

N. 04891/2012REG.PROV.COLL.
N. 09757/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9757 del 2011,
proposto da:

ASSOCIAZIONE DEGLI INDUSTRIALI DEL NORD SARDEGNA e
SEZIONE COSTRUTTORI EDILI DELLA ASSOCIAZIONE DEGLI
INDUSTRIALI DEL NORD SARDEGNA, ciascuna in persona del
proprio rispettivo legale rappresentante in carica, rappresentate e difese
dagli avv. Arturo Cancrini, Marco D'Alberti, Claudio De Portu e Luca
Mazzeo, con domicilio eletto presso Cancrini-Piselli Studio Legale
Associato in Roma, via G. Mercalli, n. 13;

contro

COMUNE DI SASSARI, in persona del sindaco in carica, rappresentato e
difeso dagli avv. Simonetta Pagliazzo, Maria Ida Rinaldi e Pierfrancesco
Cubeddu, con domicilio eletto presso Marco Nesoti in Roma, via Filippo
Turati, n. 86;

nei confronti di

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI (ANCE)

SARDEGNA, in persona del legale rappresentante in carica; OMNIA STRADE SAS DI MASILLO UGO & C., in persona del legale rappresentante in carica, entrambe non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA – CAGLIARI, Sez. I, n. 923 del 12 settembre 2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO ESECUZIONE LAVORI DI MANUTENZIONE SEGNALETICA STRADALE ORIZZONTALE E VERTICALE NON LUMINOSA;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Claudio De Portu, Luca Mazzeo e Pierfrancesco Cubeddu;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Sassari con avviso prot. n. 13538 dell'8 febbraio 2011 ha indetto una gara a procedura aperta per l'affidamento dei "Lavori di manutenzione della segnaletica stradale orizzontale e verticale non luminosa", per un importo complessivo di €. 433.466,31 (di cui €. 13.003,99 per oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza non soggetti a ribasso), da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara.

Con successivo avviso prot. n. 19757 del 25 febbraio 2011 sono state apportate alcune modifiche all'elenco prezzi facente parte del progetto esecutivo – definitivo relativo alla gara in oggetto, ferme restando tutte le altre disposizioni della lex specialis.

2. Di tali atti l'Associazione degli Industriali del Nord Sardegna e la Sezione Costruttori Edili dell'Associazione degli Industriali del Nord Sardegna hanno chiesto l'annullamento al Tribunale amministrativo regionale della Sardegna, deducendone l'illegittimità per "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 133, comma 8, del D. Lgs. n. 163/2006, degli artt. 23. 33. 34. 43 e 44 del D.P.R. 554/1999, nonché della legge regionale della Sardegna n. 5/2007 e della legge regionale della Sardegna n. 327/2000. Eccesso di potere per difetto di istruttoria" (primo motivo); "Violazione e/o falsa applicazione dell'allegato XV al D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (secondo motivo) e "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, sviamento, difetto di motivazione e di istruttoria (terzo motivo).

Secondo le ricorrenti i prezzi posti a base di gara erano incongrui e non remunerativi, essendo inferiori al Prezzario 2008 della Regione Sardegna; inoltre gli oneri del piano di sicurezza e coordinamento erano stati inammissibilmente determinati in modo forfettario in relazione ad ipotetiche e generiche situazioni di pericolo; infine non vi era alcuna corrispondenza tra le quantità di lavorazioni ed i relativi prezzi unitari, così come mancava qualsiasi specifica indicazione circa le effettive lavorazioni che avrebbero dovuto svolgere le due squadre di lavoratori di cui era pretesa la continua disponibilità.

3. Intervenuta l'aggiudicazione in favore della Omnia Strade s.a.s. di Masillo Ugo C., giusta provvedimento prot. n. 1053 dell'8 aprile 2011, anch'essa è stata impugnata con motivi aggiunti, lamentandosene l'illegittimità derivata e reiterando a tal fine le stesse censure già spiegate col ricorso principale.

