

N. 00036/2014 REG.PROV.COLL.
N. 02102/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2102 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

A2a Energia S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Salvadori, con domicilio eletto in Milano, presso l'Ufficio Legale di A2a Energia S.p.a., Corso di Porta Vittoria 4;

contro

Amiacque S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maura Tina Carta, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via San Tomaso, 10;

nei confronti di

Edison Energia S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Travi, con domicilio eletto presso il suo studio in Busto Arsizio, Via G. Ferraris, 7;

per l'annullamento

con il ricorso principale:

dell'aggiudicazione definitiva, comunicata in data 13.8.2013, nonché di tutti i verbali di gara, nella parte in cui hanno disposto, e ritenuta legittima, rispettivamente, l'ammissione in gara, e la partecipazione di Edison Energia

S.p.a.

con i motivi aggiunti:

dei verbali di gara, nella parte in cui hanno ritenuto ammissibile la partecipazione di Edison Energia, e del provvedimento di aggiudicazione definitiva disposto in suo favore e comunicato in data 30.9.2013, ed in via subordinata, della lettera d'invito del 24.9.2013, avente ad oggetto "la fornitura di energia elettrica a libera mercato per le utenze Amiacque S.r.l. alimentate in bassa tensione nelle more della decisione del TAR", e di tutti gli atti connessi, ivi compresa l'aggiudicazione del servizio e i processi verbali presupposti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Amiacque S.r.l. e di Edison Energia S.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Edison Energia S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2013 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. del 18.3.2013, Amiacque S.r.l. indicava una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento della fornitura di energia elettrica a libero mercato alimentata in bassa tensione, con il metodo del prezzo più basso, e per un importo a base d'asta di Euro 10.160.000,00, che veniva successivamente aggiudicata ad Edison Energia S.p.a.

L'aggiudicazione veniva contestata da A2a Energia S.p.a. con il ricorso

principale affidato a due motivi in diritto, con i quali si deduce che la detta controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura.

La società resistente e la controinteressata si sono costituite in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso.

Nella camera di consiglio del 3.10.2013 è stata accolta la domanda cautelare.

La controinteressata ha successivamente proposto ricorso incidentale, richiedendo a sua volta l'esclusione della ricorrente.

Con i motivi aggiunti la ricorrente principale ha impugnato gli atti della procedura negoziata indetta dalla stazione appaltante, avente il medesimo oggetto di quella impugnata con il ricorso principale, indetta per la durata di tre mesi, "nelle more della decisione del T.A.R."

Con ordinanza n. 1302/2013 è stata respinta la domanda cautelare sui predetti motivi aggiunti.

All'udienza pubblica del 28.11.2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso principale è infondato nel merito, potendo pertanto prescindere dallo scrutinio delle eccezioni di inammissibilità sollevate dalla difesa della stazione appaltante.

I.1) Con il primo motivo si deduce che la controinteressata sarebbe incorsa nella violazione degli artt. 86 c. 3 bis e 87 c. 4 del D.Lgs. n. 163/06, per non aver indicato nella propria offerta economica alcun valore afferente alla sicurezza sul lavoro del proprio personale dipendente.

Osserva il Collegio che, in base a quanto disposto dal citato c. 3 bis dell'art. 86, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere

specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture.

Per il c. 4 del successivo art. 87 “non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'art. 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 12, D.Lgs. 14.8.1996, n. 494 ed alla relativa stima dei costi conforme all'art. 7, D.P.R. 3.7.2003 n. 222. Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta, e risultare congrui rispetto all'entità ed alle caratteristiche dei servizi o delle forniture”.

I.2) Preliminarmente, il Collegio dà atto che, malgrado la dizione unitaria utilizzata dal legislatore nelle norme sopra riportate, la giurisprudenza e la prassi hanno individuato due distinte categorie di “oneri di sicurezza”, distinguendo i costi relativi ai rischi c.d. da “interferenze”, da quelli connessi ai rischi dell'attività propria dell'appaltatore (c.d. “rischi propri”, o “costi di sicurezza aziendale”).

I rischi da interferenze sono quelli derivanti dai contatti tra il personale, o l'utenza, del committente, e il personale dell'appaltatore, per la cui prevenzione la stazione appaltante deve elaborare il Documento Unico per la Valutazione dei Rischi da Interferenze, c.d. Duvri, quantificando i relativi costi, che devono essere espressamente indicati nella *lex specialis*, e non sono soggetti a ribasso in sede di gara. In particolare, il predetto Duvri, ha lo scopo di favorire la cooperazione nell'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto, e di coordinare gli interventi di protezione e prevenzione dei rischi cui sono esposti i lavoratori; sono ad esempio rischi che danno luogo ad “interferenze”, quelli esistenti nel luogo del committente, ove è previsto che debba operare l'appaltatore,

I c.d. costi di sicurezza aziendale sono invece quantificabili solamente dal

singolo concorrente, in rapporto alla sua offerta economica e alla sua specifica organizzazione, come avviene ad esempio negli appalti di fornitura senza installazione, salvo consegna nei luoghi di lavoro o nei cantieri e negli appalti di servizi per i quali non è prevista l'esecuzione di prestazioni all'interno della stazione appaltante (v. art. 26 D.Lgs. 9.4.2008 n. 81 e Determinazione Autorità Vigilanza sui Contratti Pubblici 05.03.08 n. 3).

