



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia Reg.Sent.: 938/08

-Sezione staccata di Catania PRIMA SEZIONE, Reg.Gen.: 684/2008

composto dai signori Magistrati

Dr. ROSALIA MESSINA Presidente

Dr. PANCRAZIO MARIA SAVASTA Cons.

Dr. SALVATORE GATTO COSTANTINO Ref. , relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Sul ricorso 684/2008 proposto da: ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI
EDILI (ANCE) SEZIONE

AUTONOMA DI CATANIA + 4 , rappresentato e difeso da SCUDERI AVV. IGNAZIO
con domicilio eletto in CATANIA *** VIA V. GIUFFRIDA, 37 presso
SCUDERI AVV. IGNAZIO

contro

ITALFERR SPA - GRUPPO FERROVIE DELLO STATO

RETE FERROVIARIA ITALIANA SPA

rappresentato e difeso da:

ALI' AVV. MICHELE

con domicilio eletto in CATANIA ***

VIA CROCIFERI, 60

presso la sua sede

FERROVIE DELLO STATO SPA

per l'annullamento

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/consequenziale, 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 introduttivo del giudizio;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, contenuta nel ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del ~~ITALFERR SPA~~ - GRUPPO FERROVIE DELLO STATO

RETE FERROVIARIA ITALIANA SPA

Visto il DP nr. 433/08 con cui è stata respinta la richiesta di misure cautelari monocratiche ex art. 21 comma 9 l. 1034/71;

Vista l'istanza per il regolamento di competenza, proposta dalla società ITALFERR spa, notificata il 10 aprile 2008 e depositato il 14 successivo, con la quale si indica la competenza del TAR del Lazio, Roma, in quanto il provvedimento impugnato, emesso da Autorità centrale, per l'importo della gara superiore alla soglia di rilievo comunitario è destinato a produrre effetti su tutto il territorio nazionale, essendo aperta la gara alla partecipazione di imprese di ogni provenienza;

Udito nella Camera di Consiglio del 08 Maggio 2008 il relatore Ref.

SALVATORE GATTO COSTANTINO

Uditi gli avvocati come da verbale;

Vista la documentazione tutta in atti;

Visto l'art 23 bis della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034 e successive modificazioni;

Rilevato che alla data odierna, sono chiamate, per essere contestualmente decise, sia la domanda cautelare proposta dalla società ricorrente, sia l'istanza per regolamento di competenza, proposto dalla società resistente ITALFERR Spa;

Ritenuto che possono essere decise contestualmente sia la domanda cautelare che la istanza per regolamento di competenza;

I) Ritenuto che l'istanza per regolamento di competenza si appalesa manifestamente infondata;

Ritenuto, più precisamente, che:

- secondo la società ITALFERR sussisterebbe la competenza del TAR del Lazio, perché il bando di gara impugnato ha valore superiore alla soglia di rilievo comunitaria e come tale sarebbe quindi di interesse sovraregionale, richiamando, in proposito, alcune corrispondenti pronunce

del giudice di appello (decisioni del Consiglio di Stato nr. 1783/1999 e 1003/2006);

- le decisioni richiamate dalla proponente appaiono del tutto isolate rispetto alla pacifica giurisprudenza precedente ed altresì a pronunce successive (Consiglio di Stato, decisioni nr. 4772/2006, 8216/2004, 2759/2004, 1347/2003, 730/1999 ed altre);

- l'orientamento secondo cui è rilevante, al fine di determinare la competenza del tribunale amministrativo, il luogo ove vanno eseguiti i lavori, appare non solo del tutto prevalente, ma anche pienamente condivisibile, considerato che le operazioni di gara sono strumentali alla realizzazione dell'opera e l'interesse pubblico è quello della selezione del miglior contraente possibile, e così non è logicamente e giuridicamente "scorporabile" (come vorrebbe l'impostazione sottesa alle due pronunce invocate dalla proponente ITALFERR Spa) un interesse pubblico sovraregionale alla celebrazione della gara come oggetto di tutela differenziata da parte del legislatore (rispetto all'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica);