4. L'adito tribunale, sez. I, con la sentenza n. 923 del 12 settembre 2011, nella resistenza dell'intimato Comune di Sassari e con l'intervento ad adiuvandum dell'Associazione Nazionale Costruttori Edili della Sardegna,

riconosciuta sussistente la legittimazione ad agire delle ricorrenti, ha respinto il ricorso, ritenendo infondate le censure sollevate.

In particolare il predetto tribunale ha osservato che l'intimato Comune di Sassari non aveva mai adottato il prezzario regionale, avendo proceduto sempre con proprie autonome analisi di mercato ai fini della determinazione dei prezzi da porre a base d'asta nelle gare di appalto (circostanza di cui peraltro il legale rappresentante dell'Associazione ricorrente era consapevole per avere la sua ditta - Se.sar. - partecipato ad analoghi appalti), per quanto i prezzi posti a base di gara erano determinati a seguito di un'effettiva indagine di mercato ed erano congrui, remunerativi e rispondenti a quelli di mercato come peraltro dimostrava la massiccia partecipazione alla gara (54 ditte) , a nulla rilevando che fossero stati confermati da preventivi acquisiti successivamente alla proposizione del ricorso e che l'indagine di mercato fosse stata svolta con ditte potenziali fornitrici dei materiali oggetto dell'appalto, tanto più che l'appalto in questione non prevedeva la manutenzione programmata, bensì interventi a chiamata; inoltre, sempre secondo i primi giudici, il Comune aveva approvato regolarmente il piano di sicurezza e di coordinamento, mentre era priva di qualsiasi fondamento la tesi dell'avvenuta abrogazione del c.d. contratto aperto (ex art. 154 del D.P.R. n. 554 del 1999).

5. Le originarie ricorrenti hanno chiesto la riforma della predetta sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua di tre articolati motivi di gravame, rubricati rispettivamente, il primo "Error in iudicando - Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 133, comma 8, del D. Lgs. n. 163/2006, degli artt. 23, 33, 34, 43 e 44 del D.P.R. n. 554/1999, nonché della legge regionale della Sardegna n. 5/2007 e della legge regionale della Sardegna n. 327/2000. Eccesso di potere per sviamento. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 89 del D. Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria", il secondo "Error in iudicando - Violazione e/o

falsa applicazione dell'allegato XV al D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81" ed il terzo " Error in iudicando - Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, sviamento, difetto di motivazione e di istruttoria", con cui sono state sostanzialmente riproposte le censure sollevate in primo grado, a loro avviso, malamente apprezzate, superficialmente esaminate ed ingiustamente respinte con motivazione approssimativa, lacunosa e non condivisibile.

Ha resistito al gravame il Comune di Sassari, chiedendone il rigetto.

6. Le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive.

All'udienza del 4 maggio 2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. L'appello è infondato.

7.1. Con il primo motivo di gravame, lamentando "Error in iudicando - Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 133, comma 8, del D. Lgs. n. 163/2006, degli artt. 23, 33, 34, 43 e 44 del D.P.R. n. 554/1999, nonché della legge regionale della Sardegna n. 5/2007 e della legge regionale della Sardegna n. 327/2000. Eccesso di potere per sviamento. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 89 del D. Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria", le appellanti hanno reiterato la censura concernente il difetto di istruttoria del bando di gara per le asserite incongruità e non remuneratività dei prezzi posti a base di gara.

La censura non può essere accolta, in quanto le pur articolate e suggestive argomentazioni sviluppate sono sfornite di qualsiasi elemento probatorio.

Non devono al riguardo ingannare i copiosi richiami normativi operati dalle appellanti: se non può certamente dubitarsi che le amministrazioni appaltanti devono porre a base di gara prezzi di per sé congrui e rispondenti a quelli praticati nel mercato (ciò costituendo nell'ambito dei

procedimenti di scelta del contraente applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento cui deve ispirarsi, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione l'attività della pubblica amministrazione, atteso che è intuitivo che prezzi non remunerativi inciderebbero negativamente sulla stessa qualità delle prestazioni oggetto di appalto), tuttavia nel caso di specie non è stato giammai contestato che il Comune di Sassari non solo non abbia utilizzato un proprio prezzario, ma non ha neppure fatto riferimento a quello della Regione Sardegna del 2008.

