



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1412 del 2012, proposto da:

APRICA SPA, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso il medesimo legale in Brescia, via XX Settembre 8;

contro

COMUNE DI CASTEL MELLA, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Gorlani, con domicilio eletto presso il medesimo legale in Brescia, via Romanino 16;

nei confronti di

SOLIDARIETÀ PROVAGLIESE COOPERATIVA SOCIALE, rappresentata e difesa dagli avv. Franco Dalla Mura e Anna Rossi, con domicilio eletto presso la seconda in Brescia, via Romanino 16;

e con l'intervento di

(ad opponendum)

IDEALSERVICE SOCIETÀ COOPERATIVA, rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Paviotti e Fabrizio Paviotti, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR in Brescia, via Zima 3;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 16442 del 21 novembre 2012, con la quale è stata comunicata l'esclusione della ricorrente dalla gara per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e igiene ambientale;
- dei verbali di gara, nella parte in cui dispongono l'esclusione della ricorrente;
- della determinazione del responsabile del Servizio Lavori Pubblici n. 68 del 21 novembre 2012, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria a favore della controinteressata;
- della determinazione del responsabile del Servizio Lavori Pubblici n. 69 del 23 novembre 2012, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata;
- del bando e del disciplinare di gara, nella parte in cui prevedono che l'offerta economica sia esposta nel modello E senza però indicare uno spazio per i costi della sicurezza;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castel Mella e di Solidarietà Provagliese Cooperativa Sociale;

Visto l'intervento *ad opponendum* di Idealservice Società Cooperativa;
Viste le memorie difensive;
Visti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 il dott. Mauro Pedron;
Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Castel Mella con bando spedito alla GUUE il 3 settembre 2012 ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e igiene ambientale. La durata prevista del servizio è pari a cinque anni, con facoltà di proroga per ulteriori tre anni. Il valore annuo stimato del servizio è pari a € 918.605,85 (IVA esclusa).
2. Per l'aggiudicazione è stato scelto il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa (50 punti per il progetto tecnico e 50 punti per l'offerta economica).
3. Più in dettaglio, ai fini della valutazione del progetto tecnico sono stati fissati i seguenti criteri e sottocriteri: (i) fino a 22 punti per l'organizzazione dei servizi (gestione dei rapporti con l'utenza; gestione dei rapporti con l'amministrazione comunale; sistemi di monitoraggio e controllo; gestione delle emergenze; attenzione alla soddisfazione del cittadino; sistemi adottati per la prevenzione e la protezione dai rischi del personale impiegato e dell'utenza; ottimizzazione dei percorsi di raccolta; miglioramento del servizio di spazzamento); (ii) fino a 6 punti per l'impiego di mezzi ecocompatibili; (iii) fino a 22 punti per le proposte aggiuntive (incremento della frequenza della raccolta domiciliare; assunzione di lavoratori svantaggiati segnalati dai servizi sociali del Comune; campagna di sensibilizzazione dei cittadini; fornitura a titolo gratuito di *composter* per giardino; fornitura di kit di pannolini lavabili; proposte ulteriori).
4. Per quanto riguarda l'offerta economica (ribasso sui prezzi unitari dei singoli servizi e delle singole prestazioni), la relativa dichiarazione doveva essere resa sul modello E allegato al disciplinare di gara. Il suddetto modello non contiene uno spazio dedicato all'esposizione degli oneri per la sicurezza riferiti ai rischi propri (o aziendali).
5. Alcuni concorrenti, come la controinteressata Solidarietà Provagliese Cooperativa Sociale e la seconda classificata Idealservice Società Cooperativa, hanno comunque esplicitato questi oneri, esponendoli in calce a penna o allegando un'apposita tabella. La ricorrente Aprica spa non ha invece effettuato alcuna quantificazione, ed è stata conseguentemente esclusa dalla gara (v. verbale n. 3 del 19 novembre 2012, e nota del responsabile del Servizio Lavori Pubblici datata 21 novembre 2012).
6. Contro il provvedimento di esclusione, nonché contro i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva a favore della controinteressata (v. determinazioni del responsabile del Servizio Lavori Pubblici n. 68 e 69 del 21 e 23 novembre 2012), la ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 21 dicembre 2012 e depositato il 28 dicembre 2012. L'impugnazione è estesa anche al bando e al disciplinare di gara, nella parte in cui prevedono che l'offerta economica sia esposta nel modello E senza evidenziare la necessità di quantificare anche gli oneri per la sicurezza riferiti ai rischi propri.
7. La tesi della ricorrente si suddivide in due argomenti: (i) gli interventi per la sicurezza riguardanti i rischi propri sono in realtà esposti in dettaglio nel progetto tecnico, in quanto uno dei sottocriteri (associato a un punteggio massimo pari a 3 punti) riguarda i sistemi per la prevenzione e la protezione dai rischi del personale impiegato e dell'utenza; (ii) nel progetto tecnico manca la quantificazione del costo di questi interventi perché il modello E allegato al disciplinare di gara non contiene una voce specifica.

