



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 la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 684 del 2008, proposto da: Associazione Nazionale Costruttori Edili (Ance) Sezione e imprese COSEDIL, CONSORZIO STABILE CFC, RECOS e CANTIERI RIUNITI, rappresentate e difese dall'avv. Ignazio Scuderi, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, via V. Giuffrida, 37;

contro

Italferr Spa - Gruppo Ferrovie dello Stato, non costituita; Rete Ferroviaria Italiana Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Michele Ali', con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, via Crociferi, 60; Ferrovie dello Stato Spa, non costituita;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del bando di gara, pubblicato, tra l'altro, sul sito internet della ITALFERR Spa (www.italferr.it) il 31 gennaio 2008, relativo all'affidamento mediante procedura aperta da esperirsi ai sensi della Parte Terza del Decreto Legislativo nr. 163/06 e successive modifiche ed integrazioni, dell'appalto integrato avente ad oggetto la "...progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di completamento del raddoppio Catania Ognina – Catania Centrale; tecnologie ed opere civili – lotto costruttivo 02..."; del disciplinare di gara, della documentazione tecnica allegata, della relativa ed ignota delibera di approvazione e indizione della gara, nonché d'ogni altro atto o provvedimento precedente o successivo, comunque presupposto connesso e/conseguenziale, ed allo stato non conosciuto (compresi,

ove esistenti, tutti gli atti e provvedimenti anche di natura istruttoria con cui si fosse proceduto alla stima dell'importo dell'appalto integrato ed al computo della base d'asta della gara, ovvero si fossero sottoposti a verifica e/o approvazione il progetto preliminare e/o quello definitivo, sotto il profilo della congruità dei prezzi utilizzati per il computo della base d'asta);

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Italferr Spa - Gruppo Ferrovie dello Stato;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20/11/2008 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Ricorrono l'Associazione Nazionale Costruttori edili di Catania e le imprese COSEDIL, CONSORZIO STABILE CFC, RECOS e CANTIERI RIUNITI, che impugnano il bando della procedura di gara indetta da ITALFERR, in nome e per conto di RETE FERROVIARIA ITALIANA (RFI), per l'affidamento dell'appalto integrato relativo alla "progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di completamento del raddoppio Catania Ognina - Catania Centrale; tecnologie ed opere civili – lotto costruttivo 02", lamentando l'illegittimità della gara per omesso aggiornamento dei prezzi posti a base d'asta e conseguente "violazione degli artt. 29, 53, 89, 93 e 133 del Dlgs 163/06, violazione e/o falsa applicazione degli artt. da 15 a 34 del DPR 554/99 – violazione dei principi di concorrenza e massima partecipazione – violazione degli artt. 1 e 3 della l. 241/90 e 97 della Costituzione – eccesso di potere per carenza assoluta di istruttoria, di presupposti, illogicità, contraddittorietà manifesta, difetto di motivazione".

Secondo le parti ricorrenti, infatti, l'elenco prezzi relativo all'opera oggetto di gara, pur essendo stata quest'ultima indetta nel 2008, sarebbe risalente ad un periodo di

tempo compreso tra il 2001 ed il 1992, con conseguente impossibilità di poter formulare offerte effettivamente remunerative da parte delle imprese del settore.

Costituitasi, RFI ha contestato il ricorso avversario, chiedendone il rigetto per inammissibilità ed infondatezza; contestualmente ha proposto regolamento di competenza, indicando il TAR del Lazio quale organo territorialmente competente a conoscere della lite.

Alla Camera di consiglio dell' 8 maggio 2008 il Tribunale ha trattenuto in decisione contestualmente la domanda cautelare proposta dalle parti ricorrenti ed il regolamento di competenza proposto dalla Amministrazione resistente.

Con sentenza nr. 938/2008, depositata il 20.05.2008, è stato respinto il ricorso per regolamento di competenza, perché manifestamente infondato, ed è stata accolta la domanda cautelare, disponendo la sospensione degli effetti degli atti impugnati e fissando l'udienza pubblica per il prosieguo del giudizio nel merito.

Alla pubblica udienza del 20 novembre 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

I) Preliminarmente va esaminata la sussistenza della legittimazione a ricorrere di ANCE.

Tale legittimazione sussiste in capo alla predetta Associazione di categoria, in quanto, e nei limiti in cui, essa agisce a tutela dell'interesse degli associati, che statutariamente rappresenta (art. 3 dello Statuto prodotto in atti), a che le pubbliche gare si svolgano in regime di effettiva concorrenza, ossia in termini tali da consentire la formulazione di offerte serie ed attendibili, fondate su una concreta remuneratività degli appalti (CGA, 5 settembre 2005, nr. 589 e TAR Palermo, III; 27 dicembre 2007, nr. 3494).