- ritenuto che, se fosse corretta l'impostazione ermeneutica fatta propria dalla proponente, si inserirebbe nel sistema compiuto dell'art. 3 l. TAR un sostanziale elemento economico di discriminazione della competenza territoriale del Tribunale periferico, rispetto al TAR del Lazio, fondato cioè sul valore del contratto, con la conseguenza che tutti gli appalti sottosoglia sarebbero assorbiti nella competenza del giudice periferico, mentre quelli sopra soglia sarebbero sempre ascritti alla competenza del TAR Lazio;

- ritenuto che tale tesi, a tacere del suo evidente contrasto con il disposto dell'art. 3 l. 1034/71, osta anche con più argomenti sistematici:



1) la considerazione che anche gli appalti sotto soglia sono aperti alla partecipazione di tutte le imprese del territorio nazionale (e comunitario);

2) in proposito, non vale obiettare che tale interesse si fonderebbe (trovandosi un limite) sul diverso sistema di pubblicità perché, essendo questo un mero elemento di fatto, trova evidente contraddizione nella circostanza che la prassi della pubblicazione dei bandi sui siti internet delle P.A. rende ormai parimenti conoscibili sia le procedure di appalto sotto soglia e che quelle di rilievo comunitario e comunque, ben più radicalmente, potendo le amministrazioni adottare forme di pubblicità anche di maggiore o diversa diffusione rispetto a quelle obbligatorie per legge, si finirebbe per affidare la determinazione della competenza del giudice ad una ^{SCelta} ~~determinazione~~ eventuale della P.A. (ossia quella di decidere una forma particolare di pubblicità del bando);

Ritenuto che, pertanto, l'istanza per regolamento di competenza è manifestamente inammissibile e come tale va respinta, ponendo le spese a carico della società ITALFERR spa proponente, nella misura ritenuta equa di euro 1.500,00;

II) Rilevato quanto alla domanda cautelare, che, secondo la difesa di ITALFERR Spa, l'esame di quest'ultima, essendo proposta ex art. 23 bis della l. 1034/71, sarebbe logicamente e giuridicamente subordinato alla decisione di rigetto del regolamento di competenza, spettando, altrimenti, al giudice riconosciuto competente la sua deliberazione;

Ritenuto che il giudizio sulla domanda cautelare, essendo contestuale alla valutazione della istanza per regolamento di competenza, va compiuto dal Tribunale che ne è stato investito, a pena di inammissibili differenze di trattamento processuale rispetto alle ipotesi di domanda Cautelare ex art. 21 l. 1034/71, le quali sono pacificamente soggette alla competenza del TAR di fronte al quale è stato proposto il ricorso



(cfr. ord. caut. Nr. 1475/04 pronunciata dal Tribunale nel giudizio nr. 516/04);

Ritenuto che in contrario non vale osservare che la tutela cautelare di cui all'art. 23 bis. L. TAR, sarebbe di diverso contenuto rispetto a quella disciplinata in via generale dell'art. 21, concretizzandosi ordinariamente nella fissazione del merito nei termini ivi disciplinati (e solo in presenza dei più rigorosi requisiti anche nella sospensione degli atti), aspetto questo che osterebbe alla necessità di individuare il giudice competente, perché, coordinando la disciplina dei due istituti alla luce della esigenza di assicurare il pieno ed effettivo diritto di difesa, la tutela cautelare ex art. 23 bis può essere accordata subordinando la fissazione della udienza di merito all'esito del regolamento di competenza (di modo che, ove il giudice ritenuto competente è diverso da quello di fronte al quale è originariamente introdotta la domanda, la fissazione della udienza di fronte al primo sarà revocata);

Ritenuto che:

