



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10693 del 2011, proposto da: Soc. Cooperativa Coopsette, in persona del legale rappresentante p. t., in proprio e quale mandataria con rappresentanza della Impresa Lungarini Alfredo & Figli Spa, rappresentata e difesa dagli avv. ti Gianluigi Pellegrino e Alessandra Belletti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, corso Rinascimento, 11;

contro

la Soc. Rfi Spa, in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dall'avv. Piero D'Amelio, presso il cui studio è domiciliata elettivamente in Roma, via della Vite, 7;

per l'accertamento

del diritto all'adeguamento prezzi dell'appalto per la costruzione della nuova sede ferroviaria del tratto urbano di Roma della linea alta velocità Roma - Napoli fra le progressive km. 4+240 e km. 6+260 e per il raddoppio della linea Roma - Sulmona fra le progressive km. 1+458 e km. 3+298;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Soc. Rfi Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2012 il Cons. Donatella Scala e uditi, altresì, l'avv. Pellegrino per la parte ricorrente e l'avv. D'Amelio per quella resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Premette la società ricorrente di essere affidataria, giusta contratto n. 7/2000 del 18.05.2000 stipulato con Italferr Spa per TAV, poi sostituita da RFI Spa, dei lavori per la costruzione della nuova sede ferroviaria nel tratto urbano di Roma della linea Alta Velocità Roma-Napoli e per il raddoppio della linea Roma-Sulmona, consistenti in opere civili e modifiche provvisorie e definitive all'armamento e agli impianti tecnologici durante le fasi dei lavori e nell'adeguamento di fermate e stazioni esistenti, compresa la costruzione dei marciapiedi, le pensiline, i sottopassi o sovrappassi, gli impianti tecnici dei fabbricati.

Precisa ancora che:

-al termine dei lavori le parti hanno concluso, in data 20.05.2009, un accordo bonario ex art. 31 bis, legge n.

109/1994 in merito alle riserve avanzate in corso d'opera, con espressa salvaguardia delle richieste formulate dalla ricorrente con la nota del 29.03.2004 (riserva n. 27) per i maggiori oneri sostenuti a causa dell'abnorme e notoria lievitazione del costo di mercato dei prodotti siderurgici, rilevata sin dalla fine dell'anno 2003, per l'importo complessivo di euro 2.490.303,00; e con la nota del 28.02.2006 (riserva n. 39), con cui è stata richiesta la corresponsione dei compensi ai sensi dell'art. 26, co. 4 bis e ss., legge n. 109/94, per gli oneri sostenuti per l'acquisto di materiali ferrosi di cui al contratto citato e contabilizzate nell'anno 2004, per l'importo indicato inizialmente in euro 1.069.647,33 e poi successivamente aggiornato, anche in ragione degli aumenti dei costi rilevati per gli anni 2005 e 2006, come da decreti del Ministero delle infrastrutture e trasporti, rispettivamente dell'11.10.2006 e del 2.01.2008;

-con atto di citazione del 20.11.2009, la società ricorrente, in proprio e quale mandataria della Lungarini & Figli S.p.A., con cui si era temporaneamente riunita ex art. 23 e ss. del d.lgs. 158/1995, ha convenuto in giudizio davanti al Tribunale di Roma la R.F.I. S.p.A., per sentirla condannare, previo accertamento e dichiarazione del diritto di credito vantato dall'attrice, al pagamento delle somme di cui alle richiamate riserve e complessivamente quantificate nella somma capitale di € 1.942.686,72, per i maggiori costi sostenuti a causa dell'aumento del prezzo dei materiali ferrosi impiegati nella realizzazione delle opere e contabilizzati negli anni 2004, 2005 e 2006.

-in sede di giudizio ordinario, il giudice ha accertato, mediante CTU, l'entità del reclamato diritto alla compensazione, quantificato in complessi € 2.082.270,41.

