando della direttiva n. 18 del 2004), sia che trattasi, nella specie, della partecipazione ad un concorso volto a vincere un premio: la previsione di un futuro affidamento del servizio potrebbe essere attuata anche solo nei confronti degli altri soggetti del raggruppamento.

7.2. La Studio Altieri sottolinea che la norma invocata dalla ricorrente non è applicabile alla fattispecie, poiché Controinteressata non è diretta promanazione degli enti locali, e non può essere sussunta tra le società a partecipazione pubblica strumentali degli enti locali e regionali soci, cui è inibita l'attività extra moenia. Al riguardo, si sottolinea che Controinteressata svolge attività (gestione, riqualificazione e valorizzazione di complessi di stazioni e infrastrutture nodali di trasporto) non ricollegabile e non strumentale agli enti pubblici territoriali che indirettamente la partecipano (l'opposta ipotesi si dà, al più, nei confronti di Ferrovie dello Stato, che, peraltro, è società di proprietà dello Stato). Quanto al divieto di cui all'art. 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007, esso non è correlabile con il divieto di cui all'art.

13 del d.l. n. 233 del 2006 e non potrebbe, comunque, trovare applicazione, *ratione temporis*, alla fattispecie.

7.3. Anche Mario Controinteressata sottolinea che l'attività di Controinteressata non può in alcun modo definirsi strumentale all'attività degli enti territoriali di cui al ridetto art. 13 e che il divieto ivi contenuto non è applicabile alle società "di terza generazione", ovvero alle società indirettamente partecipate dagli enti locali, è ciò anche alla luce del comma 3 dello stesso art. 13 (nel senso già riferito dal Comune di Roma), nella formulazione introdotta dall'art. 1, comma 720 della legge n. 296 del 2006, e, quindi, pienamente vigente al momento della pubblicazione del bando della procedura di cui trattasi. Detto comma consente, comunque, di inferire che la piena operatività dell'art. 13, comma 1 è intervenuta decorsi ventiquattro mesi dalla sua entrata in vigore, al 5 luglio 2008, ovvero in data posteriore sia alla pubblicazione del bando (26 gennaio 2007) sia alla data fissata per la presentazione delle domande di partecipazione (6 marzo 2007). Si sottolinea, poi, che il periodo transitorio di cui trattasi è stato successivamente prorogato al 5 gennaio 2009. Anche per la Mario Controinteressata, infine, l'art. 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007, entrata in vigore il 1° gennaio 2008, non potrebbe trovare applicazione, *ratione temporis*, alla fattispecie, retta dalle date sopra indicate, e non è correlabile con il divieto di cui all'art. 13 del d.l. n. 233 del 2006.

7.4. Con memoria depositata in data 17 novembre 2009 la ricorrente, richiamando la ratio della normativa invocata, insiste per la fondatezza del motivo in trattazione, ribadisce che il ridetto art. 13 è applicabile alle società "di terzo grado", e sostiene che Archimede 1 e Save sono strumentali alle amministrazioni pubbliche che ne detengono rilevanti frazioni capitarie. Quanto al comma 3 dell'art. 13 osserva che, nella fattispecie, non vi è stato alcuno scorporo di attività.

7.5. La doglianza non risulta meritevole di accoglimento.

7.6. Il divieto invocato dalla ricorrente è rivolto dall'art. 13, comma 1 del d.l. n. 223 del 2006 alle società "a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali": il richiamo del legislatore al capitale sociale ed alla figura della costituzione e della partecipazione evoca la necessità che l'ente locale sia socio, come tale titolare di una partecipazione al capitale sociale.

La tesi ricorsuale contrasta, quindi, innanzitutto, con il dato letterale della disposizione.

Ciò posto, il Collegio non ritiene di accedere (e pur consapevole che l'opposta opzione trova un qualche riscontro giurisprudenziale, come da Tar Sicilia, Palermo, I, 29 aprile 2009, n. 785 e Tar Puglia, Lecce, I, 06 maggio 2009, n. 908) al postulato che la disposizione debba ritenersi estesa alle forme di partecipazione indiretta o mediata, e, indi, anche alle società c.d. di terzo grado, ipotesi qui ricorrente.

Al riguardo, si osserva in via preliminare che recente giurisprudenza del giudice di appello ha chiarito che il carattere eccezionale della disposizione in argomento richiede una stretta interpretazione, che ne fa escludere l'applicazione oltre i casi in essa previsti (C. Stato, V, 7 luglio 2009, n. 4346).

La censura, poi, risulta in contrasto anche con un'interpretazione sistematica e teleologica della norma di riferimento, come sostenuto da tutte le parti resistenti.

Intanto, è significativa la circostanza che il ridetto art. 13, comma 1, diversamente da altre fattispecie normative (tra cui l'art. 90, comma 8 del codice dei contratti), non ha fatto riferimento alle figure del controllo e del collegamento societario ex art. 2359 c.c., locuzione idonea a ricomprendere nello specchio applicativo anche le società di terza generazione.

Inoltre, non può non essere osservato che l'argomentazione più significativa contraria alla tesi ricorsuale si rinviene proprio nel comma 3 dello stesso articolo 13, che evidenzia che l'effettività del divieto di cui al comma 1 è efficacemente assicurata, alla fine del periodo transitorio previsto (e indipendentemente dall'apprezzamento della durata temporale di questo), anche mediante lo "scorporo" delle attività non consentite, ovvero mediante la costituzione di una "separata società", cui riservare le attività rivolte al mercato.

