



REPUBBLICA ITALIANA

Sent. n.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

R.G. 11684/99

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

- Sezione Terza Ter -

composto dai signori magistrati:

| | |
|--------------------------|-----------------------|
| Dott. Francesco Corsaro | Presidente |
| Dott. Stefania Santoleri | Consigliere, relatore |
| Dott. Giulia Ferrari | Consigliere |

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. **11684/99**, proposto da **I.R.T. S.p.A.** in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv. Filippo Satta e Rizzardo del Giudice ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo sito in Roma, Via G. P. da Palestrina n. 47.

contro

ITALFERR S.p.A. in persona del legale rappresentante p.t.,
FERROVIE DELLO STATO Società di Trasporti e Servizi S.p.A. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Francesco Saverio Mussari ed elettivamente domiciliato presso il suo studio sito in Roma Lungotevere dei Mellini n. 24

e nei confronti della

SIRTI S.p.A. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Prof. Andrea Guarino ed elettivamente domiciliata presso il suo studio sito in Roma, Piazza Borghese n. 3

per l'annullamento

- della determinazione comunicata con nota 14/6/99 con cui Italferr ha escluso, a norma dell'art. 25 D.L. 158/95, l'offerta presentata da IRT nella gara per la fornitura e posa in opera di cavi TLV sulla linea ferroviaria Venezia-Pontebba e Udine-Monfalcone;
- dell'aggiudicazione della predetta gara a SIRTI S.p.A., resa nota per estratto nel quotidiano Il Sole 24 Ore del 7/7/99;
- di ogni determinazione presupposta, connessa e conseguente con particolare (ma non esclusivo) riguardo ai verbali delle operazioni di gara ed alla valutazione dell'offerta IRT S.p.A., determinazioni oggi non conosciute e nei confronti delle quali si formula riserva di motivi aggiunti;
- nonché, in parte qua, dell'avviso di gara a procedura ristretta pubblicato in G.U.C.E. n. S 105 del 3/6/98 e successiva lettera di invito 9/2/99 A.AA/273.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione resistente;

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

Visti i motivi aggiunti;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 25 maggio 2006 la Dott.ssa Stefania Santoleri, e uditi, altresì, l'Avv. Cristiana Fedeli su delega dell'Avv. Satta per la parte ricorrente, l'Avv. Mussari per Ferrovie dello Stato S.p.A. e l'Avv. Luca Iera su delega dell'Avv. Guarino per la controinteressata SIRTI S.p.A.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

ESPOSIZIONE IN FATTO.

Con avviso pubblicato sulla G.U.C.E. n. 105/98 ITALFERR, in nome e per conto di FS, ha dato notizia di una procedura ristretta se sette distinti appalti per l'esecuzione di impianti di cavi per telecomunicazione su sette diverse linee ferroviarie.

La lex specialis di gara, per quanto di interesse, prevedeva che l'offerta doveva concretizzarsi in un ribasso percentuale unico ed applicabile a tutti i prezzi posti a base di gara, che l'offerta avrebbe dovuto essere corredata da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo indicate nell'allegato n. 6 rappresentanti il 75% dell'importo dell'appalto, che per le offerte anormalmente basse si sarebbe fatto riferimento all'art. 25 del D.Lgs. 158/95, e che le offerte da sottoporre a verifica in contraddittorio sarebbero state individuate in base al criterio fissato dal D.M. LL.PP. del 18/12/97.

La ricorrente ha partecipato a cinque delle sette gare indette, e più precisamente alle seguenti gare:

P.A. 152 (linea Roma-Pisa) offrendo un ribasso del 41,77%

P.A. 154 (linea Venezia-Pontebba e Udine-Monfalcone gara di cui trattasi) con ribasso del 32,12%

P.A. 153 (Bacino Veneto e nodo Venezia) offendo un con ribasso del 30,75%

P.A. 150 (linea Pescara-Bari) con ribasso del 25,17%

P.A. 151 (linea Genova-Pisa) con ribasso dello 0,29%.

E' risultata aggiudicataria della gara 152 (Roma-Pisa) ed è stata esclusa per anomalia dell'offerta dalle gare 154 e 150.

Ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara 154 (linea Venezia-Pontebba e Udine-Monfalcone) ed il successivo provvedimento di aggiudicazione della gara alla controinteressata deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione di legge con riguardo agli art. 25 D.Lgs. 158/95, art. 30.5 Direttiva CEE 14/6/93 n. 38/93; Eccesso di potere per carenza di presupposto; Illegittimità e contraddittorietà grave e manifesta.

Sostiene la ricorrente che ITALFERR non avrebbe potuto prevedere il ricorso al sistema automatico di determinazione della soglia di anomalia previsto dal D.M. 18/12/97, in quanto nei settori esclusi il giudizio di anomalia dovrebbe essere pronunciato dal committente con specifico riferimento alla prestazione richiesta.

2) Violazione, sotto altro profilo, dell'art. 25 D.Lgs. 158/95, eccesso di potere nei profili sintomatici dello sviamento, della contraddittorietà ed illogicità grave, del travisamento.

Sostiene la ricorrente che ITALFERR non avrebbe valutato la sua offerta nell'interezza, ma soltanto il 75% delle voci di prezzo costituenti le categorie previste dall'appalto: di qui la violazione dell'art. 25 del D.Lgs. 158/95.

3) Violazione, sotto altro profilo, dell'art. 25 c. 1 del D.Lgs. 158/95; art. 34 V° comma Direttiva CEE n. 93/38; art. 3 L. 241/90; Eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà ed illogicità grave e manifesta, travisamento del presupposto, carenza di istruttoria.

Deduce la ricorrente che ITALFERR, una volta ricostruiti i prezzi unitari posti a base dell'offerta IRT, anziché valutare la congruità di detti prezzi rispetto alle condizioni di mercato, si sarebbe limitata a svolgere un esame comparativo con i prezzi offerti dalla SIRTI.

Avrebbe poi concluso ritenendo attendibile l'offerta della SIRTI, ma non quella della IRT comportando – a suo dire - un effettivo ribasso del 44,37% in luogo del 32,12% indicato nell'offerta.

Contesta, quindi, specificatamente le conclusioni della committente in ordine al giudizio di anomalia della propria offerta.

4) Violazione, sotto altro profilo, dell'art. 25 c. 1 D.Lgs. 158/95; Violazione degli artt. 3, 7 e 8 L. 241/90; Eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione, ingiustizia manifesta e carenza di contraddittorio.

Sostiene poi la ricorrente che il giudizio di anomalia sarebbe insufficientemente motivato.

5) Violazione sotto altro profilo, dell'art. 25 D.Lgs. 158/95; Eccesso di potere per contraddittorietà con precedente determinazione, sviamento.

Il giudizio di anomalia si porrebbe in grave contraddizione con l'avvenuta aggiudicazione dell'appalto a favore della ricorrente nella gara relativa alla linea Roma-Pisa, analoga a quella in questione, nella quale sarebbe stato ritenuto del tutto congruo un ribasso del 41,77% maggiore di quello proposto nella gara di cui trattasi.

Insiste quindi la ricorrente per l'accoglimento del ricorso.

Con successivi motivi aggiunti notificati il 5-8/11/99 la ricorrente ha proposto ulteriori censure con riferimento ad atti endoprocedimentali, deducendo, in particolare, la violazione dell'art. 25 del D.Lgs. 158/95, 30.5 della Direttiva CEE 38/93, l'incompetenza, la violazione dell'obbligo di segretezza ed imparzialità nelle operazioni di gara (primo motivo aggiunto). Ha poi dedotto l'ulteriore censura di violazione dell'art. 25 del D.Lgs. 158/95, 30.5 della Direttiva CEE 38/93, l'eccesso di potere per carenza e travisamento nell'attività istruttoria e la carenza assoluta di motivazione (secondo motivo aggiunto), la censura di violazione di legge in relazione al mancato rispetto del principio di continuità delle operazioni di gara (terzo motivo).