Con il ricorso in epigrafe, riassume al Tar Lazio il giudizio intrapreso innanzi al giudice ordinario, avendo la Corte di Cassazione, sollecitata dalla resistente RFI con regolamento preventivo di giurisdizione, individuato nel giudice amministrativo l'autorità competente nelle controversie inerenti l'adeguamento dei prezzi di cui all'art. 26, commi 4 bis e ss. della legge n. 109/1994 (ora art. 133, commi 4 e seg., d.lgs. n. 163/2006) (cfr. ordinanza n. 19567/2011).

A supporto della richiesta di accertamento del diritto di credito ai sensi dell'art. 26, comma 4 bis e ss., legge n. 109/1994, applicabile *ratione temporis*, evidenzia la società ricorrente la riconducibilità delle opere di cui si tratta (categoria prevalente OG3) nell'ambito di applicazione delle norme che, in deroga al generale divieto di revisione dei prezzi, riconoscono la compensazione nel caso di eccezionale variazione dei prezzi in aumento o diminuzione superiore al 10%, in forza del rinvio disposto con l'art. 8, comma 6, d. lgs. n. 158/1995.

In subordine, reclama la parte ricorrente una interpretazione analogica delle norme sulla compensazione anche al settore dei lavori speciali.

Conclude chiedendo, in accoglimento delle domande formulate, la condanna della società RFI Spa al pagamento delle somme nell'importo complessivo di € 1.533.470,40, già liquidato in conto capitale nella CTU sopra richiamata, oltre interessi e accessori secondo i criteri pure fissati dal CTU.

Si è costituita in giudizio la società RFI Spa per resistere al ricorso avversario di cui ha eccepito l'inammissibilità, ritenendo che la parte ricorrente sia decaduta dal termine per l'impugnazione dei provvedimenti di diniego opposti dalla stazione appaltante alla richiesta di compensazione; nel merito ha eccepito, comunque, l'infondatezza della pretesa introdotta, ritenendo che il meccanismo di adeguamento dei prezzi non sia applicabile ai lavori dei settori speciali.

In vista della discussione della causa nel merito le parti hanno depositato memorie e repliche; quindi, alla pubblica udienza del 24 maggio 2012, uditi i difensori delle parti che hanno insistito nelle rispettive richieste ed eccezioni, il Collegio ha trattenuto la causa per la decisione.

DIRITTO

I. Il Collegio, in via preliminare, dà atto che, a seguito dell'ordinanza della Corte di cassazione n. 19567/2011, depositata in data 26 settembre 2011, la società Coopsette ha proceduto alla riassunzione del giudizio ex art. 11,

comma 4, cpa.

II. Deve, peraltro, essere pure scrutinata, in via pregiudiziale, l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa della parte resistente, che ritiene come la pretesa avanzata, riferibile a posizione di interesse legittimo, avrebbe dovuto essere azionata a suo tempo nei termini decadenziali, con ogni effetto, pertanto, in ordine alle ormai cristallizzate preclusioni di ordine processuale.

La norma del codice del processo amministrativo ora richiamata, riproducendo, nella sostanza, il testo dell'art. 59, legge n. 69/2009, prevede che: *“Se in una controversia introdotta davanti ad altro giudice le sezioni unite della Corte di cassazione, investite della questione di giurisdizione, attribuiscono quest'ultima al giudice amministrativo, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda, se il giudizio è riproposto dalla parte che vi ha interesse nel termine di tre mesi dalla pubblicazione della decisione delle sezioni unite.”*; il giudice *ad quem*, dunque, non si limita a verificare che la riassunzione sia tempestiva, ma verifica, altresì, che la domanda, ancorché azionata innanzi a giudice sguarnito di giurisdizione, sia stata a suo tempo introdotta pur sempre nei termini previsti in relazione alla situazione giuridica fatta valere, in modo che sia possibile far salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio.

Per individuare la tipologia di azione introdotta, giova prendere le mosse proprio da quanto affermato dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza sopra richiamata, ove è affermato il principio che le vertenze in ordine alla applicazione dell'art. 133, commi 4 e seg., d.lgs. 163/2006 (e, dunque dell'art. 26, comma 4 bis e ss., legge n. 109/1994, applicabile alla odierna controversia, *ratione temporis*), rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo giusta l'art. 133, lett. e), n. 2 del cpa, essendo ragionevole ritenere che la deroga al prezzo chiuso debba essere attratta al regime giuridico della revisione del prezzo anche per quanto attiene alla disciplina processuale.