Dunque, deve concludersi, con perspicua giurisprudenza (Tar Liguria, Genova, II, 9 gennaio 2009, n. 39; vedasi anche Tar Molise, I, 18 luglio 2007, n. 628) che "per il legislatore la separatezza delle società operanti sul mercato con soggetti terzi (e dei rispettivi bilanci) rispetto a quelle direttamente partecipate dagli enti locali (e dirette fornitrici di beni e servizi strumentali agli stessi) sembrerebbe costituire - di per sé - una sufficiente garanzia di non distorsione della concorrenza, in quanto il capitale apportato

dagli enti locali non affluirebbe direttamente nel capitale di rischio delle imprese operanti in regime di concorrenza.”.

E giacché nessun ente territoriale, come la stessa ricorrente ha del resto implicitamente riconosciuto, figura quale socio della Controinteressata, quest'ultima non può ritenersi soggetta al divieto di cui all'art. 13, comma 1 del d.l. n. 223/2006.>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 36 del 5 gennaio 2010 emessa dal Tar Lazio, Roma

**N. 00036/2010 REG.SEN.**

**N. 01390/2009 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1390 del 2009, proposto da:  
Ricorrente soc. coop., in proprio e nella qualità di dichiarata mandataria del RTP.  
con le mandanti Ricorrente due & Partners e Studio Associato Architetti Matteo  
Ricorrente tre e Tommaso Ricorrente quattro, rappresentata e difesa dagli avv.ti  
Costanzo Frattin e Lucia Buononato, con domicilio eletto presso lo studio della  
seconda in Roma, viale delle Milizie, n.114;

***contro***

Comune di Roma, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Graziosi, con il quale elettivamente domicilia presso gli uffici dell'Avvocatura comunale in Roma, via del Tempio di Giove, n. 21;

***nei confronti di***

Studio Altieri s.p.a., in proprio e nella qualità di dichiarato mandatario del RTP con le mandanti Mario Controinteressata due Architets s.r.l., Controinteressata tre Ingegneria s.r.l., Controinteressata quattro s.p.a., Controinteressata 5 s.r.l., Studio Controinteressata 6, Ing. Franco controinteressata 7, Controinteressata s.p.a., ing. Alessandra controinteressata 8 e dott. Mara controinteressata 9, rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo Biagini, presso lo studio del quale elettivamente domicilia in Roma, via di Porta Castello, n. 33; Mario Controinteressata due Architets s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Zanetti, con il quale elettivamente domicilia presso l'avv. Maurizio Brizzolari con studio in Roma, via della Conciliazione, n. 44;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia:*

- 1) della determinazione dirigenziale n. 735 del 28 novembre 2008, comunicata il 18 dicembre successivo, con la quale il competente dipartimento del Comune di Roma ha definitivamente approvato la graduatoria del concorso di progettazione "Campidoglio Due: La casa dei cittadini" nella quale risulta vincitore il gruppo di progettazione coordinato dalla Studio Altieri s.p.a. con lo Studio Mario Controinteressata;
- 2) della "Relazione conclusiva del programma di interventi Campidoglio Due" che ha convalidato i lavori della commissione giudicatrice e dato approvazione definitiva della graduatoria, nonché dichiarato il raggruppamento di cui sopra vincitore del concorso;



- 3) del verbale 5 giugno 2008 della commissione giudicatrice che ha approvato e sottoscritto la graduatoria provvisoria, attribuendo al RTP Studio Altieri il primo posto con punti 84,41 ed il secondo posto al RTP ricorrente con punti 82,87;
- 4) di ogni altro atto connesso, ancorchè non conosciuto, ivi compresa la graduatoria di merito;
- 5) in via subordinata, con ogni conseguenza sui successivi atti di gara, la determinazione dirigenziale n. 827 del 12 dicembre 2007 di nomina della commissione giudicatrice per la valutazione dei progetti, con la quale alla presidenza della commissione è stato nominato l'avv. Enrico Lo Russo, Capo dell'Avvocatura comunale.

Visto il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Roma;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Studio Altieri s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Mario Controinteressata due Architets s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Mario Controinteressata due Architets s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 25 novembre 2009, la dr.ssa Anna Bottiglieri e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

Con il ricorso all'odierno esame la Ricorrente soc. coop. ha domandato l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 735 del 28 novembre 2008, comunicata il 18 dicembre 2008, con la quale il Comune di Roma ha

definitivamente approvato la graduatoria del concorso di progettazione “Campidoglio Due: La casa dei cittadini”, che ha visto vincitore il gruppo di progettazione coordinato dalla Studio Altieri s.p.a. con lo studio Mario Controinteressata s.r.l. (punti 84,41) e la ricorrente classificata al secondo posto (punti 82,87).

L’impugnazione è stata estesa agli atti salienti del procedimento concorsuale, ed, in particolare: alla relazione conclusiva che ha convalidato i lavori della commissione giudicatrice e dato approvazione definitiva della graduatoria, nonché dichiarato il raggruppamento di cui sopra vincitore del concorso; al verbale della commissione giudicatrice che ha approvato e sottoscritto la graduatoria provvisoria; alla graduatoria stessa. L’impugnazione è stata, altresì, estesa, ma solo in via gradata, alla determinazione dirigenziale n. 827 del 12 dicembre 2007, che ha nominato presidente della commissione giudicatrice per la valutazione dei progetti il capo dell’Avvocatura comunale.

La ricorrente ha indirizzato avverso gli atti impugnati articolate censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Si sono costituiti in resistenza il Comune di Roma, la Studio Altieri e la Mario Controinteressata. Tutti i resistenti hanno dedotto l’infondatezza nel merito del gravame.