Tale interesse è proprio dell'associazione categoriale, e si sostanzia nella esigenza che gli appalti e le commesse pubbliche, per il loro indubbio rilievo e per il rilevante effetto che la spesa pubblica produce, direttamente ed indirettamente, sul mercato (condizionandolo qualitativamente e quantitativamente), non determinino effetti distorsivi e non vadano così a vantaggio di operatori economici in grado di produrre sotto costo (per il mancato rispetto delle garanzie di qualità nel prodotto e nell'organizzazione del lavoro).

Tale interesse non è contraddetto dalla circostanza che alcune delle imprese associate e, dunque, rappresentate, abbiano partecipato alla gara, perché quest'ultimo aspetto, oltre ad essere meramente contingente, non esclude la sussistenza di un interesse generale della categoria in sé considerata: per sua natura, l'interesse di categoria non equivale, infatti, ad una mera somma di interessi particolari di identico contenuto, dai quali divergerebbe dunque solo quantitativamente, ma si connota per una sua oggettiva ed autonoma utilità che trascende, pur presupponendoli, i singoli interessi e che è data dalla esigenza di tutela delle condizioni e delle regole generali del mercato di riferimento.

II) La legittimazione a ricorrere sussiste anche in capo alle imprese ricorrenti che non hanno partecipato alla gara, perché ciò di cui esse si dolgono, ossia la circostanza che i prezzi posti a base d'asta non sarebbero aggiornati, è proprio quello specifico fattore impeditivo della partecipazione all'appalto che le ha escluse dalla competizione (TAR Catania, II, 29 gennaio 2002, nr. 148; cfr. anche sez. III, 22 giugno 2007, nr. 1086 e Consiglio di Stato, V, 23 maggio 2000, nr. 2990).

A tale proposito, non rileva che le imprese abbiano o meno dimostrato il possesso dei requisiti per la partecipazione alla procedura di gara, perché ciò non è dirimente, sussistendo strumenti di legge che consentono di cumulare i requisiti necessari (associazione tra imprese, avvalimento e così via).

III) Poiché è proseguita la procedura di gara, conseguentemente all'accoglimento dell'appello di RFI avverso l'ordinanza cautelare di primo grado, il Tribunale deve esaminare la attuale sussistenza dell'interesse al ricorso in capo alle ricorrenti.

Tale interesse sussiste anche in presenza di una eventuale aggiudicazione, perché essendo rivolto il gravame avverso il bando nelle sue componenti afferenti la determinazione dei prezzi di gara, l'eventuale accoglimento del ricorso determinerà automaticamente la caducazione di tutti gli atti successivi, compresi l'aggiudicazione ed il contratto (ex plurimis, cfr. TAR Lazio Latina, I, 7 gennaio 2008, nr. 6; TAR Abruzzo, Pescara, I, 20 ottobre 2007, nr. 833).

IV) Nel merito del ricorso, il Tribunale ha già affermato più volte la necessità che le procedure di gara siano poste in essere sulla base di prezziari aggiornati, con valori economici coerenti con l'attuale andamento del mercato, a pena di intuibili carenze di effettività delle offerte e di efficacia dell'azione della Pubblica Amministrazione, oltre che di sensibili alterazioni della concorrenza tra imprese, essendo penalizzate dai prezzi non aggiornati soprattutto le imprese più competitive, perché sopportano i maggiori oneri per l'aggiornamento dei costi del lavoro, per l'investimento, la formazione e così via (TAR Catania, I, 9 settembre 2008, nr. 1648 e giurisprudenza ivi richiamata; cfr. anche la sentenza pronunciata nel presente ricorso, nr. 938/2008).

Secondo la tesi della parte resistente, nel caso in esame, ITALFERR avrebbe applicato prezzi aggiornati, in relazione ai riscontri economici monitorati nel corso degli ultimi anni, mediante specifiche percentuali medie di incremento e, per le voci non riconducibili alle tariffe FS (a loro volta, indicate solo come riferimento), sarebbero state effettuate apposite analisi di mercato, come è prassi per la predetta ITALFERR che provvederebbe a tale scopo gara per gara. Nel merito, la difesa di parte resistente indica in apposita tabella i valori di incremento delle principali categorie di prezzi, distinte in opere civili (aumento percentuale del 12,30%), impianti tecnologici (aumento percentuale del 6,68%), armamento (aumento percentuale del 26.01%). In diritto, la difesa di parte resistente sostiene, poi, che il richiamo di parte ricorrente alle norme di cui agli artt. 89 e 133 del Dlgs n. 163/2006 non sarebbe pertinente, perché tali disposizioni non troverebbero applicazione al settore degli appalti nei trasporti che è specificatamente disciplinato dalla parte III del dlgs 163/2006 (artt. 206-246), che non richiama, in quanto applicabili, le disposizioni che parte ricorrente assume violate.