Al fine di stabilire, però, se il ricorso sia stato azionato tempestivamente dalla parte ricorrente occorre delineare con estrema precisione i contorni che delineano la situazione giuridica fatta valere, in quanto, come noto, nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, i ricorsi afferenti a pretese aventi la consistenza di diritti soggettivi di contenuto patrimoniale non sono soggetti al termine di decadenza, bensì al termine ordinario di prescrizione solo quando i diritti patrimoniali sorgono direttamente dalla legge o da un regolamento o da un precedente atto amministrativo, del quale non si contesti la legittimità e che, anzi, costituisca la base della pretesa patrimoniale stessa; quando, invece, l'esistenza del diritto patrimoniale fatto valere dall'interessato dipende dalla asserita illegittimità del provvedimento autoritativo (quale un illegittimo diniego) è necessaria la tempestiva impugnazione del medesimo nel termine di decadenza.

Occorre dunque stabilire quale sia esattamente la situazione giuridica sottesa alla domanda introdotta dalla società Coopsette al fine di accertare se si sia verificata, o meno, la decadenza contestata da RFI.

II.1 Oggetto di controversia è l'applicazione del ridetto art. 26, commi 4 e seg., legge 109 del 1994 che, introducendo una deroga al generale divieto di revisione dei prezzi per i lavori pubblici, prevede: *“4-bis In deroga a quanto previsto dal comma 3, qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, subisca variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al 10 per cento rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nell'anno di presentazione dell'offerta con il decreto di cui al comma 4-quater, si fa luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il 10 per cento e nel limite delle risorse di cui al comma 4-sexies; 4-ter. La compensazione è determinata applicando la percentuale di variazione che eccede il 10 per cento al prezzo dei singoli materiali da costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nell'anno solare precedente al decreto di cui al comma 4-quater nelle quantità*

accertate dal direttore dei lavori ; 4-quater. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, entro il 30 giugno di ogni anno, a partire dal 30 giugno 2005, rileva con proprio decreto le variazioni percentuali annuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi; 4-quinquies. Le disposizioni di cui ai commi 4-bis, 4-ter e 4-quater si applicano ai lavori eseguiti e contabilizzati a partire dal 1° gennaio 2004. A tal fine il primo decreto di cui al comma 4-quater rileva anche i prezzi dei materiali da costruzione più significativi rilevati dal Ministero per l'anno 2003. Per i lavori aggiudicati sulla base di offerte anteriori al 1° gennaio 2003 si fa riferimento ai prezzi rilevati dal Ministero per l'anno 2003” .

Stante il chiaro tenore letterale della norma in esame, ritiene il Collegio che il *petitum* introdotto con il ricorso verte, all'evidenza, sull'accertamento, in positivo, dell'obbligo di adeguamento da parte della stazione appaltante del prezzo, in applicazione della richiamata disposizione normativa, sulla base di un meccanismo che scatta in modo automatico (“*si fa luogo a compensazioni*”) al verificarsi dei presupposti di fatto ivi indicati.

In altri termini, il beneficio patrimoniale di cui la parte ricorrente reclama l'applicazione nei propri confronti è determinato in modo diretto ed automatico dalla norma di cui è invocata l'applicazione, senza che, al riguardo, possano riconoscersi spazi di valutazioni o apprezzamenti discrezionali da parte della stazione appaltante, di talché le posizioni giuridiche soggettive in gioco non solo hanno consistenza di diritto soggettivo, e non di interesse legittimo, ma le stesse sono riconosciute direttamente dal legislatore, senza che sia necessario, a tali fini, l'adozione di provvedimenti aventi effetti costitutivi, ma solo ricognitivi del quantum effettivamente spettante nel caso specifico.