Nel prosieguo, la Mario Controinteressata ha interposto ricorso incidentale avverso alcuni atti della procedura (determinazione dirigenziale n. 735 del 28 novembre 2008; relazione conclusiva; verbale del 5 giugno 2008) limitatamente alla parte in cui sono stati ritenuti ammissibili e valutabili la candidatura e il progetto presentati dalla ricorrente principale.

Tutte le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle rispettive tesi difensive.

Alla camera di consiglio del 25 marzo 2009 la trattazione dell’istanza cautelare formulata dalla ricorrente è stata rinviata al merito.

Alla pubblica udienza del 25 novembre 2009 i ricorsi sono stati, indi, spediti in decisione.

## DIRITTO

1. Si controverte in ordine alla legittimità degli atti meglio indicati in epigrafe, relativi al concorso di progettazione indetto dal Comune di Roma ed avente ad oggetto la redazione del progetto preliminare della nuova sede degli uffici centrali su area sita nei pressi della stazione Ostiense (spesa per lavori stimata in € 175 milioni), con premio al progettista vincitore di € 500.000,00 e con possibilità per l'amministrazione di affidare allo stesso, con distinta procedura negoziata, e previa valutazione di convenienza, la successiva fase della progettazione definitiva ed, eventualmente, della progettazione esecutiva. Per gli altri partecipanti è prevista, a condizione del raggiungimento di un punteggio minimo (40/100), il rimborso delle spese nella somma forfettaria di € 35.000,00.

La procedura ha visto vincitore il RTP coordinato dalla Studio Altieri s.p.a., di cui fa parte anche la Mario Controinteressata s.r.l., con punti 84,41, e, al secondo posto, con punti 82,87, il RTP coordinato dalla ricorrente Ricorrente soc. coop..

2. Si sono costituiti in resistenza nel presente giudizio, oltre al Comune di Roma, la Studio Altieri e la Mario Controinteressata; quest'ultima ha, altresì, interposto ricorso incidentale volto a far constare la sussistenza a carico della ricorrente principale di una causa di esclusione dalla procedura.

3. In armonia con i criteri regolanti l'ipotesi appena indicata, invocati dalla Mario Controinteressata mediante il richiamo a consolidata giurisprudenza amministrativa (tra cui C. Stato, A.P., 10 novembre 2008, n. 11), il Collegio, nell'esame delle varie questioni prospettate dalle parti in causa, deve conferire priorità a quelle introdotte con il ricorso incidentale.

Invero, la loro fondatezza, risolvendosi nell'accertamento che la ricorrente principale Ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura, la renderebbe

non annoverabile tra i concorrenti e quindi non idonea a conseguire l'aggiudicazione, con conseguente improcedibilità - per sopravvenuto difetto di legittimazione - dell'impugnazione degli atti di gara, non più suscettibile di arrecarle alcuna utilità.

4. Si passa, pertanto, all'esame del ricorso incidentale.

Esso è infondato.

4.1. Con unico motivo di ricorso (violazione della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per contraddittorietà e violazione dei canoni di logicità e ragionevolezza; violazione della *par condicio*; violazione degli artt. 3 e 97 Cost.) la ricorrente incidentale assume che la Ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla competizione in forza del punto III.1) del bando di gara, il quale prevede, a pena di esclusione, “una dichiarazione (scheda B) resa ai sensi del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, riportante l'insussistenza dei motivi di esclusione e il possesso dei requisiti di cui ai paragrafi successivi. Sono ammessi a partecipare tutti i concorrenti:...che rispettino la normativa vigente in materia di parità uomo-donna, o che non siano assoggettabili ai medesimi”.

Ad avviso della ricorrente incidentale, laddove il requisito di ammissione di cui trattasi non poteva che essere provato dai partecipanti, a pena di esclusione, mediante una dichiarazione espressa in via alternativa, inerente o l'ottemperanza alla normativa vigente in materia di parità uomo-donna o la non assoggettabilità alla normativa stessa, tutti i partecipanti al RTP ricorrente principale hanno dichiarato “di rispettare la normativa vigente in materia di parità uomo-donna, o di non essere assoggettabile alla normativa vigente in materia di parità uomo-donna”.

Una siffatta dichiarazione, secondo l'esponente incidentale, è priva di significato logico, e, conseguentemente, non è idonea, per la sua insita contraddittorietà, ad attestare in capo ai dichiaranti il possesso del requisito richiesto a pena di esclusione.

4.2. La Ricorrente, pur non contestando la irrisolutezza delle dichiarazioni rese dai componenti del proprio RTP, ha replicato alla censura, sostenendo che:

a) alla luce del d. lgs. n. 198 del 2006, che ha sostituito, quasi interamente abrogandola, la l. n. 125 del 1991 sulla materia considerata, e che non delimita il proprio campo di applicazione né reca esenzioni di sorta, e preso atto che il legislatore non prevede una certificazione attestante, in via generale, la soggezione o la non soggezione di un soggetto alla normativa stessa, deve ritenersi la perplessità o l'inesistenza dell'alternativa considerata dal bando, piuttosto che la contraddittorietà delle dichiarazioni rese;

b) in ogni caso, comunque, va fatta applicazione del canone fondamentale della conservazione degli atti giuridici di cui agli artt. 1367 e 1374 c.c., operante in tutti i settori dell'ordinamento, che impone di prescegliere, pel caso di dichiarazione ambigua o contraddittoria, l'interpretazione atta a produrre un qualche effetto giuridico;

c) la specifica norma di gara è ambigua e di scarsa chiarezza, come pure l'allegato modulo cui la prescrizione rimanda;

d) la dichiarazione resa è del tutto compatibile con la situazione del raggruppamento, costituito tra due soggetti italiani, cui va imputata la dichiarazione di rispetto della normativa considerata, ed un soggetto straniero, non soggetto all'osservanza delle norme stesse;

e) il modulo adottato dal bando non contempla la c.d. variante di Boole, prevedente due distinti quesiti alternativi, muniti a loro volta di due risposte alternative, l'una positiva, l'altra negativa, ovvero l'unica formula idonea a far emergere una reale contraddittorietà tra le relative dichiarazioni;

f) contrariamente a quanto esposto nella censura, la *lex specialis* commina l'esclusione pel solo caso di mancata allegazione della scheda B e non anche per l'eventuale irregolarità delle dichiarazioni in essa contenute.