I.3) Alla luce di quanto precede, il Collegio osserva che i costi della sicurezza afferenti l'appalto di che trattasi sono indubitabilmente riconducibili a quelli c.d. "aziendali", trattandosi probabilmente di una delle fattispecie in cui la distinzione degli stessi dalla diversa categoria dei costi derivanti dal Duvri è maggiormente evidente.

L'oggetto del presente appalto non è infatti la produzione di energia elettrica, ma solamente la sua messa a disposizione alla committente, previo acquisto della stessa sul libero mercato, mediante operazioni meramente commerciali, in base a quanto previsto dal D.Lgs. 16.3.1999 n. 79. Concretamente, i dipendenti dell'appaltatore, non entrano in contatto con alcuna struttura della stazione appaltante, e si limitano sostanzialmente a svolgere operazioni interamente riconducibili a un'attività di intermediazione commerciale.

Ancora in via preliminare va inoltre evidenziato che, nella fattispecie per cui è causa, la *lex specialis*, pur richiamando genericamente il D.Lgs. n. 163/06, non ha espressamente prescritto agli offerenti l'indicazione dei costi della sicurezza, che non sono effettivamente stati menzionati dalla controinteressata, ciò che, secondo la ricorrente, darebbe luogo alla violazione delle norme sopra riportate.

I.4) Sul punto, il Collegio non ignora che, secondo un orientamento, invocato dalla ricorrente, le imprese partecipanti ad un appalto devono necessariamente includere nella loro offerta, a pena di illegittimità, oltreché gli oneri di sicurezza per le interferenze, anche i detti oneri di sicurezza da

rischio specifico, o aziendali. Tale conseguenza viene fatta derivare dal combinato disposto dei citati artt. 86 c. 3 bis e 87 c. 4 D.Lgs. n. 163/2006, in conseguenza della loro imperatività, ed in ragione degli interessi di ordine pubblico ad esse sottesi, in quanto posti a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori. Secondo detto orientamento, neppure la mancanza di una specifica previsione sul punto nella *lex specialis* potrebbe giustificare l'omessa indicazione dei costi per la sicurezza aziendale, atteso il carattere immediatamente precettivo delle norme di legge sopra richiamate, che prescrivono di esibire distintamente tali costi, in virtù di un'eterointegrazione, ex art. 1374 c.c., degli stessi atti di gara, tale da imporre, in caso di loro inosservanza, l'esclusione dalla procedura (T.A.R. Veneto, Sez. I, 8.8.2013 n. 1050, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 5.4.2013 n. 765, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 19.2.2013 n. 181, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7.1.2013 n. 66).

Il Collegio, nella fattispecie, ritiene tuttavia preferibile aderire ad altro orientamento, recentemente seguito dal Consiglio di Stato, secondo cui, quando si tratti di appalti diversi dai lavori pubblici, e non vi sia una comminatoria espressa d'esclusione, ove sia omesso da parte del concorrente lo scorporo degli oneri di sicurezza per rischio specifico, il relativo costo, poiché coesistente al prezzo offerto, rilevi ai soli fini dell'anomalia di quest'ultimo, potendo pertanto darsi luogo all'esclusione solamente all'esito, ove negativo, di una verifica più ampia sulla serietà e sulla sostenibilità dell'offerta economica nel suo insieme (C.S., Sez. III, 10.7.2013 n. 3706).

I medesimi principi sono peraltro stati affermati da C.S., Sez. III, 18.9.2013 n. 5070, relativamente ad un appalto per la fornitura di un impianto angiografico per diagnostica, dunque a fronte di una fattispecie pressoché identica a quella per cui è causa, in termini di costi per la sicurezza, trattandosi di mettere a disposizione della stazione appaltante una mera

fornitura che non comportava alcuna “interferenza” tra committente ed appaltatore.

Ritiene in particolare il Collegio che le ragioni della preferenza per l'orientamento giurisprudenziale meno restrittivo nei confronti del concorrente che non abbia indicato i costi di sicurezza “aziendali” in sede di offerta, subordinandone l'esclusione solo in esito al mancato superamento della verifica di anomalia, possano essere apprezzate con chiarezza nella fattispecie per cui è causa, alla luce delle sue peculiarità. Come già evidenziato, l'appalto di che trattasi non comporta infatti l'esecuzione di prestazioni che richiedano l'intervento di specifico personale presso la stazione appaltante e l'aggiudicatario si limita a svolgere un'attività di intermediazione commerciale, senza produrre alcun bene materiale. Conseguentemente, gli oneri di sicurezza sopportati dalla controinteressata, per quanto certamente esistenti, sono conoscibili solo dalla stessa, in relazione alla sua struttura aziendale, e non all'oggetto dell'appalto, e risulteranno altresì marginali, dal punto di vista quantitativo, ove raffrontati con quelli sopportati da esecutori di appalti aventi ad oggetto un'attività materiale, perlopiù da svolgersi, in tutto o in parte, presso la stazione appaltante.