Pertanto, poiché l'applicazione delle relative norme di legge da parte dell'Amministrazione appaltante sfugge al vaglio discrezionale della stessa, non potendo esso riguardare che un profilo meramente dichiarativo e ricognitivo in ordine alla normativa applicabile, ne consegue che l'azione di accertamento di diritto nascente da legge, (in specie diritto alla compensazione del prezzo contrattuale), è esercitabile, nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nell'ordinario termine di prescrizione del diritto, non occorrendo l'instaurazione di un giudizio di annullamento di alcun atto amministrativo nel termine decadenziale di sessanta giorni.

Né la circostanza che la stazione appaltante ritenga, a torto o a ragione, di non applicare tale disciplina normativa, e lo manifesti espressamente o anche con comportamenti concludenti, è idonea a comprimere la situazione giuridica di diritto soggettivo; diversamente opinando, si dovrebbe ritenere in capo all'Amministrazione appaltante un potere “discrezionale” circa l'individuazione della cornice normativa di riferimento nelle procedure concorsuali attivate, il che non è, dovendosi, di contro, ritenere *tamquam non essent* gli eventuali erronei richiami normativi eventualmente contenuti negli atti dalla stessa adottati.

Per concludere sul punto, il Collegio rileva che il ricorso azionato dalla società Coopsette è stato introdotto innanzi al GO entro il termine di prescrizione, il che, da un lato, evidenzia l'infondatezza della eccezione della parte resistente, e, dall'altro, consente a questo giudice di dare atto, altresì, della salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda ormai prodottisi.

III. Venendo ad esaminare il merito del ricorso, la questione giuridica sottesa alla domanda introdotta dalla ricorrente attiene alla questione se, in assenza di espressa previsione al riguardo, il diritto alla compensazione del prezzo contrattuale indicato nella legge quadro sui lavori pubblici spetti, sussistendone i presupposti di fatto ivi richiamati, sorga anche nel caso in cui tale fenomeno attiene a lavori attratti nel regime giuridico dei settori c. d. speciali, disciplinati, invece, dal d. lgs. n. 158/1995.

III.1 Come noto, con il decreto legislativo del 1995 sono dettate le regole specifiche in materia di procedure di affidamento degli appalti nei settori esclusi, norme che si atteggiano, pertanto come regole speciali rispetto a quelle generali degli appalti per i lavori pubblici.

Ed invero, i soggetti aggiudicatori come definiti dall'art. 2, e che operano nei settori ivi indicati (tra cui, all'art. 5, figura quello dei trasporti), sono tenuti alla applicazione della disciplina che regola integralmente le relative procedure di aggiudicazione.

Il legislatore, peraltro, ha previsto una deroga a tale specialità, come si evince dalla lettura dell'art. 2, legge 109/94, che, al comma 4, prevede che i soggetti di cui al d.lgs. n. 158/95 applicano le disposizioni della legge stessa per i lavori di cui all'art. 8, comma 6, del medesimo decreto legislativo e comunque per i lavori riguardanti i rilevati aeroportuali e ferroviari.

A sua volta, il richiamato art. 8, comma 6, del d.lgs. n. 158, rubricato non a caso "*Appalti esclusi*", prevede che agli appalti di lavori che non siano strettamente correlati agli scopi istituzionali dei soggetti aggiudicatori di cui agli articoli da 3 a 6, o che pur essendo funzionali a detti scopi, riguardino opere il cui contenuto specialistico o tecnico non sia direttamente condizionato dalle specificità tecniche proprie dei settori di cui agli articoli da 3 a 6, individuati con dPCM, su proposta del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con i Ministri competenti, si applicano, per gli aspetti regolati dal d.lgs. n. 158 cit., le norme vigenti.

Con dPCM 5/8/1997 n. 517 è stato adottato il Regolamento, di cui all'art.8 cit., recante norme per la individuazione delle ipotesi e delle fattispecie di lavori sottratte all'applicazione del d.lgs. n. 158/95 ed assoggettate alla normativa sui lavori pubblici.