V) Sebbene puntualmente articolate, le deduzioni difensive dell'Amministrazione resistente non trovano la condivisione del Collegio.

Giova a tale proposito rammentare che l'obbligo di assicurare nei pubblici incanti l'effettivo adeguamento dei prezzi ai valori di mercato correnti, non è un mero elemento di legittimità della procedura di gara, ma è una sostanziale condizione di efficacia e di efficienza dell'azione amministrativa che trae fondamento dall'art. 97 della Costituzione, in quanto attiene a principi di ordine generale che è opportuno evidenziare accuratamente.

In un contesto nazionale nel quale la spesa pubblica per infrastrutture realizza direttamente una quota rilevante del PIL e condiziona indirettamente una quantità ancora più ampia di mercato, l'adeguamento dei prezzi rappresenta non solo la condizione per l'effettività e per la serietà dell'offerta e, quindi, per la conseguente sostenibilità dell'aggiudicazione dell'appalto (tanto che l'art. 89 nel codice è collocato, sistematicamente, dopo l'art. 87 ed 88 che disciplinano il giudizio di anomalia delle offerte), ma è la condizione, al contempo, a che le imprese possano concorrere liberamente ed effettivamente tra di loro ed a che la spesa pubblica possa produrre durevolmente i propri effetti espansivi della domanda e degli investimenti.

Come già affermato dal Tribunale, infatti, sono le imprese più concorrenziali a subire l'effetto di prezzi non aggiornati, perché sopportano i costi di una adeguata organizzazione del lavoro e competitività del sistema produttivo (sent. nr. 1648/08 cit.): conseguentemente, una politica di prezzi non adeguati nel settore delle opere pubbliche, sia di quelle strategiche, come pure di quelle di minore impatto economico, o di quelle appartenenti ai settori speciali (nell'ambito dei quali rientrano investimenti di particolare rilievo infrastrutturale) scoraggia gli investimenti delle imprese nel proprio sistema produttivo e rallenta le corrette dinamiche del rapporto di lavoro e del relativo mercato, incidendo così restrittivamente su due componenti di rilievo nella produzione dell'aumento di domanda e di investimenti, con conseguente rallentamento dell'effetto espansivo della spesa pubblica.

Tali considerazioni, inerenti, quindi, sia le condizioni di serietà dell'offerta nel sistema degli appalti pubblici, che le interrelazioni tra gli appalti, la concorrenza ed il mercato, servono a dimostrare come l'istituto dell'adeguamento dei prezzi delle opere pubbliche è rivolto a tutelare interessi pubblici generali.

Ciò premesso, appare evidente, dunque, che le tesi delle ricorrenti sono fondate e determinano l'accoglimento del gravame.

Invero, in punto di diritto, è principio non seriamente discutibile della normativa del settore dei pubblici appalti che i prezzari vadano aggiornati con procedure amministrative tipiche, ossia specifiche, non surrogabili in via di fatto con analisi endo-amministrative non rese nelle pubbliche forme, aventi a loro volta rilevanza di pubblico interesse: l'aggiornamento dei prezzari è procedimentalizzato perché serve a rendere di pubblica fede e conoscibile da parte della generalità dei terzi e del mercato che l'Amministrazione appaltante ha utilizzato per la base d'asta valori competitivi, ciò allo scopo di consentire la massima partecipazione possibile alla procedura di gara, e di tutelare l'affidamento delle imprese alla serietà della proposta al pubblico di progetto e di contratto che la base d'asta implica.

In tal senso, dunque, non vale sostenere che i prezzi siano aggiornati "ex se", come vorrebbe la difesa di parte resistente, perché ciò, quantomeno, è recessivo di fronte alla necessità che dell'adeguamento sia data pubblica fede tramite le apposite procedure di revisione dei prezzari disciplinate dalla legge.

Tale principio è sancito nella legislazione regionale dagli artt. 18 bis e 18 ter della legge 109/94, come recepita e vigente in Sicilia a mente della L.R. 21 agosto 2007, nr. 20 (che trovano applicazione anche agli appalti di opere pubbliche nel settore dei trasporti a mente dell'art. 2 comma 2 e 3, l. 109/94 citata), secondo cui il prezzario regionale è aggiornato annualmente e, nel caso in cui ciò non accada, le Amministrazioni appaltanti aggiornano esse stesse l'ultimo prezzario vigente a meno di una motivata determinazione del responsabile del procedimento che ne escluda la necessità, rilevando (quindi con atto e motivazione espressi) l'assenza di significative variazioni economiche dei prezzi.

Come è evidente, le norme regionali appena esaminate costituiscono, nello specifico settore dei lavori pubblici, l'equivalente normativo dell'art. 89 (che, al comma 4, fa salve le potestà legislative regionali in materia di adeguamento dei prezzari, costituendo per esse norma di principio) e dell'art. 133 comma 8 del Dlgs 163/06, con il che perde di rilievo la eccezione difensiva di RFI, secondo cui queste ultime norme non troverebbero diretta applicazione nella materia in esame,

essendo l'appalto oggetto di bando sottoposto alla normativa di cui alla parte III del Codice degli Appalti.