8. In data 18 settembre 2013 la ricorrente ha depositato una perizia asseverata, redatta dall'ing. Fabrizio Veneziani, nella quale sono quantificati i costi delle prestazioni offerte per assicurare la sicurezza dei dipendenti (nel complesso € 23.614). Per il servizio di prevenzione e protezione e per la sorveglianza sanitaria il costo unitario è ricavato dal controllo di gestione della ricorrente relativo al 2012; per la fornitura di dispositivi di protezione individuale e di vestiario il costo unitario è quello sostenuto dal reparto magazzino della ricorrente nel 2012; per la manutenzione delle attrezzature si fa riferimento a una frazione del costo generale della manutenzione sostenuto dalla ricorrente nel 2012; per le ore dedicate al coordinamento con gli uffici comunali il costo unitario è calcolato sulla base del CCNL del 2012 riferito alla figura professionale dell'assistente per sopralluoghi; per le restanti prestazioni (formazione e addestramento; patentino ADR per la raccolta di rifiuti pericolosi; kit ADR e pacchetto medicazione per gli automezzi di servizio) il costo unitario è ricavato dai prezzi medi di mercato del 2012. Il numero di lavoratori impiegati è calcolato attraverso il rapporto tra le ore lavorative stimate dalla ricorrente per il servizio in questione e il numero medio annuo di ore lavorate da ciascun dipendente (circa 1.600).

9. Il Comune e la controinteressata si sono costituiti in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso. Con analoga richiesta si è costituita la seconda classificata Idealservice Società Cooperativa, manifestando il proprio interesse a non perdere la posizione raggiunta nella graduatoria finale, anche per non compromettere le aspettative collegate al ricorso n. 23/2013, autonomamente proposto davanti al TAR Brescia e relativo alla contestazione dell'aggiudicazione definitiva del medesimo servizio.

10. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(a) relativamente agli oneri per la sicurezza occorre distinguere in primo luogo tra rischi da interferenze e rischi propri (o aziendali), e in secondo luogo tra appalti di lavori da un lato e appalti di servizi e forniture dall'altro;

(b) gli oneri per i rischi da interferenze sono quantificati direttamente dalla stazione appaltante nel DUVRI e devono essere indicati nella *lex specialis*. Il relativo costo non è soggetto a ribasso in sede di gara (v. art. 26 commi 3 e 5 del Dlgs. 9 aprile 2008 n. 81; art. 86 comma 3-ter del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163);

(c) gli oneri per i rischi propri, che riguardano l'organizzazione delle singole imprese, sono invece una componente dell'offerta. Pertanto sono quantificati dagli stessi concorrenti e subiscono il ribasso alla pari delle altre voci. L'unico vincolo è che l'importo dedicato a questa tipologia di rischi risulti, dopo il ribasso, congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture (v. art. 26 comma 6 del Dlgs. 81/2008; art. 86 comma 3-bis e art. 87 comma 4 del Dlgs. 163/2006);

(d) le valutazioni che le stazioni appaltanti devono effettuare ex art. 86 comma 3-bis del Dlgs. 163/2006 per stabilire il valore economico dell'appalto e la soglia di anomalia delle offerte comprendono quindi anche una stima degli oneri per la prevenzione dei rischi propri, ma non possono spingersi fino alla cristallizzazione di tali oneri in un importo valido per tutti i concorrenti e inderogabile. Del resto, se le stazioni appaltanti stabilissero un importo fisso e vincolante vi sarebbe, oltre alla compressione della libertà di articolazione delle offerte, una potenziale distorsione del confronto concorrenziale, in quanto sarebbe altamente probabile un appiattimento sulla curva dei costi (perfettamente noti) dell'ultima gestione o fornitura;

