

REPUBBLICA ITALIANA N.3745/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N.3818 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

### **DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 3818/2008, proposto da:

- Ditta individuale Cassalia Domenico, Impresa Magazzile Rocco Antonio, Di.Bi. Costruzioni, Nardoni Lavori s.r.l. e SIAM Sud s.r.l., tutte in persona dei rispettivi rappresentanti legali in carica, tutte rappresentate e difese dall'avv. Luigi Nilo ed elettivamente domiciliate presso lo studio del dott. Alfredo Placidi, in via Cosseria n. 2, Roma, appellanti;

#### **contro**

- la Provincia di Taranto, in persona del presidente della Giunta provinciale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Caricato ed elettivamente domiciliato presso lo studio del medesimo, in Via Silla n.97, Roma, appellata;

#### **e con l'intervento ad opponendum di**

- Brindisi Ponteggi s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Quinto ed elettivamente domiciliata presso lo studio del dott. Alfredo Placidi, in via Cosseria n. 2, Roma, intervenitore ad opponendum;

#### **per l'annullamento e/o la riforma, previa sospensione dell'efficacia,**

della sentenza breve del T.a.r. Puglia, Lecce, sezione II, n. 4502/2007, resa tra le parti e concernente la procedura di gara con avviso di pubblico incanto indetta dalla Provincia di Taranto, settore appalti e contratti, per l'appalto di costruzione del Liceo scientifico "De Ruggeri" di Massafra Cup D74H000024003- GIG 008956EB5, per un importo a base d'asta di € 4.908.420,08, di cui € 4.734.720,08 per lavori soggetti a ribasso ed € 173.700,00 per oneri di sicurezza non suscettibili di ribasso; tutti gli atti presupposti, ancorché ignoti, in quanto lesivi, con specifico riguardo alla deliberazione di indizione e quella di approvazione dei prezzi da porsi a base di gara; nonché richieste risarcitorie.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati.

Visti l'atto di costituzione in giudizio ed appello incidentale e la memoria difensiva dell'appellata Provincia di Taranto.

Visto l'atto d'intervento ad opponendum della Brindisi Ponteggi s.r.l..

Visti gli atti tutti della causa.

Relatore, alla pubblica udienza del 17 febbraio 2009, il Consigliere Aldo SCOLA.

Uditi, per le parti, gli avv.ti Luigi Nilo, Angelo Clarizia, per delega di Francesco Caricato, e Pietro Quinto.

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

### **F A T T O**

Le attuali appellanti impugnavano (censurando la congruità dei prezzi posti a base della gara) quanto in epigrafe dinanzi al T.a.r. di Lecce per: violazione degli artt. 89, legge n. 327/2000, e 133, d.lgs. n. 163/2006, nonché degli artt. 34, 43 e 44, d.P.R. n. 554/1999, e dell'art. 13, legge reg. n. 13/2001, anche in riferimento all'art. 97, Cost., e dei principi

generali in materia di gare pubbliche e di correttezza nell'ambito della gestione della p.a., nonché in materia di trattative commerciali; eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, carente istruttoria, ingiustizia manifesta e sviamento di potere; illegittimità derivata dall'illegittimità dell'eventuale prezzario.

La Provincia di Taranto, costituitasi in giudizio, oltre ad eccepire l'inammissibilità del gravame, ne chiedeva il rigetto, in base alle seguenti considerazioni:

a) nel caso di specie, la p.a., dopo l'originaria approvazione del progetto a base della gara, aveva verificato la persistente congruità dei prezzi considerati in sede di elaborazione del computo metrico estimativo;

b) inoltre, anche a voler ritenere necessario l'aggiornamento dei prezzi ai sensi della legge reg. Puglia n. 13/2001, in sede di adozione dell'ultimo prezzario regionale vigente (delib. G.r. n. 108 del 6.2.2006), la regione aveva specificato che i nuovi prezzi non si applicano ai progetti esecutivi approvati prima dell'entrata in vigore del prezzario 2006; poiché nel caso di specie il progetto esecutivo (al quale, ai sensi dell'art. 16, comma 5, legge n. 109/1994, doveva essere allegato l'elenco dei prezzi) era stato approvato sul finire del 2005, non operava il prezzario 2006;

c) nel merito, infine, con una relazione tecnica di parte, venivano contestati i calcoli effettuati dalle ricorrenti (da cui risultava uno scostamento pari a circa il 38% fra i prezzi risultanti dal progetto e quelli attualmente vigenti) e si sosteneva che, al più, lo scostamento fosse pari al 7%;