4.3. Il Collegio, pure in disparte i puntuali rilievi formulati dalla Mario Controinteressata con memoria depositata in data 19 novembre 2009 avverso tutte le ridette difese della Ricorrente, osserva innanzitutto che quanto rappresentato da quest'ultima sub a), c), d) ed e) risulta intrinsecamente contraddittorio.

Invero, la Ricorrente, di fatto, prima nega e poi ammette che ambedue le fattispecie contemplate dalla previsione di bando di cui si discute erano ipotizzabili in concreto, tant'è che finisce, poi, con l'ammettere che le diverse condizioni dei componenti il proprio raggruppamento potevano essere sussunte sotto l'una o l'altra.

Il che dimostra: la sufficienza della previsione sotto i profili della comprensibilità logica delle varianti proposte; la agevole adattabilità del portato di bando alle situazioni di fatto possibili; la chiarezza delle condizioni giuridiche che le dichiarazioni sono volte ad attestare.

4.4. Il Collegio deve, invece, convenire con la Ricorrente in relazione alla difesa sub f).

Il punto III.1) del bando si limita a prescrivere che “Alla domanda di partecipazione dovrà essere allegata, a pena di esclusione, una dichiarazione (scheda B) .....

Trova quindi conferma il rilievo della ricorrente principale che l'esclusione era stata prevista per il solo caso di mancata allegazione della scheda e non per l'eventuale irregolarità delle dichiarazioni.

4.5. Né può trovare ingresso la specificazione della ricorrente incidentale, contenuta nella già citata memoria depositata in data 19 novembre 2009, che il bando era chiaro nell'ammettere alla partecipazione alla procedura solo i soggetti “che rispettino la normativa vigente in materia di parità uomo-donna, o che non siano assoggettabili ai medesimi”.

Si rammenta, al riguardo, il - pacifico - principio per il quale, stante la tassatività delle cause di esclusione ed il favor participationis, non è possibile disporre la esclusione per carenze documentali non così espressamente sanzionate dalla lex specialis.

Con riferimento, invece, all'ulteriore osservazione della ricorrente incidentale che una dichiarazione con le caratteristiche di quella in argomento dovrebbe ritenersi addirittura inesistente (come da Tar Campania, Napoli, I, 19 novembre 2004, n. 16916), il Collegio osserva che la dichiarazione sanzionabile con la qualifica di inesistenza giuridica deve presentare un livello di non conformità al massimo grado: può indi ritenersi tale, sotto il profilo soggettivo, la dichiarazione sfornita di sottoscrizione o, comunque, non addebitabile alla sfera giuridica soggettiva tenuta a renderla, ovvero, sotto il profilo oggettivo, la dichiarazione del tutto inidonea a soddisfare lo scopo per cui è prevista, poiché, ad esempio, totalmente estranea al relativo ambito ovvero radicalmente incomprensibile nella sua formulazione. Nel caso di specie, invece, sussiste una parvenza di formale attestazione, proveniente dai soggetti abilitati a renderla, della sussistenza delle condizioni di rispetto dei requisiti richiesti dal bando in punto di parità uomo-donna, in relazione alla quale la ricorrente incidentale non ha, comunque, fornito contrari elementi. Essa integra, pertanto, anche tenendo conto dei principi ermeneutici pure invocati nelle riportate difese sub b) della Ricorrente, una ipotesi di irregolarità sanabile, insuscettibile di condurre all'esclusione di quest'ultima dalla gara.

4.6. Per quanto precede, il ricorso incidentale interposto dalla Mario Controinteressata deve essere respinto.

5. Può, indi, passarsi all'esame del gravame proposto dalla Ricorrente.

6. Con la prima censura si assumono violate le norme dettate in tema di affidamento all'esterno della progettazione delle opere pubbliche (violazione e falsa

applicazione dell'art. 90, comma 1 e dell'art. 91, comma 8 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione del punto III.1 del bando).

Il motivo può essere così sintetizzato.

Alla procedura di cui trattasi, sia alla luce dell'art. 101 del codice dei contratti, dettato proprio in tema di concorsi di progettazione, sia in virtù della facoltà, che l'amministrazione si è riservata nel bando, di affidare al vincitore la progettazione definitiva ed esecutiva dell'intervento, è applicabile l'art. 90, comma 1 dello stesso codice dei contratti, dettato con riferimento agli appalti di servizi di progettazione (con la specificazione che deve farsi riferimento, *ratione temporis*, al testo precedente le modifiche apportate dal d. lgs. n. 152 del 2008).

La sopra detta disposizione reca l'elenco, avente carattere tassativo (in conformità a quanto ritenuto dalla giurisprudenza sia con riferimento al previgente art. 17 della l. 109 del 1994 sia con riferimento all'art. 34 del codice dei contratti), dei soggetti esterni cui possono essere affidate le attività di progettazione.

Detti soggetti esterni – cui il concorso è espressamente rivolto (punto III.1 del bando) – sono contemplati dal citato art. 90, comma 1 alle lett. d)- liberi professionisti singoli od associati, e)- società di professionisti), f)- società di ingegneria, g)- raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere appena sopra citate, e h)- consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista.