L'art. 1 di detto dPCM prevede, al comma 1, l'oggetto della disciplina introdotta (appalti di lavori che non siano strettamente correlati agli scopi istituzionali dei soggetti aggiudicatori di cui agli artt. da 3 a 6 del d.lgs. n. 158/95 o che, pur essendo funzionali a detti scopi, riguardano opere il cui contenuto specialistico e tecnico non sia direttamente condizionato dalle specificità tecniche proprie dei settori di cui ai suddetti articoli da 3 a 6); prevede, altresì, al comma 2, che ai lavori individuati sulla base del criterio di cui alla prima parte del comma 1 ed a quelli indicati nel successivo articolo 2 si applicano le disposizioni di cui alla L. n. 109/94 e successive modificazioni ed integrazioni, nonché delle altre leggi anche regionali, dei regolamenti e delle normative tecniche in materia di lavori pubblici.

Il successivo articolo 2 individua, poi, i lavori assoggettati alle disposizioni in materia di lavori pubblici, a meno che non si tratti di lavorazioni che non possono essere progettate separatamente e appaltate separatamente in quanto strettamente connesse e funzionali alla esecuzione di opere comprese nella disciplina di cui al d.lgs. n. 158 cit., ed, in specie:

- a) lavori di terra con eventuali opere connesse in muratura e cemento armato di tipo corrente; demolizioni e sterri;
- b) realizzazione di edifici civili, industriali, monumentali completi di impianti e di opere connesse ed accessorie;
- c) lavori di restauro di edifici e di scavi archeologici;
- d) opere speciali in cemento armato;
- e) impianti tecnologici e speciali relativi ad opere civili nonché fornitura in opera di componenti speciali quali:
 - 1) impianti igienici, idrosanitari, cucine lavanderie e del gas;
 - 2) impianti elettrici;
 - 3) isolamenti termici, acustici e impermeabilizzazioni;
- f) gallerie, costruzioni e pavimentazioni stradali;
- g) lavori relativi ad acquedotti, fognature, impianti di irrigazione e di difesa e sistemazioni idrauliche, dighe;
- h) lavori di sistemazione agraria, forestale e di verde pubblico]

Pertanto, poiché dal combinato disposto delle norme in esame non emerge una generale ed incondizionata applicabilità della legge 109/1994 ai lavori in questione, essendo questa limitata a fattispecie particolari e ben individuate, occorre ora stabilire se, nel caso di specie, possa, invece, farsi ricorso alla richiamata deroga

applicativa.

III.2 Il Collegio ritiene che non sia meritevole di positivo apprezzamento la tesi propugnata dalla società ricorrente in ordine alla applicabilità al caso in esame di quanto stabilisce l'art. 8, comma 6, del d.lgs. n. 158/1995, circa l'individuazione degli appalti esclusi dal regime speciale.

L'oggetto del contratto di appalto in controversia, aggiudicato ai sensi del d.lgs. 158/1995, si riferisce ad una parte dei lavori relativi alla costruzione della nuova sede ferroviaria nel tratto urbano di Roma della linea Alta Velocità Roma–Napoli e per il raddoppio della linea Roma–Sulmona, e consistenti in opere civili e modifiche provvisorie e definitive all'armamento e agli impianti tecnologici durante le fasi dei lavori e nell'adeguamento di fermate e stazioni esistenti, compresa la costruzione dei marciapiedi, le pensiline, i sottopassi o sovrappassi, gli impianti tecnici dei fabbricati.

Si tratta, pertanto, di opere civili che, ai fini della loro realizzazione, involgono anche interventi mirati su impianti propriamente ferroviari (quale, ad es., lo spostamento per fasi dei preesistenti binari della linea Sulmona-Roma; realizzazione per fasi di binari provvisori; demolizione binari esistenti; modifiche provvisorie ad impianti tecnologici ferroviari).

L'analisi dell'oggetto del contratto induce a ritenere, allora, che non sia estensibile, al caso de quo, la deroga introdotta dal legislatore sulla disciplina applicabile ai lavori dei settori esclusi, alla stregua, peraltro, della sussistenza di precise condizioni, e, cioè, che non si tratti di lavori strettamente correlati agli scopi istituzionali dei soggetti aggiudicatori, ovvero, che pure funzionali a detti scopi, riguardino opere il cui contenuto specialistico e tecnico non sia direttamente condizionato dalle specialità tecniche.