Quest'ultimo infatti costituisce, nell'assunto delle appellanti, un mero parametro di confronto dei prezzi posti a base di gara e quindi si atteggia a mero indizio della presunta incongruità e non remuneratività dei prezzi indicati dall'amministrazione appaltante, indizio che tuttavia non solo non è stato supportato da altri elementi di fatto gravi, precisi e concordanti, ma, per contro, è stato adeguatamente neutralizzato, proprio sul piano probatorio, sia dai preventivi forniti dallo stesso Comune di Sassari a conforto della correttezza del proprio operato (e della congruità dei prezzi indicati nell'elenco prezzi), sia dalla massiccia partecipazione degli operatori economici alla gara in questione.

Quanto ai primi, le appellanti ne hanno contestano la valenza probatoria, asserendo che essi sarebbero stati acquisiti successivamente alla stessa gara e proverrebbero da soggetti che intrattengono rapporti con l'amministrazione appaltante: senonché tali argomentazioni non sono idonee a scalfirne il contenuto, unico elemento rilevante per i fini che qui interessano, consistente nella attestazione della congruità dei prezzi posti a base di gara in quanto rispondenti a quelli praticati dagli operatori nel mercato (non spettando al giudice amministrativo, neppure incidentalmente, l'indagine circa la liceità o meno di eventuali comportamenti o accordi dell'amministrazione appaltante con gli operatori cui sono stati richiesti i predetti preventivi, in ordine all'effettività dei

prezzi indicati, questione che peraltro neppure timidamente è stata evidenziata dalle appellanti).

Quanto all'elemento della massiccia partecipazione alla gara (54 ditte), la Sezione non ritiene di doversi discostarsi dal convincente precedente (sez. V, 14 febbraio 2011, n. 953), peraltro citato anche dai primi giudici, secondo cui non è "...inconferente e trascurabile, in un contenzioso che tende a dimostrare l'illegittimità per assoluta incongruenza del prezzo base, la circostanza che abbiano partecipato altre quattro imprese, proponendo ribassi, e che l'offerta dell'aggiudicataria abbia superato la verifica dell'anomalia...", tanto più che "...è (tuttavia) innegabile che la risposta del mercato ad una determinata proposta costituisce un indizio significativo, che depone nel senso della appetibilità e quindi della remuneratività, sotto i più diversi profili, della proposta stessa".

Non è pertanto provata la tesi del difetto di istruttoria da cui sarebbe stato affetto il bando di gara in relazione ai prezzi posti a base di gara, tanto più che la suggestiva argomentazione delle appellanti, secondo cui l'intimata amministrazione comunale non avrebbe fornito effettiva prova documentale dell'effettiva istruttoria svolta ai fini della determinazione dei prezzi posti a base di gara, oltre ad essere ultronea ed irrilevante (l'attività istruttoria de qua non dovendo necessariamente essere consacrata in apposita documentazione), finisce per invertire inammissibilmente l'onere della prova di cui all'art. 2697 C.C.

Le osservazioni che precedono escludono la ammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio chiesta dalle appellanti per l'accertamento della congruità dei predetti prezzi, non potendo peraltro sottacersi che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo deve arrestarsi all'irragionevolezza o alla illogicità delle determinazioni amministrative (irragionevolezza ed illogicità di cui nel caso di specie non è stata fornita alcuna prova o elemento di prova, come rilevato) e non può spingersi a sostituire le

valutazioni dell'amministrazione con le proprie (finalità cui sostanzialmente aspirano le ricorrente proprio attraverso il ricorso ad un consulente tecnico); ugualmente inutili o irrilevanti ai fini della prova della sussistenza del vizio rubricato sono le relazioni di consulenza di parte prodotte dalle appellanti, che si atteggiavano a mero inammissibile dissenso dalle determinazioni dell'amministrazioni.

7.2. Parimenti privo di fondamento giuridico e di qualsiasi adeguato supporto probatorio è il secondo motivo di gravame, con il quale, denunciando "Error in iudicando - Violazione e/o falsa applicazione dell'allegato XV al D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81", le appellanti hanno sostenuto che, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, il Piano di Sicurezza e Coordinamento predisposto dall'amministrazione appaltante non avrebbe posseduto i requisiti minimi stabiliti dalla legge, non avrebbe recato alcuna puntuale analisi circa l'individuazione dei rischi e avrebbe inammissibilmente determinato in maniera generica e forfettaria gli oneri della sicurezza.

Come correttamente rilevato dai primi giudici, l'amministrazione appaltante ha effettivamente provveduto all'elaborazione dell'apposito Piano di Sicurezza e Coordinamento, circostanza che peraltro risulta documentalmente, tenendo conto della peculiarità del contratto aperto di manutenzione oggetto della gara di appalto, contratto caratterizzato notoriamente dalla omogeneità delle prestazioni di riparazione e manutenzione e dalla loro ripetitività (caratteristiche che del resto le appellanti non hanno giammai contestato), così che le presunte lacune e genericità nella indicazione e descrizione dei rischi (lacune e genericità che peraltro sono anch'esse rimaste a livello di mere apodittiche affermazioni sprovvedute di qualsiasi elemento di prova, neppure a livello indiziario), lungi dal costituire presunti indici sintomatici dell'illegittimità dell'operato dell'amministrazione, sono piuttosto una conseguenza ineluttabile dello

stesso oggetto delle prestazioni contrattuali.

Nè può dubitarsi della correttezza dell'indicazione dei costi della sicurezza: anche a voler prescindere dal fatto che, come si ricava dalla lettura del predetto Piano, essi non sono stati determinati in modo meramente forfettario, bensì sulla base "...dell'analisi dei precedenti appalti inerenti la manutenzione della segnaletica orizzontale e verticale non luminosa del Comune di Sassari" e perciò in misura corrispondente al 3% dell'importo totale dei lavori (percentuale evidentemente corrispondente all'ammontare degli oneri della sicurezza nei precedenti analoghi contratti di manutenzione), la Sezione deve ancora una volta sottolineare che a fronte dell'obbligo incombente sull'amministrazione appaltante di indicare i costi della sicurezza, le appellanti, violando il principio dell'onere della prova, si sono limitati a contestare genericamente l'operato dell'amministrazione, senza tuttavia individuare precisamente quali fossero gli elementi da cui poteva ragionevolmente e fondatamente dedursi la pretesa illegittimità, né hanno indicato le ragioni della pretesa incongruità dei costi fissati dall'amministrazione.

In ogni caso, deve rilevarsi che anche un'eventuale incongruità dei costi per la sicurezza non costituisce di per sé elemento idoneo ad influire sull'offerta, trattandosi notoriamente di oneri non soggetti a ribasso, così come un'eventuale lacunosità del Piano di sicurezza, se effettivamente sussistente, non determina affatto una conseguente illegittimità del bando, neppure sotto il profilo della possibile violazione o dell'esposizione del bene giuridico con esso protetto (integrità della persona del lavoratore), atteso che, ai sensi del comma 1, lett. b), dell'art. 92, del D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, il coordinatore per l'esecuzione dei lavori può, tra l'altro, adeguare "...il piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 100, in relazione all'evoluzione dei lavori ed alle eventuali modifiche intervenute, valutando le proposte delle imprese esecutrici dirette a migliorare la

sicurezza in cantiere”, oltre a verificare “...che le imprese esecutrici adeguino, se necessario, i rispettivi piani operativi di sicurezza”.

7.3. Con il terzo motivo di gravame, lamentando " Error in iudicando - Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, sviamento, difetto di motivazione e di istruttoria", le appellanti, pur non contestando più la vigenza, al momento dell'inizio della gara in questione, del c.d. contratto aperto di manutenzione (ex art. 154 del D.P.R. n. 554 del 1999), ne deducono piuttosto una pretesa incompatibilità con l'accordo quadro previsto dal D. Lgs. n. 163 del 2006, rilevando che in ogni caso sussisterebbe la violazione dell'art. 154 del D.P.R. n. 554 del 1999.

Anche tale censura tuttavia non è meritevole di favorevole considerazione.