(e) questa impostazione, come emerge dal tenore letterale dell'art. 87 comma 4 del Dlgs. 163/2006, vale integralmente per gli appalti di servizi e forniture (e per gli affidamenti di servizi pubblici), ma non altrettanto per gli appalti di lavori. In relazione a questi ultimi il legislatore ha infatti posto a carico delle stazioni appaltanti il compito di redigere appositi piani di sicurezza e di coordinamento (o documenti sostitutivi), i quali possono comprendere, in aggiunta alle misure relative ai rischi da interferenze, sia la descrizione di misure per la prevenzione dei rischi propri (v. art. 131 comma 3 del Dlgs. 163/2006; art. 100 del Dlgs. 81/2008; art. 16 comma 1-a.2 e art. 39 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207) sia la determinazione dei relativi costi (v. allegato XV del Dlgs.

81/2008). In tale caso anche gli oneri per i rischi propri diventano parte della *lex specialis* e non sono soggetti a ribasso;

(f) a questo punto si pone il problema della sorte dell'offerta qualora manchi nella *lex specialis* la quantificazione degli oneri per i rischi propri, e tali oneri non siano stati specificati dal concorrente;

(g) per gli appalti di lavori la giurisprudenza ammette la possibilità di verificare in concreto la congruità della spesa in sede di valutazione di anomalia dell'offerta (v. CS Sez. V 9 ottobre 2013 n. 4964);

(h) per le altre tipologie di appalto (e per l'affidamento di servizi pubblici) si afferma invece che, essendo l'art. 87 comma 4 del Dlgs. 163/2006 una norma immediatamente precettiva e rivolta ai concorrenti, su questi ultimi grava l'obbligo di indicare separatamente gli oneri per i rischi propri anche in mancanza di un invito in questo senso da parte della *lex specialis* (v. CS Sez. III 3 luglio 2013 n. 3565; CS Sez. V 23 luglio 2010 n. 4849). Di qui la sanzione dell'esclusione dalla gara, essendo l'offerta incompleta in un aspetto essenziale. Un diverso orientamento consente tuttavia l'applicazione del potere di soccorso, a tutela della buona fede dei concorrenti, quando l'omessa indicazione degli oneri per i rischi propri sia imputabile alla stazione appaltante come conseguenza dell'imperfetta redazione della *lex specialis* (v. CS Sez. III 10 luglio 2013 n. 3706);

(i) attenendosi a quest'ultima opzione interpretativa, il TAR Brescia ha dato rilievo in passato all'affidamento dei concorrenti che avevano in buona fede omissa di indicare dati sulla sicurezza non richiesti dalla modulistica di gara (v. sentenza 8 maggio 2013 n. 442). Per evitare manipolazioni dell'offerta, la quantificazione *a posteriori* degli oneri per i rischi propri è stata ritenuta ammissibile alle seguenti condizioni: (1) i costi devono essere desumibili in modo oggettivo da documenti predisposti anteriormente alla procedura; (2) la commissione di gara deve eseguire uno specifico giudizio di congruità allo scopo di verificare che tali costi non siano sottostimati; (3) se ritenuti congrui, i costi devono essere aggiunti (fittiziamente) all'offerta economica per rideterminare di conseguenza il punteggio;

(j) nel caso in esame la prima di queste condizioni non sembra sussistere. Innanzitutto, non si può trascurare il fatto che gli interventi relativi alla sicurezza rappresentano nello specifico anche un sottocriterio di attribuzione del punteggio. Questo implica, verosimilmente, che le prestazioni descritte nell'offerta della ricorrente siano migliorative rispetto alla gestione ordinaria dell'azienda, e basate su uno specifico investimento destinato alla procedura in questione. Viene meno pertanto la possibilità di ancorare i costi a dati storici. In secondo luogo, come risulta dalla stessa perizia asseverata prodotta dalla ricorrente in data 18 settembre 2013, una parte dei costi non è neppure collegata alla contabilità aziendale ma è ricostruita attraverso delle medie sui costi di mercato dell'anno di svolgimento della gara. In questo modo la componente di incertezza raggiunge un livello eccessivo, essendo evidente che il prezzo medio dipende dalla selezione dei prezzi di mercato, e prima ancora dall'individuazione del mercato di riferimento, e che a seconda delle scelte effettuate i risultati possono variare notevolmente.

11. Il ricorso deve quindi essere respinto. La complessità della materia, che si riflette nella mancanza di uniformità delle pronunce giurisprudenziali, consente l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando, respinge il ricorso. Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2014

IL SEGRETARIO

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