Se è evidente, e, peraltro, nemmeno oggetto di discussione, che l'appalto de quo, relativo alla costruzione di nuove linee ferroviarie, è strettamente connesso alla finalità istituzionali di RFI, neppure può escludersi in modo assoluto che le opere civili, necessarie per la realizzazione di una tratta ferroviaria, non siano condizionate alla specificità dell'opera cui sono asservite, essendo, invece, strettamente funzionali all'opera complessivamente considerata e di cui fanno inscindibile parte: è impensabile, invero, che sia progettata una linea ferroviaria, senza che siano progettate anche le relative fermate, ovvero, che si organizzi il sito geografico in cui deve scorrere il binario ferroviario, senza che siano progettate le connesse opere civili necessarie al suo posizionamento.

Ritiene il Collegio, che pure a volere considerare non esaustivo l'elenco di opere di cui all'art. 2 del dPCM del 1997, in cui non sono, invero, contemplate le opere connesse ai trasporti ferroviari, il caso di specie non può essere attratto nella invocata deroga normativa, sussistendo un inscindibile nesso tra le opere di cui si tratta con la realizzazione delle nuove sedi ferroviarie, cui le prime sono funzionali.

Ed invero, la scelta operata dal legislatore in soggetta materia è stata quella di sottrarre alla stazione appaltante la possibilità di opzione tra l'uno o l'altro sistema normativo (i.e. la disciplina generale sui lavori pubblici ed il d.lgs. n. 158/ 1995), dovendosi escludere che la detta opzione sia riconducibile ad una mera facoltà del soggetto aggiudicatore esplicita nella scelta a monte della fase progettuale, od in quella successiva relativa alla fase esecutiva.

Sembra, invece, preferibile, l'opzione ermeneutica secondo cui l'inclusione nella disciplina speciale per i settori esclusi consegue alla insuscettibilità *ex se* di un lavoro di essere disgiunto, sia nella fase progettuale, che in quella esecutiva, dalle opere proprie di questi settori.

III.3 Infine, non sembra inutile evidenziare, anche se, a questo punto, *ad abundantiam*, che il rinvio operato dall'art. 8, comma 6, d.lgs. n. 158/1995, non potrebbe comunque giovare alla società ricorrente, pure a volere ammettere che le opere in questione siano suscettibili di essere attratte nella invocata deroga.

Ed invero, la disposizione in rassegna impone l'applicabilità della normativa in materia di lavori pubblici non in

forza di un generico ed incondizionato rinvio, rendendo applicabile tale normativa ai soli aspetti espressamente disciplinati dal d.lgs. n. 158/1995.

E' noto che detto provvedimento legislativo - coerentemente con la normativa comunitaria di cui costituisce il recepimento - si limita a disciplinare soltanto taluni specifici profili (qualificazione dei concorrenti, forme soggettive per la partecipazione alla gara, procedure di affidamento e criteri di aggiudicazione, subappalto), con la conseguenza che ai lavori individuati dalla norma in esame sono applicabili le sole disposizioni della legge n. 109/1994 e degli altri provvedimenti in materia di lavori pubblici che disciplinino profili già regolamentati dalla normativa speciale sui settori esclusi, ma non anche quelle inserite esclusivamente nella legge quadro dei lavori pubblici, quale, invece, è pacificamente la norma sulla disciplina economica dell'esecuzione.

IV. Rimane da esaminare la richiesta, formulata in via subordinata, di applicazione analogica dell'art. 26, legge 109/1994, attesa la identità sostanziale delle ragioni che giustificano la compensazione dei rincari dei materiali superiori al 10%.

Sul punto occorrono alcune preliminari riflessioni in ordine all'istituto della cui applicazione si controverte, e che è stato introdotto dai commi 4 e seg., dell'art. 26, più sopra riportato testualmente (cfr. punto II.1).