Peraltro, osserva il Collegio che questa ultima tesi difensiva di parte resistente, non può neppure trovare accoglimento perché la parte III del Codice, relativamente al settore dei trasporti, disciplina, a mente dell'art. 210 (e coerentemente con le esigenze di protezione rappresentate dalla direttiva 17/2004, per le quali si veda oltre), i soli "servizi" di trasporto, ossia gli appalti relativi alla "messa a disposizione" o alla "gestione" di "reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario": pertanto, l'appalto di lavori per la costruzione o ampliamento di una linea ferroviaria resta interamente soggetto alle norme della parte II del Codice dei Contratti.

A tale proposito, va precisato che le esclusioni della normativa della parte seconda del Codice dalla disciplina degli appalti speciali, disposta dall'art. 31, salve le deroghe di cui al successivo art. 206 del dlgs 163/01, sono giustificate dalla particolare natura degli operatori che agiscono nei settori speciali: si tratta, infatti, di enti ed organismi, organizzati per lo più, ma non esclusivamente, in forma di impresa, che sono direttamente o indirettamente correlati con l'apparato pubblico (che può influenzarne il comportamento in vari modi: cfr. il "considerando" nr. 2 della Direttiva nr. 2004/17) ed agiscono in mercati chiusi, ossia non pienamente concorrenziali, attesa la natura delle loro attività che è riconducibile ad interessi generali.

Il fine della disciplina è dunque quello di assicurare i necessari livelli di flessibilità ed, al contempo, promuovere l'apertura alla concorrenza ed alla liberalizzazione nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti, e dei servizi postali (cfr. i "considerando" nr. 9 e 10 della Direttiva 2004/17).

Alla luce di tali esigenze di protezione e tutela, la normativa di cui alla parte III del Codice va dunque applicata alle sole fattispecie in cui effettivamente gli operatori economici agiscono nel perseguimento dei rispettivi fini di interesse generale, secondo l'analisi di rilevanza che già il legislatore ha fissato nelle norme contenute nella predetta parte terza e che, quindi, integrano la previsione generale degli artt. 31 e 206, condizionandone l'applicazione entro precisi limiti oggettivi.

A mero scopo di completamento dell'analisi appena esposta, si deve comunque osservare che la disciplina dell'istituto dell'aggiornamento dei prezziari che sancisce

l'obbligo di porre a base d'asta listini aggiornati e quindi realmente competitivi, non può comunque non trovare applicazione ai settori speciali: e ciò sia ex art. 27 del Dlgs 163/06, in quanto principio generale di imparzialità e concorrenza, sia, più radicalmente, in quanto essa è parte integrante della disciplina dell'anomalia dell'offerta, a sua volta espressamente applicabile agli appalti della parte III (in quanto l'art. 206 cit. richiama espressamente gli artt. 86, 87 ed 88 del Codice) posto che, logicamente, se i prezzi a base d'asta non sono corrispondenti all'effettivo andamento attuale del mercato, non è possibile alcun giudizio serio ed efficace sulla congruità dell'offerta, ai fini della sostenibilità economica dell'appalto.

Quindi, siccome il principio dell'aggiornamento dei prezziari, non collide in alcun modo con le speciali esigenze di tutela che l'art. 31 e l'art. 206 cit. presuppongono, consentendo, al contrario, di operare adeguatamente al fine del raggiungimento degli obiettivi di integrazione nel mercato posti dalla direttiva 17/2004, non sussistono ragioni per negarne l'applicazione nello speciale regime di cui alla parte III del Codice, ed il mancato richiamo della norma da parte dell'art. 206 più volte citato va ritenuto, con ogni probabilità, come il frutto di un errore di coordinamento del legislatore.

Consegue a quanto sopra, pertanto, che il ricorso è fondato e come tale va accolto disponendo l'annullamento degli atti e dei provvedimenti impugnati e, conseguenzialmente, di quelli che da essi dipendono a titolo di derivazione procedimentale necessaria.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in euro 3.000,00 oltre IVA, CPA e importo delle notifiche e del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia –Sezione staccata di Catania PRIMA SEZIONE, ACCOGLIE il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti ed i provvedimenti impugnati.

Condanna la parte resistente alle spese e competenze di giudizio che liquida in euro 3.000,00 oltre IVA, CPA e importo delle notifiche e del contributo unificato.

La presente sentenza sarà eseguita dalla Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria che provvederà a darne comunicazione alle parti.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 20/11/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Rosalia Messina, Presidente FF

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere

Salvatore Gatto Costantino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/12/2008

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

IL SEGRETARIO