Il quadro normativo è completato dal successivo art. 91, comma 8 del codice dei contratti, che vieta l'affidamento di attività di progettazione a mezzo di procedure diverse da quelle ivi previste.

Tanto premesso, la ricorrente rileva che Controinteressata s.p.a., ovvero una delle componenti del RTP risultato vincitore del concorso, non è annoverabile tra alcuno dei predetti soggetti, non essendo né società di ingegneria né società di



professionisti né professionista singolo od associato. Pertanto, Controinteressata non poteva presentarsi né come singolo candidato, né in raggruppamento.

6.1. La censura è infondata.

6.2. Il punto III.1 del bando del concorso di cui trattasi recita che “Il concorso è aperto ai soggetti di cui alle lettere d), e), f), g), h) art. 90, comma 1 del d. lgs. n. 163/06.”.

L’art. 90, comma 1 del codice dei contratti prevede, per quanto qui di interesse, che le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori possono essere espletate dalle società di ingegneria [lett. f)], anche costituite in RTP con liberi professionisti singoli od associati e società di professionisti [lett. d) ed e)].

Il comma 2 dell’art. 90 specifica che “Si intendono per: ...b) società di ingegneria le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti di cui alla lettera a (n.d.r. ovvero le società di professionisti), che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale...”.

Sulla scorta del chiaro disposto di legge, la giurisprudenza ha affermato che costituisce presupposto oggettivo, ai fini della sussistenza della “società di ingegneria”, lo svolgimento delle attività professionali consistenti nella esecuzione di studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica, e di impatto ambientale, che devono essere adeguatamente specificate nell'oggetto sociale delle società stesse (così Tar Puglia, Bari, I, 6 giugno 2007, n. 1464, in relazione alla corrispondente previsione del previgente art. 17 della legge n. 109 del 1994).

Più recentemente, e proprio con riferimento al ridetto art. 90 del d. lgs. n. 163 del 2006, questo Tribunale ha precisato che i requisiti richiesti per essere annoverati tra le società di ingegneria ai sensi della suddetta previsione risultano essere solamente la costituzione in forma di società di capitali o di cooperativa e lo svolgimento dell'attività ivi indicata (Tar Lazio, Roma, III, 18 febbraio 2008, n. 1409).

6.2. Come rappresentato, e comprovato mediante allegazioni, da tutte le resistenti, la Controinteressata rientra nella fattispecie legale di cui trattasi, essendo costituita in forma di società di capitali e svolgendo, in conformità con le previsioni statutarie, le attività previste dall'art. 90 in argomento.

Invero la medesima:

- a) ha nel proprio oggetto sociale, come da visura camerale, “l'esecuzione di studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni, direzione dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale”;
- b) per le attività di progettazione e direzione lavori, può vantare le certificazioni qualità aziendale ISO 9001:2000, ISO14000:2004 (gestione ambientale) e OHSAS 18000:1999 (salute e sicurezza dei lavoratori);
- c) è inserita nel casellario delle società di ingegneria e professionali tenuto dalla competente Autorità di vigilanza.

6.3. Per quanto sopra, va riconosciuto che Controinteressata è pienamente legittimata, sia alla luce dell'art. 90 del codice dei contratti sia alla luce del punto III.1 della lex specialis di gara, alla partecipazione alla procedura concorsuale di cui trattasi in raggruppamento temporaneo con altri soggetti legittimati ai sensi delle stesse disposizioni.

Gli elementi e le circostanze sin qui messe in luce consentono di superare ogni problema in ordine alla questione, pure introdotta dalla ricorrente, inerente la

natura (asseritamente tassativa) dell'elencazione contemplata dal ridetto art. 90, comma 1.

7. Conviene affrontare l'illustrazione del secondo motivo di ricorso partendo dal relativo presupposto di fatto.

Controinteressata s.p.a. è indirettamente partecipata da enti locali, essendo società mista, con capitale maggioritariamente posseduto da Ferrovie dello Stato, società interamente in mano pubblica. Il residuo 40% è di proprietà di Archimede 1 s.p.a., partecipata al 60% dalla Save – Aeroporto di Venezia – Marco Polo s.p.a., con il residuo 40% posseduto da tre diverse società private. La Save è a sua volta partecipata per il 54% dalla Marco Polo Holding s.r.l., per il 19% dal Comune di Venezia, e per il restante 26% dalla Provincia di Venezia, da S. Paolo IMI s.p.a., dalla Camera di Commercio di Venezia, dalla Provincia di Treviso, dal Comune di Treviso e da APV Investimenti s.p.a.. La Marco Polo Holding s.r.l. è posseduta al 12% dalla Veneto Sviluppo s.p.a., il cui capitale sociale è posseduto al 51% dalla Regione Veneto.

Secondo la ricorrente tale condizione fa emergere che Controinteressata è caratterizzata da una notevole e significativa partecipazione pubblica, e ciò da parte di soggetti strettamente collegati al territorio (comuni, province, camere di commercio).

Ciò stante, per la ricorrente, la partecipazione di Controinteressata alla procedura, unitamente al RTP vincitore, integra una fattispecie di violazione e falsa applicazione delle norme volte ad evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato, ed, in particolare, dell'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006, e dell'art. 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007.

Segnatamente:

- l'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 (applicabile alla fattispecie, poiché entrato in vigore il 1° gennaio 2007, ovvero precedentemente alla pubblicazione del bando del concorso in argomento, intervenuta il 26 gennaio 2007) vieta l'attività extra moenia delle società partecipate da enti locali, e anche delle società da questi indirettamente partecipate. A sostegno di tale ultima affermazione, si richiamano i pareri dell'Autorità di vigilanza n. 92 del 20 marzo 2008, riferito a società "di terzo grado", n. 135 del 9 maggio 2007 e n. 213 del 31 luglio 31 luglio 2008, riferito proprio a società controllata dalla già sopra menzionata Save;

- l'art. 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007 estende il suddetto divieto a tutte le società pubbliche.

