

Il TAR Lazio annulla parte del DM del 9/1/2008 sui prezzi dei materiali da costruzione¹

di Arrigo Varlaro Sinisi

Il DM 9 gennaio 2008 - contenente la rilevazione dei prezzi medi per l'anno 2004 e delle variazioni percentuali annuali per l'anno 2005, relativi ai materiali da costruzione più significativi, ai sensi degli 133 commi 4, 5 e 6 e 253 comma 24 del D.Lgs n. 163/2006 – è stato parzialmente annullato dalla sentenza del TAR Lazio Sezione III 18 febbraio 2009, n.2640, perché ritenuto illegittimo nella parte in cui *non contempla ulteriori materiali oltre quelli menzionati nel decreto medesimo*².

Il Collegio giudicante osserva, infatti, che gli indici di valutazione utilizzati dalla Commissione - cui è attribuito il compito di rilevare l'incremento dei prezzi di cui trattasi - hanno rilevato un incremento del prezzo anche di altri materiali, i quali tuttavia non sono stati menzionati del decreto ministeriale del mese di gennaio di quest'anno.

La sentenza in commento, di là della sua applicazione al caso concreto, costituisce un rilevante precedente al quale sarà chiamato ad uniformarsi il Ministero nell'emanazione dei futuri decreti di rilevamento dei prezzi nei materiali da costruzione.

I motivi dell'annullamento

¹ Pubblicato su www.appaltiecontratti.it dell'8 aprile 2009.

² Ossia, il “filo rame conduttore dn 0,5 mm” e le “condutture tubi in rame”.

La sentenza in commento ha affermato che il DM in questione ben può essere censurato per violazione di criteri di *ragionevolezza intrinseca*, per *inidoneità*, *insufficienza* o *erroneità dell'istruttoria*.

In sede di emanazione dei decreti ministeriali della specie, infatti, l'Amministrazione deve anzitutto rilevare, in maniera *trasparente*, *congrua* e *verificabile*, dati oggettivi riguardanti gli scostamenti percentuali dei prezzi e poi deve valutare, non illogicamente, se tale scostamento sia stato determinato o meno da *circostanze eccezionali*.

Nel caso in esame, entrambi i suddetti profili (variazione in aumento superiore al 10% ed eccezionalità delle circostanze) sono stati oggetto di contestazione da parte del ricorrente.

Per quanto attiene al primo aspetto, è stato dedotto il *difetto di istruttoria*, per *carente o apodittica valutazione dei dati acquisiti e disponibili*.

Più in particolare, è stato affermato che la Commissione istruttoria ha illegittimamente riconosciuto l'aumento significativo dei prezzi (per una percentuale superiore al 10%) soltanto quando il superamento di tale soglia risultava attestato dai tre indici presi a riferimento (Provveditorati SIIT, ISTAT, Unioncamere).

Il che ha concretizzato e rivelato una palese carenza di istruttoria, per mancanza di approfondimenti al riguardo, non essendo previsto in alcuna norma di legge che l'aumento percentuale significativo dovesse risultare univocamente attestato dagli indici utilizzati dalla Commissione, e rivelandosi quindi, l'orientamento in tal senso assunto dalla Commissione stessa, del tutto arbitrario ed irrazionale.

Secondo il TAR il suddetto criterio, pur ragionevole se utilizzato ai fini della valorizzazione della concordanza dei dati, non sembra logico e sufficiente nella *sua esclusività ed assolutezza*, ovvero nella misura in cui è stato utilizzato per escludere comunque l'aumento rilevante in caso di insussistenza di univocità dei tre indici assunti a parametro di valutazione.

Infatti, da un lato, la presenza dei tre indici non è necessaria, dall'altro, principi di ragionevolezza e buon andamento dell'azione amministrativa richiedono, in caso di discordanza tra i dati riportati nei due soli indici disponibili, che si proceda ad ulteriori accertamenti.

Nel caso di specie, tali accertamenti, con limitato riferimento ai materiali indicati dalla ricorrente sono invece illegittimamente mancati, stando alle risultanze procedurali depositate in giudizio (trattatasi dei seguenti materiali: "rete elettrosaldata", "lamiere zincate", "ferro profilato"; "lamiere in ferro", "tubazioni in materiale plastico", "pietrame in scampoli").

Il TAR ha inoltre rilevato che relativamente ad un particolare materiale ("pietriscio per calcestruzzi") il superamento della soglia del 10% di aumento è risulta attestato, nella tabella di rilevazione, da un solo indice su tre, per cui lo stesso TAR ha ritenuto di disattendere ogni doglianza della ricorrente al riguardo.

Sulla eccezionalità delle circostanze determinanti variazioni di prezzo.

Il Collegio ha mostrato di non condividere il criterio seguito dalla Commissione, la quale ha ritenuto di poter considerare "eccezionali" le sole circostanze *"determinate da fatti notori che abbiano influito sull'andamento dei prezzi"*, quali, ad esempio *"le azioni di Governo, le azioni della Commissione europea, le pubblicazioni dei mass-media"*.

Ebbene, secondo il Collegio capitolino i fatti notori assumono rilevanza fino ad un certo punto, nel senso che è irragionevole escludere aprioristicamente circostanze che pur non essendo state determinate da fatti notori, nondimeno meritavano di essere verificate sotto il profilo della loro eccezionalità.

In buona sostanza, l'Amministrazione desume l'eccezionalità delle circostanze non da *caratteristiche oggettive dell'evento* in sé e per sé considerato, ma dalle cause che lo hanno determinato o dai suoi effetti sotto il profilo della rilevanza mediatica.

Invece, osserva sempre il Collegio, il parametro dell'eccezionalità delle circostanze deve essere valutato per la sua *oggettività*, in rapporto a dati di natura obiettiva quali:

- la frequenza;
- le dimensioni;
- l'intensità dell'evento

elementi suscettibili di misurazione e quindi tali da consentire classificazioni almeno di ordine statistico.

Per quanto concerne l'ulteriore elemento della sua imprevedibilità, esso deve essere valutato secondo i parametri:

- di normale prudenza;
- di accortezza

richiesti ad operatori esercenti attività imprenditoriale nell'ambito dei lavori pubblici.

Le considerazioni che precedono hanno quindi indotto il Giudicante a dichiarare l'illegittimità per irragionevolezza della valutazione effettuata nell'atto impugnato, per escludere la ricorrenza del requisito in questione.

D'altra parte il Collegio non ha condiviso l'assunto della ricorrente secondo cui l'eccezionalità consisterebbe nella semplice variazione di prezzo per una percentuale superiore al 10%; infatti, ad avviso del TAR non è sempre la misura dello scostamento in se stessa a concretare l'eccezionalità richiesta dalla legge, rilevando invece al riguardo il coacervo degli elementi e parametri suddetti, ivi compresa la prevedibilità o meno della variazione, ben potendo, in particolari momenti o congiunture economiche, risultare non "eccezionale" anche una variazione di prezzo superiore al 10%.

In altre parole, l'eccedenza rispetto al normale incremento del 10% assume rilevanza solo ove tale incremento sia rilevato e valutato come "eccezionale", e non già per il solo fatto che l'aumento abbia superato detta percentuale..

Regime di applicazione ed efficacia dei precedenti decreti

Interessante appare anche una diversa questione affrontata dal TAR, volta a stabilire se i materiali già individuati nei precedenti decreti del 2005 e 2006, soggetti anch'essi ad aumenti eccezionali, avrebbero dovuto o meno essere compresi nel decreto in questione per gli ulteriori incrementi superiori al 10% registrati nel 2006.

Dal momento che il relativo valore non è stato indicato nel Decreto impugnato, ciò avrebbe illegittimamente impedito, a detta della ricorrente, la piena compensazione del pregiudizio subito da quanti, avendo formulato la propria offerta nel 2003, hanno contabilizzato lavori nel corso del 2006.

La censura, a detta del Collegio, è priva di fondamento, atteso che le circostanze eccezionali devono essere individuate anno per anno e si riferiscono ad un determinato anno solare in quanto la fattispecie dell'eccezionalità è caratterizzata dal suo determinarsi in un periodo di tempo limitato. In proposito il Tar evoca un precedente parere del Consiglio di Stato il quale avrebbe chiarito che *“occorre considerare sempre in modo separato le singole variazioni annuali nei prezzi dei materiali considerati e che esse assumono rilievo solo in quanto siano rilevate come eccezionali”*.

Per cui, se in un anno l'aumento di prezzo è stato eccezionale (e come tale è stato riconosciuto) non necessariamente questo comporta che altra variazione (anche in misura superiore al 10%) debba per forza ed automaticamente qualificarsi “eccezionale” a sua volta, non potendosi escludere la sussistenza di circostanze diversificatrici da valutarsi rispetto all'aumento precedente, e presupponendo comunque, anche il nuovo aumento, l'ulteriore ed autonoma valutazione dell'Amministrazione.

Il Decreto impugnato ha stabilito all'art. 2 che “per la determinazione delle compensazioni relative ai materiali da costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nel 2006”, si fa tra

l'altro riferimento (vedi lettera c) "ai prezzi medi e alle variazioni percentuali annuali per la parte eccedente il 10%, rilevati nella tabella riportata all'art. 1 del presente decreto, nella tabella allegata al decreto ministeriale 11 ottobre 2006, e nella tabella allegata al decreto ministeriale 30 giugno 2005, qualora l'offerta sia stata presentata nel 2003 o anteriormente".

Il che – ad avviso del Collegio - appare sufficiente e corretta considerazione delle ragioni di coloro che hanno prodotto offerta nel 2003, anche in ipotesi di mancato riconoscimento della persistenza delle condizioni di eccezionalità negli aumenti di prezzo.