

01/10/2009

N. 05130/2009 REG.SEN.

N. 00307/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 307 del 2009, proposto da:

A.C.E.N. (Associazione Costruttori Edili Napoli), rappresentata e difesa dagli avv. Giuliana Vosa e Paolo Vosa, con domicilio eletto in Napoli, via G. Fiorelli, n. 14;

contro

Comune di Napoli, rappresentato e difeso dall'Avvocatura municipale, domiciliata per legge in Napoli, palazzo Sa Giacomo;

per l'annullamento

- della deliberazione della Giunta comunale di Napoli n. 1609 del 12.11.2008 avente ad oggetto "Articolo 133 comma 8, d.lgs. 12.4.2008, n. 163 - Adozione del Tariffario dei prezzi approvato dalla Giunta regionale della Campania con deliberazione n. 2238 del 21.12.2007, con l'applicazione di una riduzione del 20% su ogni singola voce, per la redazione dei progetti di lavori pubblici da parte dei servizi tecnici dell'Amministrazione comunale di Napoli, da finanziarsi con fondi del bilancio di previsione per l'anno finanziario 2009";

- delle relazioni e/o valutazioni e/o pareri e/o approfondimenti del gruppo di lavoro, costituito dai direttori/coordinatori delle Direzioni o Dipartimenti tecnici, richiamati nella predetta deliberazione e delle quali si ignora il contenuto; - di ogni altro atto preordinato, connesso e/o consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Napoli;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2009 la relazione del primo ref. Michele Buonauro e uditi i difensori delle parti come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'associazione ricorrente, la quale rappresenta la categoria delle imprese di costruzioni nella provincia di Napoli, è insorta avverso la decisione dell'amministrazione comunale di adottare, quale aggiornamento tariffario ai sensi dell'articolo 133 del d. lgs. 163 del 2006, un nuovo prezzario delle opere pubbliche appaltate dal comune di Napoli. La delibera di Giunta comunale n. 1069 del 12 novembre 1998 stabilisce come base di computo i valori espressi nel tariffario regionale vigente, cui va applicata una decurtazione, per ogni singola voce, del venti per cento.

Parte ricorrente invoca la legge regionale n. 3 del 2007, e succ. modifiche, che imporrebbe agli enti infraregionali l'adozione tout court del tariffario approvato in sede regionale; contesta in ogni caso la congruità della decurtazione approvata, sotto il profilo della carenza ed erroneità della motivazione; infine denuncia l'illogicità della scelta dell'amministrazione comunale, la quale, mediante un indiscriminato abbattimento sulle voci di prezzo delle opere avrebbe inciso indebitamente anche sul calcolo degli oneri di sicurezza. Il comune di Napoli si è costituito, depositando una memoria con la quale ha chiesto il rigetto del ricorso. All'udienza del 27 maggio 2009 il ricorso è trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso merita accoglimento.

Il sistema di aggiornamento del prezzario delle opere pubbliche è disciplinato in primo luogo dall'articolo 133, comma 8, del d. lgs. 163 del 2006, il quale demanda a ciascuna amministrazione il potere-dovere di revisionare annualmente la remunerazione delle singole voci delle opere pubbliche, salvo, per il caso di inadempimento, il potere sostitutivo affidato di concerto allo Stato ed alla regione interessata. Il compito di aggiornare i prezzi è dunque riservato a ciascuna stazione appaltante, nell'ambito dell'autonomia riconosciuta dal sistema ordinamentale. In questa cornice normativa la legge regionale n. 3 del 2007 prevede, all'articolo 78, comma 7, lett. b), che l'osservatorio regionale, fra i propri compiti, elabori ed aggiorni il prezzario regionale, il quale deve "applicarsi obbligatoriamente negli appalti pubblici".

Corre preliminarmente precisare che la legge regionale 3 del 2007 si rivolge a tutte le stazioni appaltanti operanti sul territorio, fatta eccezione per le amministrazioni statali (articolo 1), con il chiaro intento di regolamentare in maniera uniforme gli aspetti della disciplina delle commesse pubbliche che non siano riservati allo Stato. Sul riparto di competenza fra Stato e regioni la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 401 del 2007, ha chiarito che i lavori pubblici «non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono» e pertanto possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali (sentenza numero 303 del 2003). Non è, dunque, configurabile né una materia relativa ai lavori pubblici