Il Tribunale di prime cure aveva innanzitutto ritenuto ammissibile il ricorso, proposto da imprese che non avevano presentato domanda di partecipazione alla gara, sul presupposto che l'eccezione di inammissibilità, formulata dall'amministrazione resistente "...che pure trova un appiglio in una parte della giurisprudenza formatasi in subiecta materia, la quale afferma che l'impresa che contesti la legittimità di un bando di gara deve comunque presentare domanda di partecipazione, al fine di conservare un interesse ad agire, a giudizio del Collegio non è da condividere. In effetti, laddove si sia in presenza di una clausola c.d. escludente (nel senso chiarito dall'ormai celebre decisione n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria), l'onere di presentare la domanda di partecipazione (domanda che, in presenza di una clausola di tal fatta, è destinata inesorabilmente ad essere esclusa) costituisce un inutile aggravio a carico dell'impresa. Inoltre, è proprio l'esito atteso del giudizio (id est, eliminazione della clausola impeditiva della partecipazione e/o della formulazione di un'offerta adeguata) che fornisce la migliore riprova di tali asserzioni, visto che (soprattutto in vicenda nelle quali viene in discussione la congruità del prezzo a base d'asta) l'emendamento del bando consente al ricorrente vittorioso di vedersi riattribuita integralmente la chance di partecipazione e di aggiudicazione dell'appalto. Pertanto, l'eccezione di inammissibilità del ricorso va rigettata...".

Nel merito, invece, il citato ricorso aveva trovato un condivisibile accoglimento, sul presupposto che sia la normativa statale (art. 133, comma 8, d.lgs. n. 163/2006) sia soprattutto quella regionale (art. 13, legge reg. n. 13/2001), quest'ultima applicabile *ratione temporis* alla vicenda, imponevano alle stazioni appaltanti l'obbligo di applicare, in sede di redazione ed approvazione del progetto esecutivo, i prezzari delle opere pubbliche aggiornati, obbligo che in quel caso era stato obliterato dall'amministrazione aggiudicatrice.

Tale sentenza veniva poi impugnata dalla parte soccombente in prima istanza, mediante le stesse doglianze già dedotte in primo grado e con contestuale richiesta risarcitoria (nella misura del 10% del complessivo valore dell'appalto).

La provincia appellata si costituiva in giudizio per resistere al gravame e, con appello incidentale, poneva in luce l'erroneità e la contraddittorietà della motivazione dell'impugnata pronuncia, che non avrebbe statuito alcunché di attendibile circa la pur dedotta inammissibilità del ricorso introduttivo per carenza di legittimazione attiva di imprese che non avevano presentato domanda di partecipazione alla gara, nonché per omessa impugnazione di atti presupposti (delib. G.p. Taranto n. 452/2005 e determinazioni dirigenziali del settore progettazione edilizia n. 15/2007 e n. 27/2007).

Con memoria riassuntiva, la provincia appellata ribadiva l'infondatezza delle censure di merito di cui al gravame e della domanda cautelare proposta dalle attuali appellanti e la sopravvenuta improcedibilità del loro appello principale, per essere intervenuta nelle more processuali l'aggiudicazione definitiva della gara, non fatta oggetto della pur necessaria impugnazione.

La ditta aggiudicataria, Brindisi Ponteggi s.r.l., interveniva ad *opponendum*, evidenziando la necessità d'impugnare la citata aggiudicazione (malgrado il possibile effetto caducante a cascata, ipotizzabilmente idoneo a

travolgere anche quest'ultima), a pena d'improcedibilità del gravame per sopravvenuta carenza d'interesse a coltivarlo (cfr. C.S., sez. V, dec. n. 3867/2007).

All'esito della pubblica udienza di discussione la vertenza passava in decisione, con immediata pubblicazione del dispositivo (data la materia trattata: art. 23-bis, comma 6, legge 6 dicembre 1971 n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000 n. 205), dopo il rinvio al merito dell'istanza cautelare ed il deposito di una memoria riassuntiva da parte della provincia appellata.

## **DIRITTO**

L'appello è infondato e va respinto, dovendosi condividere le motivazioni espresse nell'impugnata sentenza, dovendosi stabilire quale fosse la normativa applicabile alla presente controversia, tenuto conto del fatto che la legge reg. Puglia n. 13/2001 era entrata in vigore prima del d.lgs. n. 163/2006, per cui l'eventuale contrasto fra le normative de quibus avrebbe dovuto risolversi in favore della legge statale.

In effetti (v. Corte cost., sentenze n. 303 del 2003 e n. 401 del 2007), la disposizione del codice degli appalti che prescrive la revisione annuale dei prezzi delle opere e dei ll.pp. deve essere ascritta alla materia della tutela della concorrenza, materia di competenza legislativa esclusiva statale.