7.1. Tutte le resistenti, anche mediante il richiamo a recente giurisprudenza amministrativa, contestano la fondatezza della censura.

7.2. Il Comune di Roma fa presente che il divieto invocato dalla ricorrente attiene alle sole società direttamente costituite o partecipate dalle amministrazioni locali, con norma derogatoria del principio generale di libertà di iniziativa economica, eppertanto di stretta interpretazione. Del resto, prosegue l'amministrazione, da un lato, laddove il legislatore ha inteso estenderlo oltre il predetto ambito lo ha fatto espressamente (art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito dalla l. n. 133 del 2008), dall'altro l'interpretazione ricorsuale contrasta con il comma 3 dello stesso art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, che consente alle imprese costituite o partecipate dalle amministrazioni locali, entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del divieto, la cessione a terzi o la scorporazione delle attività non consentite, proprio al fine di farle operare sul mercato. In ogni caso, l'amministrazione si sofferma nella valutazione della "ricaduta" delle partecipazioni degli enti locali su Controinteressata, al fine di dimostrare che essa non consente, in via di fatto, di ipotizzare alcuna alterazione o distorsione del mercato. Il Comune di Roma osserva, infine, sia che la censura non si pone in linea con i più recenti

orientamenti sul partenariato pubblico-privato (4° considerando della direttiva n. 18 del 2004), sia che trattasi, nella specie, della partecipazione ad un concorso volto a vincere un premio: la previsione di un futuro affidamento del servizio potrebbe essere attuata anche solo nei confronti degli altri soggetti del raggruppamento.

7.2. La Studio Altieri sottolinea che la norma invocata dalla ricorrente non è applicabile alla fattispecie, poiché Controinteressata non è diretta promanazione degli enti locali, e non può essere sussunta tra le società a partecipazione pubblica strumentali degli enti locali e regionali soci, cui è inibita l'attività extra moenia. Al riguardo, si sottolinea che Controinteressata svolge attività (gestione, riqualificazione e valorizzazione di complessi di stazioni e infrastrutture nodali di trasporto) non ricollegabile e non strumentale agli enti pubblici territoriali che indirettamente la partecipano (l'opposta ipotesi si dà, al più, nei confronti di Ferrovie dello Stato, che, peraltro, è società di proprietà dello Stato). Quanto al divieto di cui all'art. 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007, esso non è correlabile con il divieto di cui all'art. 13 del d.l. n. 233 del 2006 e non potrebbe, comunque, trovare applicazione, *ratione temporis*, alla fattispecie.

7.3. Anche Mario Controinteressata sottolinea che l'attività di Controinteressata non può in alcun modo definirsi strumentale all'attività degli enti territoriali di cui al ridetto art. 13 e che il divieto ivi contenuto non è applicabile alle società "di terza generazione", ovvero alle società indirettamente partecipate dagli enti locali, è ciò anche alla luce del comma 3 dello stesso art. 13 (nel senso già riferito dal Comune di Roma), nella formulazione introdotta dall'art. 1, comma 720 della legge n. 296 del 2006, e, quindi, pienamente vigente al momento della pubblicazione del bando della procedura di cui trattasi. Detto comma consente, comunque, di inferire che la piena operatività dell'art. 13, comma 1 è intervenuta decorsi ventiquattro mesi dalla sua entrata in vigore, al 5 luglio 2008, ovvero in data

posteriore sia alla pubblicazione del bando (26 gennaio 2007) sia alla data fissata per la presentazione delle domande di partecipazione (6 marzo 2007). Si sottolinea, poi, che il periodo transitorio di cui trattasi è stato successivamente prorogato al 5 gennaio 2009. Anche per la Mario Controinteressata, infine, l'art. 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007, entrata in vigore il 1° gennaio 2008, non potrebbe trovare applicazione, *ratione temporis*, alla fattispecie, retta dalle date sopra indicate, e non è correlabile con il divieto di cui all'art. 13 del d.l. n. 233 del 2006.

7.4. Con memoria depositata in data 17 novembre 2009 la ricorrente, richiamando la ratio della normativa invocata, insiste per la fondatezza del motivo in trattazione, ribadisce che il ridetto art. 13 è applicabile alle società "di terzo grado", e sostiene che Archimede 1 e Save sono strumentali alle amministrazioni pubbliche che ne detengono rilevanti frazioni capitarie. Quanto al comma 3 dell'art. 13 osserva che, nella fattispecie, non vi è stato alcuno scorporo di attività.

7.5. La doglianza non risulta meritevole di accoglimento.

7.6. Il divieto invocato dalla ricorrente è rivolto dall'art. 13, comma 1 del d.l. n. 223 del 2006 alle società "a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali": il richiamo del legislatore al capitale sociale ed alla figura della costituzione e della partecipazione evoca la necessità che l'ente locale sia socio, come tale titolare di una partecipazione al capitale sociale.

La tesi ricorsuale contrasta, quindi, innanzitutto, con il dato letterale della disposizione.

Ciò posto, il Collegio non ritiene di accedere (e pur consapevole che l'opposta opzione trova un qualche riscontro giurisprudenziale, come da Tar Sicilia, Palermo, I, 29 aprile 2009, n. 785 e Tar Puglia, Lecce, I, 06 maggio 2009, n. 908) al postulato che la disposizione debba ritenersi estesa alle forme di partecipazione indiretta o mediata, e, indi, anche alle società c.d. di terzo grado, ipotesi qui ricorrente.