nazionali, né tantomeno un ambito materiale afferente al settore dei lavori pubblici di interesse regionale. Pertanto non è possibile tracciare una netta linea di demarcazione che faccia unicamente perno sul profilo soggettivo, distinguendo le procedure di gara indette da amministrazioni statali da quelle poste in essere da amministrazioni regionali o sub-regionali, per inferirne che solo le prime sarebbero di spettanza statale, mentre le seconde rientrerebbero nell'ambito della potestà legislativa regionale. La perimetrazione delle sfere materiali di competenza non può, infatti, essere determinata avendo riguardo esclusivamente alla natura del soggetto che indice la gara o al quale è riferibile quel determinato bene o servizio, in quanto, come già sottolineato, occorre fare riferimento, invece, al contenuto delle norme censurate al fine di inquadrarlo negli ambiti materiali indicati dall'art. 117 della Costituzione. Sulla base di tale premessa si è proceduto ad individuare gli ambiti materiali di competenza statale e regionale in relazione sia alla fase procedimentale che precede la stipulazione del contratto di appalto sia alla fase successiva inerente all'attuazione del rapporto contrattuale. Con riferimento alla procedura di evidenza pubblica, la Corte ha affermato che, in relazione a tale momento procedimentale, il titolo di legittimazione prevalente che viene in rilievo è costituito dalla tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva statale ex art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione. Nello specifico settore degli appalti possono certamente venire in rilievo disposizioni che perseguono fini riconducibili all'esigenza sia di evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole concorrenziali, sia di garantire la progressiva liberalizzazione dei mercati in cui sono ancora presenti barriere o altri impedimenti all'ingresso di nuovi operatori economici (cfr. Corte cost. 260 del 2009).

Da queste premesse discende il corollario che nelle materie non affidate al legislatore statale (in quanto non ricollegabili a profili di interesse sopraregionale di concorrenza ovvero di ordinamento civile), si ha una tendenziale riespansione dell'autonomia riconosciuta a ciascun ente pubblico territoriale, nei limiti del rispetto della sfera di competenza attribuita a livello costituzionale.

La tematica del ritaglio di competenze fra Stato e regioni involge necessariamente la ripartizione del potere normativo primario, non avendo gli enti locali, su tale livello di fonte, alcuna attribuzione costituzionale. Nel caso di specie, invece, la disciplina di livello statale ha concesso spazio di autonomia regolamentare a ciascuna stazione appaltante nell'adozione degli aggiornamenti tariffari, laddove sembrerebbe, secondo la tesi attorea, che il legislatore regionale abbia stabilito di modulare diversamente la disciplina della materia. Tuttavia, sul piano generale, ancorchè l'ambito riservato a ciascuna stazione appaltante dall'articolo 133, comma 8, del d. lgs. 163 del 2006 non abbia una sua autonoma valenza costituzionale, discendendo da una scelta contingente del legislatore statale, è dubitabile che su tale aspetto possa intervenire una diversa ed incompatibile normativa stabilita a livello regionale.

In concreto vale tuttavia osservare che, sebbene l'intento del legislatore regionale sia stato quello di accentrare il potere-dovere di adozione ed aggiornamento dei prezziari delle opere pubbliche, al fine di garantire una uniformità nella fissazione della base d'asta ed una coerenza di valutazione della anomalia delle offerte, non è rinvenibile una chiara limitazione del potere di aggiornamento del prezzario delle opere pubbliche, potere affidato dal codice degli appalti a ciascuna singola stazione appaltante. Difatti, in una lettura sistematica della legge regionale campania sui lavori pubblici, l'approvazione di un tariffario stabilito a livello regionale non appare connotata da incondizionata vincolatività per gli enti locali minori, ma l'estensione agli altri operatori postula, per la sua attuazione, una collaborazione istituzionale fra gli stessi.

D'altra parte, a voler ragionare diversamente, un vincolo totalmente limitativo della competenza riservata dallo Stato alle singole autonomie territoriali minori, in disparte ogni questione di legittimità della scelta, avrebbe richiesto una previsione puntale ed inequivoca, non sussistente nella specie. La conferma di tale interpretazione si evince dall'articolo 30 della legge regionale n. 1 del

2008 (finanziaria regionale 2008), che incentivava la stipulazione di accordi fra la Regione e gli enti pubblici minori “per l'utilizzazione del prezzario regionale, in modo da garantire la congruità dei prezzi posti a base di gara e adeguato supporto per le valutazioni di anomalia delle offerte”. È del tutto evidente, allora, che l'applicazione generalizzata del tariffario regionale sia una direttiva programmatica condizionata dal raggiungimento di intese fra le amministrazioni interessate, nello spirito di leale collaborazione che deve presiedere questa tipologia di relazioni pubblicistiche.

Le reiezione del primo motivo di ricorso impone la verifica della congruità della scelta dell'amministrazione locale, la quale, prendendo come punto di riferimento il tariffario regionale, ha ritenuto opportuno applicare alle singole voci la riduzione di un quinto dell'importo ivi stabilito.

Giova rammentare che l'obbligo di assicurare nei pubblici incanti l'effettivo adeguamento dei prezzari 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.