- nella fattispecie in esame, sussiste il *fumus boni iuris* ed altresì sussiste il danno grave ed irreparabile;
- sotto il primo aspetto, questo Tribunale ha già ripetutamente affermato che sussiste l'obbligo per le Amministrazioni appaltanti di aggiornare i prezziari dei progetti (cfr. ex multis ord. nr. 768/07 e 823/07), ponendo a base d'asta 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 sensibili alterazioni della concorrenza tra le imprese (essendo penalizzate dai prezzi non aggiornati soprattutto le imprese più competitive, perché sopportano i maggiori oneri per l'adeguamento dei costi del lavoro, per l'investimento e la formazione e così via);

- non vale in contrario affermare che ITALFERR spa non sarebbe equiparabile ad una amministrazione appaltante, attesa la pacifica natura di organismo di diritto pubblico che invece è da riconoscerle (confermata, tra l'altro, dalla circostanza che il bando di gara impugnato è stato redatto ai sensi della normativa in tema di evidenza pubblica sull'affidamento degli appalti);
 - non vale neppure affermare, in contrario, che i prezzi utilizzati sarebbero comunque stati aumentati, rispetto alle previsioni dell'ultimo aggiornamento, considerate - a tacere della genericità dell'argomento - le specifiche procedure (e connesse garanzie) all'insegna delle quali l'aggiornamento va effettuato (cfr. in particolare, l'art. 89 del dlgs 163/06) e la cui violazione, quindi, unitamente al termine legale di efficacia dei prezziari di cui all'art. 133 del codice degli appalti, implica inevitabilmente la invalidità del bando di gara;
 - sotto l'aspetto del periculum in mora, appare prevalente, rispetto all'esigenza dell'Amministrazione di porre in essere la gara, l'interesse (non solo della ricorrente, ma anche generale) alla sospensione degli effetti del bando, allo scopo di consentire lo svolgimento della procedura di affidamento con prezzi di riferimento coerenti con l'attuale andamento del mercato, in modo da ottenere la maggiore partecipazione possibile alla gara e garantire la serietà e l'affidabilità delle offerte e pertanto non solo va fissata la trattazione del ricorso nel merito, ma va anche disposta la sospensione degli effetti degli atti impugnati; ritenuto che pertanto la domanda cautelare è fondata e come tale va accolta, disponendo la trattazione nel merito della causa alla udienza pubblica del 20. M. O., altresì sospendendo gli effetti degli atti impugnati;
- Visto il 5° comma dell'art. 31 l. 1034/71 e visto l'art. 23 bis della l. 1034/71;

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia -Sezione staccata di Catania PRIMA SEZIONE;

DICHIARA MANIFESTAMENTE INAMMISSIBILE la istanza di regolamento di competenza di cui in epigrafe;

CONDANNA la parte proponente ITALFERR Spa, alla refusione delle spese di lite per il giudizio sul regolamento di competenza, che liquida in euro 1.500,00 in favore della ricorrente ANCE;

FISSA la trattazione nel merito della causa alla Udienza pubblica del 20. 11. 08 cui rinvia le parti;

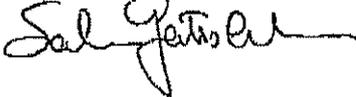
SOSPENDE l'esecuzione del provvedimento impugnato con il ricorso descritto in epigrafe fino alla decisione della causa nel merito;

Alle spese della fase cautelare si provvederà in sede di merito.

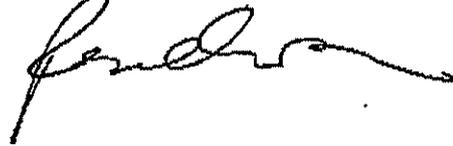
La presente sentenza sarà eseguita dalla Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria che provvederà a darne comunicazione alle parti.

CATANIA , li 8 maggio 2008

L'estensore



Il Presidente



~~Il Segretario~~

Depositata in Segreteria il 12 0 MAG. 2008,

Il Segretario

IL DIRETTORE DELLA 1ª SEZ.

(Decreto Amministrativo)