Con il quarto motivo aggiunto ha dedotto l'illegittimità del provvedimento di esclusione per vizio indotto dalla irregolare costituzione della Commissione di gara nella seduta del 7/5/99 e l'eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà grave e manifesta, mentre con il quinto motivo aggiunto ha dedotto la violazione di legge con riferimento all'art. 25 D.lgs. 158/95, l'eccesso di potere per illogicità grave e manifesta, la carenza di istruttoria e lo sviamento.

Ha quindi concluso insistendo per l'accoglimento del ricorso.

Si sono costituiti in giudizio sia Ferrovie dello Stato – Società di Trasporti e Servizi per Azioni -, sia la controinteressata SIRTI S.p.A.; entrambe hanno eccepito, in via preliminare, la tardività del ricorso ritenendo applicabile alla fattispecie la disposizione dell'art. 19 del D.L. 5/3/97 n. 67, convertito

in L. 135/97 che prevede la dimidiazione dei termini per la proposizione del ricorso.

Hanno poi chiesto comunque la reiezione nel merito per infondatezza.

Con ordinanza n. 1585/99 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare proposta dalla ricorrente.

Con ordinanza n. 65/00 il Consiglio di Stato, Sez. VI, ha rigettato l'appello proposto dalla IRT, confermando il diniego di concessione della misura cautelare.

All'udienza pubblica del 25 maggio 2006, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO.

Preliminarmente ritiene il Collegio di dover esaminare l'eccezione di tardività del ricorso, in applicazione dell'art. 19 comma 1 del D.L. 5/3/97 n. 67, convertito in L. 135/97 (vigente al momento della proposizione del ricorso ed ora abrogato dall'art. 4 della L. 205/00) proposta da parte resistente e controinteressata.

Occorre premettere che il provvedimento di esclusione è stato comunicato alla IRT S.p.A. con nota del 14/6/99, indirizzata presso la sede indicata nell'offerta.

Detto provvedimento è stato ricevuto dalla ricorrente quantomeno prima del 24/6/99, data nella quale la IRT ha chiesto ad ITALFERR chiarimenti in ordine al provvedimento di esclusione comunicatole in precedenza.

Il ricorso introduttivo è stato notificato il 6/8/99, ben oltre il termine dimidiato previsto dall'art. 19 della L. 135/99.

Si tratta quindi di accertare se nella fattispecie in questione si applichi o meno il termine dimidiato, e quindi quale sia l'oggetto dell'appalto, atteso che la norma dell'art. 19 della L. 135/97 all'epoca vigente, non si applicava a qualunque tipo di gara.

La ricorrente ha più volte qualificato nel ricorso l'appalto in questione come "appalto di fornitura" ritenendolo, quindi, implicitamente sottratto alla previsione dell'art. 19 della L. 135/97 che, come è noto, non era ad esso applicabile (Cons. Stato Sez. VI 3/12/98 n. 1648; Cons. Stato Sez. V 14/10/98 n. 1473).

Le controparti hanno invece sostenuto che l'oggetto del presente appalto non fosse la mera fornitura ed installazione dei cavi di telecomunicazioni, trattandosi di appalto relativo all'impianto di telecomunicazione a servizio della linea ferroviaria, assimilabile, quindi, all'appalto di lavori, e come tale soggetto alla dimidiazione dei termini.

Per poter risolvere la questione relativa alla normativa applicabile, occorre procedere alla qualificazione dell'appalto.

Da tempo gli operatori del diritto si sono posti il problema del discrimine tra appalto di fornitura ed appalto di lavori, problema che si pone quando la fornitura non si limita alla sola dazione di beni, ma comporta anche la loro messa in opera.

La normativa vigente non pone un sicuro criterio di discrimine, in quanto la normativa comunitaria non conosce la fornitura con posa in opera, considerandola appalto di lavori, mentre la normativa italiana ammette la possibilità che gli appalti di fornitura comportino "anche i lavori di posa in opera e installazione" (art. 7 comma 1 lett. b), con la precisazione, però, che

secondo l'art. 2 della L. 109/94, come modificato dalla L. 216/95, gli "impianti" rientrano nella categoria degli appalti di lavori.

La distinzione deve essere quindi delineata facendo uso dei comuni strumenti di interpretazione.