Si tratta, giova ribadirlo, dell'obbligo di adeguamento da parte della stazione appaltante del prezzo, in deroga al generale divieto di revisione dei prezzi, attraverso una compensazione la cui determinazione è ricavabile dal meccanismo individuato in modo vincolato dal legislatore.

La *ratio* del prezzo chiuso, regola cui sono normalmente informati gli aspetti economici degli appalti di lavori pubblici, va ricondotta alla scelta, tra i diversi criteri disponibili, della forfetizzazione convenzionale del quantum economico, e, in definitiva, dell'alea contrattuale medesima per entrambi le parti.

Tale sistema è senz'altro funzionale in un sistema di finanza pubblica contingentata dalle rigide previsioni di bilancio e dalle non più eludibili esigenze di contenimento della spesa pubblica.

Il sistema che ammette, invece, la successiva rivisitazione del prezzo, al verificarsi di predeterminate ed eccezionali condizioni, risponde, invece, alla finalità di mantenere costante nel tempo la sinallagmaticità del rapporto contrattuale, a mezzo di adeguamenti o compensazioni corrispondenti alle variazioni dei prezzi di mercato in misura superiore alla normale alea contrattuale (che il legislatore ritiene superata per scostamenti inferiori o superiori al 10%).

A ciò consegue che la disciplina normativa in tema di adeguamento del prezzo contrattuale al reale valore dei costi di mercato dell'opera pubblica ha una portata precettiva che sfugge alla libera disponibilità delle parti contrattuali, sottendendo, invece, il presidio di un superiore interesse pubblico, che è indisponibile per definizione.

L'interesse pubblico in gioco può essere ricondotto, a parere del Collegio, al giusto equilibrio tra il mantenimento, nel corso della realizzazione dell'opera, degli *standards* qualitativi selezionati con l'aggiudicazione, diversamente non garantibili nel corso del tempo dall'immutabilità del prezzo, ed la pure pregnante esigenza di contenimento della spesa pubblica con la predeterminazione dei criteri cui ragguagliare l'importo dell'adeguamento contrattuale.

IV.1 Sulla scorta di tali considerazioni, allora, occorre stabilire se all'interesse pubblico come sopra individuato - necessità di assicurare in modo costante nel tempo la corrispondenza tra quella che è risultata la migliore offerta in sede di aggiudicazione e quella da realizzare ed effettivamente realizzata - corrispondano, per altrettanto, i generali principi di derivazione comunitaria che in modo del tutto omogeneo devono presidiare l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, siano essi generali, ovvero riconducibili ai settori speciali.

Ritiene il Collegio che può essere d'ausilio la lettura dell'art. 1, comma 1, della legge n. 109/1994, in quanto espressione di alcuni generali principi, disponendosi che: *"In attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di*

efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori”.

E' indubitabile che di tali generali precetti non possa non farsi applicazione anche con riferimento agli appalti di lavori nei settori esclusi, costituendo l'esplicazione dei fondanti principi cui devono ispirarsi e che devono essere comunque garantiti da parte di chi gestisce la cosa pubblica, anche attraverso l'attività strumentale ad opera di affidamenti a soggetti terzi della realizzazione di opere pubbliche o lavori pubblici, comunque, destinati a soddisfare interessi pubblici.

Del resto, l'art. 2, del d.lgs. 163/2006, che, ancorché non applicabile alla fattispecie in esame *ratione temporis*, racchiude in unico compendio normativo i generali principi applicabili in materia di contratti pubblici, come pure già richiamati nell'art. 1, legge quadro del 1994, quali la parità di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e la pubblicità, a tutela dei valori agli stessi sottesi e cioè, sul piano comunitario, la libera circolazione delle persone e delle merci, e, sul piano costituzionale, il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) in relazione all'interesse pubblico finale e concreto che deve essere perseguito, nonché la libera iniziativa economica degli imprenditori di settore (art. 41 Cost.), é sicuramente applicabile anche agli appalti di lavori dei settori speciali, giusta quanto prevede l'esplicito rinvio operato dall'art. 206, del medesimo d.lgs. n. 163/2006.