L'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 163/2006, stabilisce che i prezzari debbono essere aggiornati dalle stazioni appaltanti (ossia, dalle singole amministrazioni aggiudicanti), mentre la legge reg. pugliese n. 13/2001 affidava tale potere alla Giunta regionale: nella specie, essendo pacifico che la Provincia di Taranto non aveva adottato un proprio prezzario, sarebbe risultato irrilevante quanto stabilito dalla G.r. con delib. n. 108/2006.

Ma la disposizione regionale non si poneva in contrasto con la norma statale, visto che, ai fini del rispetto del principio ispiratore dell'art. 133, comma 8, codice degli appalti, bastava che la normativa regionale imponesse l'aggiornamento dei prezzi, non rilevando che all'incombente provvedessero le singole amministrazioni o la regione (profilo attinente alla diversa materia dell'organizzazione amministrativa, in cui gli enti territoriali dispongono a loro volta di competenza legislativa esclusiva).

Anzi, tenuto conto del fatto che alle gare ad evidenza pubblica prendono parte in genere imprese dislocate nell'intero territorio regionale (oltre che, in ragione dell'importo a base d'asta, imprese aventi sede in altre regioni o anche in altri Stati della Comunità Europea), è opportuno che il prezzario venga adottato dalla regione, in base a rilevazioni dell'andamento dei costi travalicanti l'ambito (spesso ristretto e poco rappresentativo) degli enti territoriali infraregionali.

Ciò, del resto, risponde al principio di **sussidiarietà** di cui all'art. 118, Cost., il quale, in casi del genere, opera in favore dell'ente che ha una più estesa competenza territoriale, trattandosi di funzione che appare più proficuamente esercitata da parte del livello di governo regionale, che dispone oltretutto di strutture burocratiche sufficienti rispetto all'incombente in questione, cosa che non può certo dirsi per i comuni di ridotte dimensioni.

La G.r., nel dispositivo della delib. n. 108/2006, aveva stabilito che i nuovi prezzi non si applicavano ai lavori pubblici per i quali il progetto esecutivo fosse stato approvato prima dell'entrata in vigore del prezzario 2006: disposizione non impugnata dalle ricorrenti e non prospettata contra legem, visto che sia l'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 163/2006, sia l'art. 13, legge reg. n. 13/2001, riferivano l'aggiornamento dei prezzi alla fase di approvazione del progetto e non anche alla fase dell'indizione della gara.

Seppure il ritardo della stazione appaltante nell'indire la gara abbia potuto frustrare le finalità per cui era imposto l'aggiornamento annuale dei prezzi, ciò evidenzia forse soltanto una lacuna dell'ordinamento, visto che la regione aveva posto una regola precisa e non contestata dalle ricorrenti: nella specie, il progetto esecutivo era stato approvato sul finire del 2005 (in base ai prezzi vigenti in quel momento) ed alla gara avevano partecipato oltre 40 imprese, a riprova del fatto che i prezzi posti a base del progetto non erano fuori mercato, mentre l'originario progetto non era stato sottoposto, ai fini in esame, ad un'analisi di congruità prima dell'approvazione definitiva; all'adeguamento dei prezzi si era proceduto nel rispetto della normativa sopravvenuta in materia di costruzioni in zona sismica e non ai fini dell'utilizzazione del prezzario regionale di cui alla delib. G.r. n. 108/2006.

Dunque, il ricorso introduttivo non poteva che essere disatteso, sia per la domanda impugnatoria che per quella risarcitoria (improponibile di fronte a danni legittimi), per cui l'appello va, dunque, respinto, con correlativa salvezza dell'impugnata sentenza (e del suo automatico effetto caducante a cascata: v. sopra), mentre le spese del secondo grado

di giudizio possono integralmente compensarsi per giusti motivi tra le parti in causa, tenuto anche conto del loro reciproco impegno difensivo e della natura della vertenza.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta,

respinge l'appello;

compensa integralmente spese ed onorari del secondo grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, Palazzo Spada, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, nella camera di consiglio del 17 febbraio 2009, con l'intervento dei signori magistrati:

Stefano BACCARINI Presidente

Filoreto D'AGOSTINO Consigliere

Aldo SCOLA Consigliere rel. est.

Carlo SALTELLI Consigliere

Giancarlo MONTEDORO Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Aldo Scola F.to Stefano Baccarini

IL

SECRETARIO

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

il.....12/06/2009.....

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

**IL DIRIGENTE**

F.to

Antonio

Natale

N°.  
RIC.3818/2008

N°.  
RIC.3818/2008

GFF