Tradizionalmente si suole distinguere tra le due figure facendo riferimento alla causa dei contratti, non essendovi nel nostro ordinamento una specifica definizione del concetto di fornitura.

Generalmente quando l'interprete, facendo ricorso alle norme sull'interpretazione dei contratti, accerta che la causa prevalente del contratto sia assimilabile a quella della compravendita, qualifica la figura come appalto di fornitura; quando invece accerta che la causa prevalente sia riconducibile alla produzione di un *opus* da parte dell'appaltatore - e quindi venga in rilievo la causa tipica dell'appalto - ritiene che si tratti di appalto di lavori.

Nella fattispecie, occorre quindi interpretare gli atti di gara per accertare quale sia l'oggetto dell'appalto, verificando se si tratti di lavori per l'impianto di cavi di telecomunicazione, ovvero se si tratti di fornitura di cavi e loro successiva messa in opera.

E' necessario quindi analizzare compiutamente l'avviso di gara, la lettera di invito e lo schema di contratto per accertare quale sia la causa del contratto.

Dalla disamina dell'avviso di gara emerge chiaramente, facendo ricorso alla semplice interpretazione letterale, che secondo la stazione appaltante l'oggetto dell'appalto sia costituito da "lavori", e ciò sia perché la natura dell'appalto è espressamente definita come tale, sia perché la tipologia dell'appalto è individuata come "impianto di cavi per telecomunicazioni

principali in rame e in fibra ottica e di sistemi trasmissivi in tecnica P.C.M. e collegamento in Ponte Radio in più linee della rete ferroviaria”.

Nella successiva descrizione dell'attività oggetto di appalto, si precisa poi che si tratta della realizzazione dell'impianto di telecomunicazioni da eseguirsi sulle linee ferroviarie, e che quindi, la prestazione dedotta nel contratto non è assimilabile a quella della semplice fornitura di beni (i cavi di telecomunicazioni), ma si connota per essere diretta alla realizzazione di impianti di telecomunicazione (da eseguirsi utilizzando cavi di telecomunicazione forniti dell'aggiudicatario).

Inoltre, come ha correttamente rilevato la difesa di F.S., ulteriori indizi in questo senso si possono desumere, oltre che dalla denominazione data al rapporto, anche dalla richiesta di iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori per categorie di lavoro corrispondenti all'opera richiesta, e dal riferimento puntuale alle direttive CEE e ai loro moduli procedurali relativi agli appalti di lavori.

L'analisi dello schema di contratto conferma ancora più chiaramente che la causa del contratto in questione è certamente assimilabile a quella propria dell'appalto (e cioè lo scambio tra un *opus* ed una controprestazione) – trattandosi di lavori per l'impianto di cavi di telecomunicazioni a servizio della linea ferroviaria – e giammai che possa essere assimilata a quella propria del contratto di compravendita, (e cioè allo scambio tra cosa e prezzo), in quanto la funzione economico–sociale del contratto è quella di conseguire un impianto a servizio della rete ferroviaria, e non quello di ottenere dei beni (i cavi) e di installarli, essendo richiesto all'aggiudicatario non soltanto di provvedere alla fornitura e messa in opera dei cavi, ma

soprattutto di realizzare un impianto funzionante di telecomunicazione, elemento questo che attiene specificatamente alla tipica causa del contratto civilistico di appalto, e che si rinviene per l'appunto, nell'ambito del pubblico appalto di lavori.

Ne consegue che, rientrando la gara in questione nel novero degli appalti di lavori, era ad essa applicabile la disposizione dell'art. 19 del D.L. 67/97, conv. in L. 135/97, con la conseguenza che il provvedimento di aggiudicazione avrebbe dovuto essere impugnato entro il termine dimidiato di 30 giorni.

Poiché il ricorso è stato proposto oltre detto termine, deve essere dichiarato irricevibile.

Quanto alle spese di lite, attesa la complessità della questione, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio- Sezione Terza Ter-

dichiara irricevibile

il ricorso in epigrafe indicato.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 25 maggio 2006.

Francesco Corsaro

PRESIDENTE

Stefania Santoleri

ESTENSORE