IV.2 Sulla base di tali premesse, ritiene il Collegio che anche agli appalti dei settori speciali sia estensibile, innanzitutto, il generale divieto di revisione dei prezzi, non essendo razionale un sistema che ammette che i lavori relativi alle opere strumentali alla gestione di servizi strategici per l'economia pubblica, come quello dei trasporti, siano esposti a successive lievitazioni disancorate da parametri certi ed oggettivi, e ciò in spregio ai principi sia di matrice comunitaria della libera esplicazione concorrenziale, ma anche di derivazione costituzionale, con specifico riferimento al buon andamento dell'azione amministrativa.

Per altrettanto, non può non ammettersi, con riferimento a tale generale regola, l'ingresso alla eccezione, come pure dettagliatamente descritta dal legislatore nelle norme di cui la parte ricorrente reclama l'applicazione, che invece ammette la compensazione del prezzo contrattuale al verificarsi di talune eccezionali circostanze; diversamente, si sarebbe al cospetto di un sistema irrazionale in cui, pure in presenza di parità di circostanze oggettive – quale la straordinaria e non prevedibile lievitazione dei prezzi di alcuni materiali impiegati nei lavori – non si farebbe luogo alle compensazioni secondo i parametri stabiliti dalla legge e finalizzate, come sopra rilevato, a garantire comunque gli *standards* di qualità delle opere pubbliche.

IV.3 Infine, ritiene il Collegio che non può trovare ingresso, in proposito, l'eccezione sollevata, in limine, dalla parte resistente, che rileva come i commi 4 bis e seg. dell'art. 26 siano stati inseriti nel corpo della legge quadro sui lavori pubblici in data successiva a quella della stipula del contratto di appalto di cui si tratta.

Al riguardo è sufficiente rilevare che al comma 4 quinquies, art. 26, legge 109/1994, viene precisato che le disposizioni di cui ai commi 4-bis, 4-ter e 4-quater si applicano ai lavori eseguiti e contabilizzati a partire dal 1° gennaio 2004, ed è, pertanto, ininfluente, per i fini che ne occupa, la data di sottoscrizione del contratto di appalto.

V. Acclarata la fondatezza della domanda avanzata dalla parte ricorrente, rimane da stabilire la congruità del quantum della richiesta avanzata, che la società ricorrente fa coincidere con la determinazione di cui alla CTU espletata nel corso del giudizio ordinario, e depositata in atti quale principio di prova in ordine allo scostamento dei prezzi di mercato dei materiali ferrosi negli anni dal 2004 al 2006.

Ritiene il Collegio che, in applicazione di quanto prevede l'art. 11, comma 6, del cpa, oltre che del generale principio di economia dei mezzi giuridici, è ammissibile nel processo amministrativo la valutazione delle prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione.

Pertanto, può essere accordata la richiesta formulata dalla parte ricorrente, nella misura già quantificata dal

consulente del giudice ordinario, che ha determinato l'importo in conto capitale da corrispondere in compensazione per gli anni 2004, 2005 e 2006, in € 1.533.470,40, da maggiorarsi degli accessori di legge tenendo conto degli interessi maturati nel periodo considerato, per una somma complessiva di € 2.082.270,41.

A tale somma, come sopra indicata, dovranno essere aggiunti, ancora, gli interessi di legge decorrenti dalla data della notificazione, a cura di parte, della presente decisione, fino all'integrale soddisfo.

Le spese del giudizio possono essere integralmente compensate, stante la novità e complessità della fattispecie controversa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza Ter, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto,

-dichiara il diritto della società Cooperativa Coopsette all'adeguamento prezzi di cui all'art. 26, comma 4 bis e seg., legge n. 109/1994, in relazione agli oneri sostenuti negli anni 2004, 2005 e 2006 per l'acquisto di materiali ferrosi;

-condanna la società RFI Spa a corrispondere alla società ricorrente la somma come quantificata in parte motiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere

Donatella Scala, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)