Al riguardo, si osserva in via preliminare che recente giurisprudenza del giudice di appello ha chiarito che il carattere eccezionale della disposizione in argomento richiede una stretta interpretazione, che ne fa escludere l'applicazione oltre i casi in essa previsti (C. Stato, V, 7 luglio 2009, n. 4346).

La censura, poi, risulta in contrasto anche con un'interpretazione sistematica e teleologica della norma di riferimento, come sostenuto da tutte le parti resistenti.

Intanto, è significativa la circostanza che il ridetto art. 13, comma 1, diversamente da altre fattispecie normative (tra cui l'art. 90, comma 8 del codice dei contratti), non ha fatto riferimento alle figure del controllo e del collegamento societario ex art. 2359 c.c., locuzione idonea a ricomprendere nello specchio applicativo anche le società di terza generazione.

Inoltre, non può non essere osservato che l'argomentazione più significativa contraria alla tesi ricorsuale si rinviene proprio nel comma 3 dello stesso articolo 13, che evidenzia che l'effettività del divieto di cui al comma 1 è efficacemente assicurata, alla fine del periodo transitorio previsto (e indipendentemente dall'apprezzamento della durata temporale di questo), anche mediante lo "scorporo" delle attività non consentite, ovvero mediante la costituzione di una "separata società", cui riservare le attività rivolte al mercato.

Dunque, deve concludersi, con perspicua giurisprudenza (Tar Liguria, Genova, II, 9 gennaio 2009, n. 39; vedasi anche Tar Molise, I, 18 luglio 2007, n. 628) che “per il legislatore la separatezza delle società operanti sul mercato con soggetti terzi (e dei rispettivi bilanci) rispetto a quelle direttamente partecipate dagli enti locali (e dirette fornitrici di beni e servizi strumentali agli stessi) sembrerebbe costituire - di per sé - una sufficiente garanzia di non distorsione della concorrenza, in quanto il capitale apportato dagli enti locali non affluirebbe direttamente nel capitale di rischio delle imprese operanti in regime di concorrenza.”.

E giacché nessun ente territoriale, come la stessa ricorrente ha del resto implicitamente riconosciuto, figura quale socio della Controinteressata, quest'ultima non può ritenersi soggetta al divieto di cui all'art. 13, comma 1 del d.l. n. 223/2006.

7.7. L'inapplicabilità alla fattispecie del ridetto art. 13, comma 1 si rivela, peraltro, anche sotto un altro profilo, ben messo in luce dalle parti resistenti.

Il chiaro fine della norma di cui trattasi è quello di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori. Le società coinvolte nel divieto sono quelle “....a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività..... nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza...”.

Questa Sezione, esaminando il portato della disposizione, ha chiarito che “possono definirsi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali (per le quali il decreto fa esplicita eccezione) che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività. Seppure infatti tali società strumentali esercitano attività di natura imprenditoriale, ciò che rileva è che siano state costituite per tutelare in via primaria l'interesse e la funzione pubblica dell'amministrazione di riferimento, per la cui soddisfazione è anche



possibile che venga sacrificato l'interesse privato imprenditoriale" (II, 5 giugno 2007, n. 5192, confermata da C. Stato, IV, 5 marzo 2009, n. 946).

Giurisprudenza più recente, sempre in riferimento alle due categorie di società a partecipazione pubblica come sopra delineate, ha ritenuto presupposto necessario ed indefettibile per l'applicazione della norma la strumentalità dei beni e servizi prodotti finalizzati a soddisfare l'esigenza dell'ente pubblico partecipante rinvenibile nelle prime, laddove, invece, quelle del secondo tipo sono state ricondotte a moduli paritetici ove il ruolo degli enti territoriali non si differenzia da quello dell'azionista di una società per azioni. (Tar Valle D'Aosta, I, 20 febbraio 2009, n. 8; 23 aprile 2009, n. 35).

Di tanto preso atto, e anche tenendo conto della sentenza della Corte costituzionale 13 agosto 2008, n. 326 – che distingue “tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza”, riconoscendo che la portata della disposizione attiene non al titolo giuridico in base al quale le società operano, bensì in relazione all'oggetto sociale delle stesse – questo Tribunale ha, molto di recente, ritenuto superato l'orientamento che considerava il divieto introdotto dall'art. 13, comma 1 rivolto in via generale a tutte le società costituite o comunque partecipate da amministrazioni locali, per concludere che deve ormai ritenersi che solo alle società del primo tipo sia applicabile il divieto di operare con enti diversi da quelli di riferimento (Tar Lazio, III-ter, 6 novembre 2009, n. 10891).

Seguendo tale condivisibile orientamento, anche sotto tale ultimo profilo Controinteressata, che ha quale oggetto sociale la gestione, riqualificazione e

valorizzazione di complessi di stazioni e infrastrutture nodali di trasporto, risulta priva dei vincoli della strumentalità e della funzionalità con le amministrazioni indirettamente partecipanti al capitale sociale, e non può, pertanto, essere considerata società produttrice di beni e servizi strumentali ai sensi dell'art. 13, comma 1.

7.8. Nulla muta considerando l'altra disposizione invocata nella censura, ovvero l'art. 3 comma 27 della legge n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008), in forza del quale "Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza".

Da un lato, infatti, essa introduce non una interpretazione autentica dell'art. 13 più volte citato, bensì un autonomo divieto rivolto alle sole amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, onde, per usare le parole del già sopra richiamato precedente genovese, "sarebbe veramente arduo farne discendere, per le società...indirettamente partecipate dagli enti locali, una causa di esclusione dalle pubbliche gare".