L'istituto dell'adeguamento dei prezzari delle opere pubbliche è difatti rivolto a tutelare interessi pubblici generali, quali le condizioni di serietà dell'offerta nel sistema degli appalti pubblici ed la connessa tutela di una sana concorrenza del mercato. Nel settore dei pubblici appalti dunque i prezzari, strumenti di riferimento per le opere pubbliche, devono essere aggiornati con procedure amministrative tipiche, ossia specifiche, non surrogabili in via di fatto con analisi di mercato non rese nelle pubbliche forme: 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.

Proprio in applicazione di tale previsione, si è già più volte ritenuto illegittimo il bando che ponga a base di gara un prezzario non aggiornato ai sensi dell'art. 133, co. 8, d.lgs. n. 163/2006, con prezzi incongrui e non aggiornati, oggettivamente inferiori a quelli di mercato come rilevabili dal tariffario regionale (Tar Veneto, I, 17 marzo 2008 n. 670; Tar Sicilia Catania, I, 20 maggio 2008 n. 938 e n. 2281/08 cit.; Tar Umbria, I, 7 giugno 2008 n. 247). Più specificatamente la giurisprudenza ha puntualizzato la necessità che le procedure di gara siano poste in essere sulla base di prezzari 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 (cfr. Tar Calabria Reggio Calabria n. 131 del 2009).

Applicando le coordinate ermeneutiche al caso di specie, la decisione gravata non appare rispettosa dei principi guida dell'azione amministrativa in materia di ragionevolezza e proporzionalità della scelta autoritativa. In fatto il comune di Napoli, prendendo a base del computo il sistema tariffario regionale vigente, ha applicato una generalizzata decurtazione di un quinto. Occorre allora verificare se la decurtazione trovi una congrua giustificazione che evidenzi una peculiare condizione di mercato in relazione agli affidamenti di commesse pubbliche da parte dell'amministrazione comunale rispetto alle condizioni valesvoli su resto del territorio regionale. Le ragioni addotte dall'amministrazione locale a sostegno dello scostamento rispetto ai valori del tariffario regionale involgono un triplice ordine di considerazioni: uno di tipo storico (incremento

della tariffa regionale del 2008 di circa il 50% rispetto alla tariffa del provveditorato alle opere pubbliche per la Campania del 1990), uno di tipo logistico (centralità del territorio del comune di Napoli rispetto agli altri capoluoghi di provincia ed alle stazioni appaltanti) ed uno di tipo statistico (il rilievo di una media del 30% sui ribassi percentuali praticati dalle imprese aggiudicatarie degli appalti indetti dal comune nel biennio 2007-08).

Tali ragioni, ad avviso del Collegio, non sono sufficienti a giustificare la misura di riduzione adottata perché non sono supportate da una puntuale analisi dei prezzi di mercato; l'abbattimento tariffario è infatti ricollegato a considerazioni ininfluenti (lo scostamento del prezzario regionale 2008 rispetto ai valori adottati dal provveditorato nel 1990 si giustifica alla luce del significativo lasso di tempo trascorso) ovvero opinabili (la centralità del territorio sembra un dato empirico difficilmente accertabile, variando a seconda delle imprese che aspirano ad aggiudicarsi le commesse pubbliche) ovvero orientative (il criterio statistico ha valenza suggestiva, ma deve rappresentare un punto di partenza da verificare alla luce di riscontri basati su analisi di mercato oggettive ed aderenti ai prezzi correnti; di fatti non si può escludere che le imprese, pur di accaparrarsi l'appalto di lavori pubblici, spendibile anche a fini curriculari, proponano un'offerta non in perfetta linea con i valori di mercato). In particolare la mancanza di un riscontro estrinseco nei valori di mercato, sottolineato dalle osservazioni e constatazioni versate nella consulenza di parte depositata dall'ACEN, evidenzia un'approssimazione dello svolgimento dell'istruttoria non compatibile con la delicatezza di uno strumento che condiziona incisivamente la concreta ed effettiva realizzazione del principio di concorrenza negli appalti pubblici, anche con riferimento alla rimodulazione del computo dei valori che determinano l'anomalia dell'offerta (stimata sulla base d'asta, la quale deve far riferimento proprio al tariffario delle opere pubbliche). Ne consegue la sussistenza del denunciato vizio di eccesso di potere nell'esercizio del potere di aggiornamento del tariffario e l'annullamento dell'atto gravato, con assorbimento delle ulteriori doglianze.

Le peculiarità della questione affrontata suggerisce la compensazione della spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Prima Sezione di Napoli, accoglie il ricorso emarginato ed annulla la deliberazione della Giunta comunale di Napoli n. 1609 del 12.11.2008. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere

Michele Buonauro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/10/2009

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

IL SEGRETARIO