Occorre al riguardo osservare che mentre il “contratto aperto di manutenzione” (ex art. 154, comma 2, del D.P.R. n. 554 del 1999) è caratterizzato dal fatto che “... la prestazione è pattuita con riferimento ad un determinato arco di tempo, per interventi non predeterminati nel numero, ma resi necessari secondo le necessità della stazione appaltante”, l'accordo – quadro (ex art. 3, comma 13, del D. Lgs. n. 163 del 2006) “...è un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste”.

Ciò posto, pur potendo ammettersi che in astratto tra le predette fattispecie possano rinvenirsi alcuni tratti comuni (quali, per esempio, il fatto di essere riferiti ad un determinato arco di tempo, ovvero l'indicazione in linea generale delle prestazioni da eseguire), non può tuttavia negarsi che solo il primo contiene già di per sé un impegno ad effettuare determinare prestazioni, laddove il secondo costituisce solo il tessuto giuridico – normativo cui le parti si sono vincolate per la successiva conclusione e

stipulazione di un contratto: ciò è sufficiente, ad avviso della Sezione, ad escludere la sussistenza della asserita, ma non provata, incompatibilità del primo con la normativa di cui al D. Lgs. n. 163 del 2006 (fermo restando poi la sua successiva abrogazione ad opera del D.P.R. n. 207 del 2010, a decorrere dalla sua entrata in vigore e cioè dall'8 ottobre 2010).

Proprio la peculiare caratteristica del contratto aperto di manutenzione esclude poi la sussistenza del dedotto vizio di carenza istruttoria da cui sarebbe affetto il bando di gara per l'asserita genericità della indicazione delle lavorazioni e della pretesa non corrispondenza tra prezzi e lavorazioni indicate nell'elenco prezzi, tanto più che la prestazione oggetto del contratto era puntualmente esplicitata nella lex specialis di gara ed in particolare nel Capitolato Speciale (art. 1, oggetto dell'appalto: secondo cui "l'appalto ha come suo oggetto: - la manutenzione della segnaletica stradale orizzontale, di quella verticale non luminosa esistente sul territorio comunale di Sassari su strade urbane ed extraurbane; - la realizzazione e/o soppressione di impianti di segnaletica stradale orizzontale e/o verticale non luminosa a seguito di modifiche alla viabilità decise dall'Amministrazione Comunale; - l'installazione e la manutenzione di presidi alla sicurezza stradale quali barriere, cordoli, etc. L'elencazione di cui sopra ha carattere esemplificativo e non esclude altre tipologie di lavori. Nell'appalto sono compresi tutti i lavori, le prestazioni, le forniture e le provviste necessarie per dare il lavoro completamente compiuto e secondo le condizioni stabilite dal presente capitolato speciale d'appalto, con le caratteristiche tecniche, qualitative e quantitative previste dai documenti costituenti il progetto definitivo – esecutivo dei quali l'appaltatore dichiara di aver preso completa ed esatta conoscenza...) e nello schema di contratto (in cui all'art. 1 era stabilito "L'appalto ha per oggetto l'esecuzione dei lavori di manutenzione della segnaletica orizzontale e verticale non luminosa di proprietà del Comune di Sassari esistente alla data di stipula del

presente contratto, secondo quanto precisato nel capitolato speciale d'appalto. Il contratto si estenderà inoltre ad eventuali impianti di segnaletica orizzontale e verticale non luminosa realizzati durante la sua durata. Il contratto avrà le caratteristiche di c.d. contratto apertoi ai sensi dell'art. 154 del DPR 554/99. Pertanto l'Amministrazione, a seconda delle esigenze contingenti, potrà ordinare i singoli interventi per qualunque importo ed in qualunque tempo, senza quindi che l'Appaltatore possa vantare diritti e/o compensi per eventuali periodi di inattività".

8. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dall'Associazione degli Industriali del Nord Sardegna e dalla Sezione Costruttori Edili della Associazione degli Industriali del Nord Sardegna avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, n. 923 del 12 settembre 2012, lo respinge.

Condanna le appellanti, in solido tra di loro, al pagamento in favore del Comune di Sassari delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 9.000,00 (novemila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/09/2012

IL SEGRETARIO

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