Dall'altro, ed in ogni caso, tale norma non è applicabile *ratione temporis* al concorso in esame, essendo entrata in vigore il 1° gennaio 2008 (art. 3, comma 164), ovvero successivamente alla data di pubblicazione del bando di gara (26 gennaio 2007) ed al termine ultimo per la presentazione delle domande di partecipazione (6 marzo 2007).

8. Con il terzo ed il quarto motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione dell'art. 93, comma 1 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione degli art. 29-34 del regolamento edilizio comunale e della lex specialis; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti e carenza di motivazione – violazione e falsa applicazione della normativa antincendio, d.m. 22 febbraio 2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti e carenza di motivazione), che possono formare oggetto di unitaria trattazione, la ricorrente rappresenta che il progetto vincitore:

- non rispetta il regolamento edilizio del Comune di Roma, nella misura in cui prevede una serie di chiostrine o cortili, stretti e profondi, insistenti anche sui locali di lavoro, al fine di permetterne la aerazione e la illuminazione, che forano il corpo principale, ponendosi, così, in contrasto con gli artt. 29, 31, 32 e 33 r.e., ovvero con le disposizioni di cui la stessa amministrazione ha imposto, nella fattispecie, il rispetto, come da lex specialis e risposte ai quesiti nn. 9 e 11 posti in fase di gara. Del resto, si prosegue, l'art. 93 del codice dei contratti impone che la progettazione in materia di lavori pubblici assicuri la conformità alle norme urbanistiche, e ciò sin dalla fase della progettazione preliminare;

- non rispetta la normativa nazionale antincendio, nella parte in cui prevede corridoi ciechi nelle estremità del blocco più importante, di dimensioni (dai 24 ai 36 metri) maggiori di quelle consentite (15 metri).

8.1. Entrambe le censure non hanno pregio.

Al riguardo – ed al di là delle più puntuali osservazioni delle resistenti private – il Collegio conviene con il Comune di Roma quando afferma, da un lato, che le censure sono connotate da una certa genericità, in quanto prive di puntuali riferimenti agli elaborati progettuali cui si riferiscono, e laddove osserva che il livello di approfondimento richiesto nel concorso di progettazione, alla luce dell'art. 99, comma 3 del codice dei contratti, è pari a quello del progetto

preliminare, che richiede di individuare graficamente le sole caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare: di talchè il progetto preliminare non presuppone la stretta osservanza dei vincoli edilizi (distanze dalle luci, normative antincendio, antisismiche, standards igienici...), rimessi al progetto definitivo, diversamente da quanto accade per i vincoli urbanistici (volumi e destinazioni d'uso) il cui rispetto deve essere assicurato sin dalla fase preliminare.

Il Comune di Roma ha anche segnalato che la *lex specialis* non imponeva il rispetto delle n.t.a. e delle ulteriori normative edilizie, che sono state richiamate esclusivamente nelle risposte ai quesiti formulati dagli interessati.

Per il resto si osserva che le ulteriori contestazioni all'elaborato del raggruppamento contro interessato toccano, nella loro genericità, le valutazioni discrezionali della commissione giudicatrice ed investono quindi il merito delle scelte dalla stessa compiute.

9. Con l'ultima censura, di carattere subordinato (violazione e falsa applicazione dell'art. 84, comma 2 del codice dei contratti), la ricorrente afferma che della commissione di gara, che il legislatore prevede composta da "esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto" non poteva far parte il Capo dell'Avvocatura comunale, nominato, invece, con funzioni di presidente. La ricorrente dimostra, nel prosieguo, come proprio i punteggi assegnati da questi abbiano determinato la posposizione del proprio progetto a quello del vincitore RTP.

Anche tale censura non può condurre agli effetti sperati.

9.1. Deve, in primo luogo, osservarsi che l'ambito di applicazione dell'invocata disposizione è quello dell'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fattispecie che può ritenersi esclusa nel concorso

di progettazione in argomento, alla luce, tra altro, dei parametri di cui al punto IV.3 del bando di gara.

Ma, in ogni caso, il rispetto del requisito della esperienza "nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto" non può essere inteso in senso stretto, come sembra ritenere la ricorrente, dovendo, invece, ritenersi inteso gradatamente e in modo coerente con la poliedricità delle competenze di volta in volta richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, senza esigere che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti i possibili ambiti oggetto di gara (Tar Sardegna, I, 4 giugno 2008, n. 1126; Piemonte, II, 22 maggio 2007, n. 2223).

Il che significa che la Commissione, unitariamente considerata, deve garantire quel grado di conoscenze tecniche richiesto, nella specifica fattispecie, in ossequio al principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

Nel caso concreto, la commissione risulta costituita da soggetti tutti dotati di adeguate competenze per alcuni degli aspetti oggetto di valutazione in sede di gara, essendo stata composta in prevalenza da dirigenti dell'amministrazione (4 su 5), con preponderante presenza di esperti nel campo tecnico-progettuale (4 su 5).

In tale quadro, la contestata nomina risulta, all'evidenza, volta a completare gli apporti professionali tecnici già assicurati con una competenza giuridica prettamente attinente e al regolare svolgimento della procedura ed alla conoscenza della normativa involta dalla selezione.

10. Per quanto precede, il ricorso della Ricorrente deve essere respinto.

11. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando sul contenzioso in epigrafe:

respinge il ricorso incidentale interposto dalla Mario Controinteressata;

respinge il ricorso principale della Ricorrente;

compensa tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.  
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 25 novembre 2009 con  
l'intervento dei Magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Giampiero Lo Presti, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO