

N. 00923/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 00238/2011 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 238 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Associazione Industriali Nord Sardegna, Sezione Costruttori Edili dell'Associazione Industriali Nord Sardegna, rappresentati e difesi dagli avv. Luca Mazzeo, Sergio Segneri, con domicilio eletto presso quest'ultimo avvocato in Cagliari, via Sonnino n. 84;

***contro***

Comune di Sassari, rappresentato e difeso dagli avv. Simonetta Pagliazzo, Maria Ida Rinaldi, con domicilio eletto presso Raffaele Di Tucci in Cagliari, via Tuveri n. 47;

***e con l'intervento di***

ad adiuvandum:

Associazione Nazionale Costruttori Edili (A.N.C.E.) Sardegna,

rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Maria Lauro, con domicilio eletto presso Giovanni Maria Lauro in Cagliari, via Salaris n. 29;

***per l'annullamento***

del bando della gara (procedura aperta) indetta dal Comune di Sassari con prot. n. 13538 dell'8/2/11, pubblicato il 9.2.11, codice CIG 0910099D70, con il criterio del prezzo più basso "determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara...", per l'esecuzione dei lavori "di manutenzione della segnaletica orizzontale e verticale non luminosa", per l'importo totale lordo di euro 433.466,31, di cui euro 13.003,99 per oneri per la sicurezza;

dell'avviso di rettifica del sopra menzionato bando, codice CIG 0910099D70 e CUP B86g11000020004, PROT. 19757 del 25.2.11, pubblicato in pari data, con cui il Comune di Sassari ha modificato l'Elenco Prezzi posto a base di gara, eliminando le prime 4 voci di EP relative al costo della manodopera;

di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso e/o conseguente, anche se non conosciuto, ivi compresi, per quanto occorra, la determinazione a contrattare, gli elaborati progettuali, l'elenco prezzi, il capitolato speciale d'appalto e lo schema di contratto, oltre che gli eventuali provvedimenti medio tempore assunti dal Comune di Sassari per lo svolgimento della suddetta procedura di gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sassari;

viste le memorie difensive;  
visti tutti gli atti della causa;  
relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2011 il dott. Gianluca Rovelli e uditi l'avvocato Mazzeo per la ricorrente, l'avvocato Pagliazzo per il Comune di Sassari, l'avvocato Lauro per l'interveniente ad adiuvandum;  
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con bando pubblicato il 9.2.2011 il Comune di Sassari indiceva una gara d'appalto a procedura aperta avente ad oggetto l'esecuzione dei lavori di manutenzione della segnaletica orizzontale e verticale non luminosa sul territorio comunale. L'importo a base di gara era fissato in € 433.466,31 di cui € 13.003,99 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso.

L'Associazione ricorrente espone che, analizzando la lista delle categorie di lavoro previste per l'esecuzione dell'appalto, in relazione all'importo dello stesso emerge:

che i prezzi posti a base di gara dal Comune di Sassari sono inferiori a quelli di cui al prezzario 2008 della Regione Sardegna, in vigore dall'11.2.2009;

che nel Piano di sicurezza e coordinamento, i relativi oneri sono stati forfettariamente determinati nella misura del 3% dell'importo dei lavori e relativamente ad ipotetiche tipologie di rischio e di misure di sicurezza completamente avulse dalla realtà del cantiere e delle

lavorazioni da eseguirsi;

che non esiste corrispondenza tra le quantità delle lavorazioni ed i relativi prezzi unitari, atteso che le quantità non sono state determinate o indicate, nemmeno in termini previsionali;

che vi è l'obbligo in capo all'impresa di garantire la disponibilità costante e continua di almeno due squadre (e di una terza su richiesta della direzione lavori entro al massimo sette giorni) senza che siano indicate le lavorazioni che giornalmente dovrebbero eseguirsi né, tantomeno, un compenso suppletivo per la reperibilità.

Secondo la ricorrente il bando sarebbe illegittimo per i seguenti motivi in diritto:

violazione e/o falsa applicazione dell'art. 133 comma 8 del d.lgs. 163 del 2006, degli artt. 23, 33, 34, 43 e 44 del d.P.R. 554/1999, nonché della L.R. Sardegna 5/2007 e della L. 327/2000, eccesso di potere per sviamento, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 89 del d.lgs. 163/2006, eccesso di potere per difetto di istruttoria;

violazione e/o falsa applicazione dell'allegato XV al d.lgs. 81 del 2008;

violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 del d.lgs. 163 del 2006, eccesso di potere per difetto dei presupposti, sviamento, difetto di motivazione e di istruttoria.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati previa concessione di idonea misura cautelare.

Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 23 marzo 2011 la domanda cautelare veniva rigettata.

Il Consiglio di Stato con ordinanza n. 1926/2011 riformava la predetta ordinanza ai soli fini della rapida fissazione dell'udienza di merito.

In data 27 aprile 2011 la ricorrente depositava atto di motivi aggiunti per l'impugnazione del provvedimento prot. 1053 dell'8.4.2011 con cui il Comune di Sassari ha aggiudicato alla Omnia Strade s.a.s. la gara.

In data 31 maggio 2011 l'Associazione nazionale costruttori edili (ANCE) Sardegna depositava atto di intervento ad adiuvandum.

In data 6 giugno 2011 e 10 giugno 2011 l'Associazione ricorrente depositava memorie.

Nelle medesime date depositava memorie difensive l'interveniente ad adiuvandum.

In data 11.06.2011 il Comune di Sassari depositava memoria.

Alla udienza pubblica del 22.06.2011 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

Deve preliminarmente essere esaminata l'eccezione di carenza di legittimazione della associazione ricorrente sollevata dalla difesa del Comune.

Essa è infondata poiché nel giudizio amministrativo, le Associazioni di settore sono legittimate a difendere in sede giurisdizionale gli interessi di categoria dei soggetti di cui hanno la rappresentanza istituzionale o di fatto, non solo quando si tratti della violazione di norme poste a tutela della "professione", ma anche ogniqualvolta si tratti di perseguire comunque il conseguimento di vantaggi, sia pure di carattere puramente strumentale, giuridicamente riferibili alla sfera della categoria.

Nel merito il ricorso è infondato.

La controversia è tutta incentrata sulla contestazione che l'Associazione ricorrente fa della correttezza della determinazione dei prezzi che concorrono a formare la base d'asta dell'appalto di cui è causa.

La ricostruzione delle circostanze di fatto alla base della vicenda controversa è altamente significativa ad avviso del Collegio. In questo caso più che mai.

La ricorrente parte da un presupposto: l'appalto in questione reca prezzi inferiori a quelli del prezzario regionale delle opere pubbliche in vigore dall'11.2.2009.

Sulla base di tale presupposto l'Associazione industriali del Nord Sardegna indica una serie di voci che, a suo dire, sarebbero non in linea con i prezzi di mercato.

Ebbene, il Comune di Sassari non ha mai adottato il prezzario regionale ma ha sempre proceduto con proprie analisi di mercato.

Tale modus operandi è ben conosciuto dal legale rappresentante della Associazione industriali Nord Sardegna nella sua qualità di legale rappresentante della ditta Se.sar..

Dagli atti depositati (produzioni 1 e 2 del Comune) risultano due contratti per l'esecuzione dei seguenti lavori:

Contratto rep. 09/09 del 29.06.2009; questo l'oggetto:

“esecuzione dei lavori di manutenzione della segnaletica orizzontale e verticale non luminosa di proprietà del Comune di Sassari. Il contratto potrà estendersi inoltre alla segnaletica orizzontale e verticale eventualmente realizzata durante la sua durata. Il contratto avrà le caratteristiche di contratto aperto ai sensi dell'art. 154 del d.P.R. 554 del 1999. Le categorie di intervento saranno ripartite, in termini di importo, secondo le esigenze dell'amministrazione per tutta la durata del contratto: per la natura delle opere l'Amministrazione si riserva di ripartire nel tempo gli interventi all'interno della durata contrattuale e di far eseguire le stesse secondo le proprie esigenze temporali senza che l'impresa possa vantare qualsiasi diritto o compenso per eventuali periodi di inattività”.

Il contratto rep. 09/09 era di importo pari a € 80.427,00 al netto del ribasso d'asta del 7,38%. L'importo comprendeva gli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d'asta che ammontavano a € 1.700,00. La validità del contratto era di giorni 120;

Contratto rep. 12/09 del 24.09.2009. L'oggetto era il medesimo rispetto al contratto rep. 09/09. Mutava l'importo e la durata

temporale del servizio. L'importo era pari a € 465.469,42 al netto del ribasso d'asta del 6,40%. L'importo comprendeva gli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d'asta che ammontavano a € 14.455,57. La validità del contratto di appalto era di giorni 365.

Un altro punto è altamente significativo.

L'Amministrazione decideva di appaltare i lavori di cui ai citati contratti nel modo che segue:

il contratto rep. 9/09 all'esito di una procedura di cottimo fiduciario a firma dell'Ing. Giancarlo Budroni in qualità di dirigente; a questa procedura di cottimo venivano invitate cinque ditte:

la Vialux s.r.l. di Macomer, la Acqua Verde costruzioni di Alghero, la Sesar s.r.l. di Sassari, la Achenza Mario di Ozieri e la Traffic Project Signal s.r.l. di Cavaso del Tomba;

il contratto rep. 12/09 all'esito di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando sempre a firma dell'Ing. Giancarlo Budroni nella sua qualità di Dirigente; a questa procedura negoziata venivano invitate cinque ditte:

l'elenco muta solo parzialmente rispetto al precedente; viene nuovamente invitata la Vialux s.r.l. di Macomer, la ditta Cempi s.r.l. di Modena, la Segnaletica Modenese s.r.l. di Modena, nuovamente la Traffic Project signal di Cavaso del Tomba e, nuovamente, la ditta Se.sar. s.r.l. di Sassari.

La ditta Se.sar risultava l'unica offerente.

Pur non essendo strettamente oggetto di questo giudizio il Collegio

deve effettuare alcune puntualizzazioni.

Esse si rendono necessarie per una compiuta ricostruzione dei fatti all'origine della controversia.

Dagli atti depositati dal Comune risulta con evidenza:

che per 16 mesi complessivi (più il periodo di proroga di cui alla determinazione 195 del 31.01.2011) l'appalto è stato aggiudicato alla ditta Se.sar. sulla base di un frazionamento del suo importo che ha consentito, nel primo caso, di affidare il medesimo mediante il sistema delle acquisizioni in economia, nel secondo mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, sul solo presupposto, chiaramente artificiosamente determinato, del rispetto formale del limite dei 500.000 € per indire quel tipo di procedura;

che il frazionamento risulta ancor più evidente se si considera che, scaduto il contratto rep. 12/09, con provvedimento dirigenziale n. 195 del 31.01.2011 sono stati affidati (direttamente) ulteriori lavori alla Ditta Se.sar per un importo pari a € 37.006,25;

che nella prima procedura (di modesto importo) sono stati invitati cinque operatori economici dei quali tre (Se.sar., Acqua verde costruzioni e Achenza Mario) facenti parte della associazione ricorrente, un operatore di Macomer e uno della provincia di Treviso;

che nella seconda procedura, in palese violazione del principio di rotazione negli inviti alle gare, l'elenco delle ditte veniva solo parzialmente modificato reinserendo la ditta Se.sar, la ditta Vialux e la ditta trevigiana di Cavaso del Tomba e inserendo ex novo due ditte

modenesi; nessuno ha presentato offerta fatta eccezione per la ditta Se.sar..

Un punto è, quindi, incontroverso.

Il precedente appalto alla ditta Se.sar. è stato frazionato ed affidato con procedure in aperta violazione delle regole della concorrenza.

Anche in quell'appalto non era stato utilizzato il prezzario regionale.

Sistema che viene ora contestato dalla associazione ricorrente (presieduta dal legale rappresentante della Se.sar.).

E la contestazione avviene in concomitanza della decisione di bandire una procedura aperta per affidare l'appalto, cioè in concomitanza della decisione di seguire procedure legittime per affidare l'appalto.

Altre evidenze risultano dall'esame degli atti di causa.

Nella memoria conclusiva depositata il 6 giugno 2011 la ricorrente (pagina 7) afferma:

*“risulta inoltre che l'Amministrazione non abbia dato corso all'esecuzione della commessa con l'impresa aggiudicataria, affidando in via d'urgenza ad altra ditta, mediante trattativa privata, i lavori di manutenzione della segnaletica stradale di volta in volta necessari, della cui qualità si può discutere come risulta dalle fotografie prodotte come documento n. 8 della nota del 31.5.2011”.*

Il Collegio non può fare a meno di osservare, proprio in virtù del fatto che la controversia qui in esame necessita di una accurata disamina delle circostanze di fatto alla sua base, che il deposito di quella documentazione fotografica non è significativo per molteplici ragioni:

- 1) la prima è che non possono essere significative 12 fotografie scattate in altrettanti punti della città di Sassari di cui è nota l'estensione;
- 2) la seconda è che non si ha alcuna contezza della tipologia di affidamento effettuata dal Comune nelle more della risoluzione della presente controversia;
- 3) la terza è che l'argomento è del tutto inconferente tenuto conto le 12 fotografie evidenziano una cattiva manutenzione della segnaletica orizzontale la cui cura, fino a poco tempo prima, era affidata alla ditta Se.sar. (come da determinazione n. 195 del 31.01.2011).

La ricostruzione in punto di fatto era necessaria perché, ad avviso del Collegio, altamente significativa del contesto in cui si innesta la controversia.

Controversia che è tutta basata su una lettura del concetto di istruttoria procedimentale, improntata al più evidente formalismo.

Se, difatti, ci si affranca dalla suggestione secondo cui i preventivi depositati agli atti di causa da parte dell'Amministrazione (in data 21 marzo 2011) sono stati acquisiti dopo la proposizione del ricorso, si rileva con chiarezza che, contrariamente a quanto sostenuto dalla associazione ricorrente, i prezzi posti a base di gara sono del tutto rispondenti a quelli di mercato e sono il risultato di indagini effettuate dall'Amministrazione.

Il fatto che tali indagini siano state condotte mediante contatti con ditte potenziali fornitrici dei materiali per eseguire l'appalto e, quindi,

utilizzate per formare l'elenco dei prezzi, lungi dal significare una carenza di istruttoria, ne dimostra invece l'adeguatezza.

Ne è riprova il fatto che nel merito, nella sostanza, l'Associazione ricorrente non effettua alcuna seria contestazione del contenuto di quei preventivi e, in definitiva, dei prezzi che sono stati formati sulla base dei contatti intercorsi con le molteplici ditte potenziali fornitrici di quei materiali.

Se ne trae la conseguenza che il Comune ha correttamente interpretato la norma cardine della materia e cioè l'art. 2 comma 1 del d.lgs. 163 del 2006 che recita:

“L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice”.

Il Comune, nel pieno rispetto della esigenza di razionalizzazione e risparmio delle risorse pubbliche si è determinato a:

bandire una procedura aperta onde consentire un vero confronto concorrenziale, contrariamente a quanto effettuato nei due anni precedenti;

effettuare una compiuta analisi dei prezzi sulla base della accertata disponibilità da parte di svariati fornitori a offrire i materiali necessari

per l'esecuzione dell'appalto a prezzi sensibilmente inferiori rispetto al prezzario regionale che il Comune ha deciso di non applicare stante anche la peculiarità del servizio che intendeva affidare.

Un'altra puntualizzazione è necessaria.

La ricorrente fonda buona parte delle proprie argomentazioni su un assunto del tutto erroneo.

Quello secondo cui l'ampia partecipazione ad una gara non costituirebbe alcun apprezzabile indice circa la remuneratività dei prezzi.

Così non è.

Questo Collegio, ha fatto già riferimento, pur nella sommaria delibazione tipica della fase cautelare alla circostanza, non insignificante, che alla gara avessero partecipato più di cinquanta concorrenti.

Tale circostanza merita di essere approfondita.

Con esattezza i concorrenti partecipanti sono stati 54. I ribassi offerti, in molti casi sono stati addirittura rilevanti (oltre il 30% dell'importo a base d'asta).

Ciò per la ricorrente, si ribadisce, sarebbe del tutto insignificante.

Ma il Consiglio di Stato, ha avuto modo di ricordare in sede di esame di analogo controversia che così non è.

Nella sentenza 953/2011 del 14.02.2011 si legge: *“Il Collegio, in primo luogo, non considera inconferente e trascurabile, in un contenzioso che tende a dimostrare l'illegittimità per assoluta incongruenza del prezzo base, la circostanza*

*che alla gara abbiano partecipato altre quattro imprese, proponendo ribassi, e che l'offerta dell'aggiudicataria abbia superato la verifica dell'anomalia.*

*Si accenna al fatto che la partecipazione alla gara non equivale ad un giudizio automatico di congruenza del prezzo, ben potendosi decidere di partecipare in base a considerazioni di altra natura.*

*Anche ammesso che l'argomento, sostenuto dall'Amministrazione e condiviso dai primi giudici, non abbia valore dirimente, 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.*

*Ciò di per sé condurrebbe ad escludere, invero, che il bando denunciato sia affetto da quei macroscopici vizi di irragionevolezza ed illogicità cui deve arrestarsi il sindacato del giudice amministrativo rispetto ad atti esercizio di ampia discrezionalità”.*

Ma non è sufficiente soffermarsi su tale circostanza.

Va anche rilevato che l'appalto concepito dal Comune non prevede la manutenzione programmata della segnaletica stradale (ciò che avrebbe giustificato la corresponsione di un canone) bensì interventi a chiamata. Cade, pertanto, l'argomento in base al quale il precedente appalto, sarebbe stato remunerativo in quanto recante la previsione di un canone mentre l'appalto oggetto della presente controversia non lo sarebbe anche per questa ragione.

Come si è visto, differente è il tipo di prestazione richiesta e, pertanto, scorretto il riferimento al fatto che la remuneratività possa

dipendere dalla presenza del canone mensile.

In punto di diritto, occorre ancora ricordare che se è vero che la misura del prezzo a base d'asta non implica una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche (andamento del mercato nel settore di cui trattasi, tecnologie che le ditte devono adoperare nell'espletamento dei servizi oggetto dell'appalto, numero di dipendenti che devono essere impiegati, rapporto qualità-prezzo per ogni servizio) sulla quale è possibile il sindacato del giudice amministrativo, va precisato che tale sindacato è limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento, non potendo il giudizio che il Tribunale compie giungere alla determinazione del prezzo congruo (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 09 maggio 2006 , n. 716, Ta.r. Cagliari, sezione I, 20 maggio 2010, n. 1232).

Le censure contenute nel primo motivo di ricorso sono, pertanto, infondate.

Non spetta miglior sorte al secondo e al terzo motivo di ricorso.

Quanto al secondo motivo è agevole osservare che il Comune ha debitamente approvato il piano di sicurezza e di coordinamento (documento 8 produzioni del Comune) che comprende tutti gli elementi necessari compatibilmente con la tipologia del contratto da affidare (che, si ricorda, è un contratto aperto).

In ordine al terzo motivo di ricorso, ne va rilevata l'assoluta

infondatezza.

Il riferimento al d.P.R. 207 del 2010 è del tutto inconferente posto che il citato regolamento, al momento in cui veniva indetta la gara, non era ancora entrato in vigore.

Il contratto aperto, previsto dall'art. 154 del d.P.R. 554 del 1999, prima dell'abrogazione ad opera del nuovo regolamento di esecuzione veniva utilizzato nei contratti di manutenzione ordinaria periodica cioè per quei contratti dove la previsione progettuale delle prestazioni da fornire non è basata sull'obiettivo perseguito bensì sull'esperienza storica.

La dottrina che ha analizzato l'istituto ha correttamente evidenziato che, normalmente, negli appalti l'obiettivo è la realizzazione di un prodotto che il progetto definisce compiutamente. Nelle manutenzioni ordinarie non si fa riferimento ad alcun prodotto che, in quanto tale, non esiste bensì ad un altro obiettivo che è il mantenimento in vita di beni esistenti senza alcuna loro trasformazione, prevedendo che gli interventi da eseguire saranno analoghi per tipologie e per numero quelli che sono stati necessari negli anni precedenti sullo stesso bene.

Il d.P.R. n. 207 del 2010 non contiene una norma corrispondente all'articolo 154 del d.P.R. 554 del 1999. Ne segue l'abrogazione dell'istituto. Ma, chiaramente, non per la gara oggetto della presente controversia bandita prima dell'entrata in vigore del nuovo regolamento.

Nessuna delle censure dedotte dall'associazione ricorrente è, in definitiva, idonea ad individuare un vizio invalidante degli atti impugnati.

Va rilevato che la consulenza di parte depositata dalla ricorrente si qualifica come principio di prova; l'Amministrazione ha però ampiamente assolto all'onere di fornire idonei elementi di segno contrario.

Non ritiene pertanto il Collegio vi siano gli estremi per disporre una consulenza tecnica d'ufficio a fronte della manifesta infondatezza del ricorso che deve essere respinto insieme alla proposta istanza istruttoria.

La consulenza tecnica d'ufficio è utilizzabile quale strumento di ausilio del giudice nel sindacato di provvedimenti che sono espressione di discrezionalità tecnica, ma ciò solo nel rispetto del limite del sindacato giurisdizionale su detti atti, vale a dire solo se ed in quanto il provvedimento impugnato appaia già prima facie affetto da vizi logici o di travisamento o da errore di fatto che nel caso all'esame non sono - per quanto sin qui esposto - configurabili.

Le spese seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente e l'interveniente ad adiuvandum alle spese del presente giudizio in favore del Comune di Sassari che liquida in complessivi € 9.000/00 (novemila/00) come di seguito:

€ 6.000/00 (seimila/00) a carico della Associazione industriali nord Sardegna;

€ 3.000/00 (tremila/00) a carico dell'ANCE Sardegna.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Gianluca Rovelli, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/09/2011

IL SEGRETARIO

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