Ritiene pertanto il Collegio che l'esclusione di un concorrente, in conseguenza della predetta omissione, sarebbe del tutto sproporzionata, ben potendo la stazione appaltante verificare, in sede di giudizio sull'anomalia dell'offerta, se la stessa sia stata predisposta considerando, o meno, i detti costi di sicurezza per rischio specifico.

Il motivo va quindi respinto.

II.1) Con il secondo motivo di ricorso si censura la violazione della *lex specialis*, nella parte in cui, in attuazione di quanto disposto dall'art. 42 D.Lgs. n. 163/06, ha dettato i requisiti minimi di capacità tecnica, il cui possesso non sarebbe invece stato dimostrato dalla controinteressata.

In particolare, il punto 4) del disciplinare di gara, prevedeva che “per partecipare all'appalto l'impresa dovrà dimostrare, a pena di esclusione, di avere eseguito nell'ultimo triennio (anni 2010-2011-2012):

fornitura di energia elettrica in bassa tensione, con un unico contratto, per quantitativi annui pari o superiori a 125 GWh;

fornitura di energia elettrica in bassa tensione multipunto, con un unico contratto, per un numero di punti di riconsegna pari o superiori a 200”.

La controinteressata ha dichiarato “di aver effettuato forniture di energia elettrica in bassa tensione con un unico contratto per quantitativi annui pari o superiori a 125 GWh e per un numero di punti di riconsegna pari o superiori a 200”, e precisamente, con la committente GS S.p.a., per un quantitativo di 223,30 GWh, per 251 punti di consegna, nel periodo 1.1.2012 – 31.12.2012.

Secondo la ricorrente, la controinteressata avrebbe quindi dovuto essere esclusa dalla gara, per avere comprovato il possesso dei requisiti richiesti solo con riferimento all'anno 2012, e non invece con riferimento ad ogni anno del detto triennio 2010-2012.

II.2) Osserva tuttavia il Collegio che la *lex specialis* non era inequivoca nel richiedere che i requisiti di capacità tecnica ivi contemplati dovessero essere necessariamente posseduti in ognuno degli anni formanti il triennio, e non invece, anche semplicemente in un unico anno.

L'interpretazione suggerita dalla ricorrente, secondo cui, il termine plurale “quantitativi annui” dei valori indicati nella vista lettera a), sottende il riferimento a tutti gli anni del triennio, è certamente plausibile, ma non è sicuramente l'unica che poteva essere data dai concorrenti, alla luce del tenore letterale della *lex specialis*.

Infatti, premesso che il contratto unico di riferimento doveva essere stato stipulato nell'ambito del triennio 2010-2012, secondo altra interpretazione, parimenti compatibile con il contenuto del detto punto 4 del disciplinare, il

medesimo poteva soddisfare il requisito richiesto qualora, come avvenuto nel caso di specie, fosse stato stipulato per “quantitativi annui pari o superiori a 125 GWh”.

In altre parole, il presente motivo risulterebbe fondato qualora la *lex specialis* avesse affermato che per partecipare all'appalto l'impresa avrebbe dovuto dimostrare, a pena di esclusione, di avere eseguito nell'ultimo triennio (anni 2010-2011-2012) una fornitura di energia elettrica in bassa tensione, per quantitativi annui pari o superiori a 125 GWh, con un unico contratto, aggiungendo la dizione, invece assente nel caso di specie, “di durata triennale”. La *lex specialis* si è invece limitata a precisare, i quantitativi annui minimi oggetto di fornitura, l'arco temporale di riferimento in cui detto contratto doveva avere avuto esecuzione (2010-2012), senza pertanto richiedere che il detto contratto unico avesse, invece, durata triennale.

II.3) Alla luce di quanto precede, in relazione all'evidenziato tenore non inequivoco della *lex specialis*, come visto suscettibile di essere interpretato secondo una pluralità di significati, il motivo è infondato.

Secondo l'orientamento consolidato, infatti, a fronte di un'oggettiva incertezza ingenerata dagli atti predisposti dalla stazione appaltante, e della buona fede che va riconosciuta al concorrente, deve prevalere il principio del *favor participationis*, ed in particolare a fronte di clausole incerte od ambigue, da interpretare nel senso favorevole alla più ampia partecipazione (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 1.3.2013 n. 557, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 12.7.2013 n. 1684, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 14.6.2013 n. 343).

Osserva inoltre il Collegio che, nella fattispecie per cui è causa, la detta interpretazione della *lex specialis* si impone altresì in considerazione del necessario rispetto della proporzione tra requisiti di partecipazione ed oggetto dell'appalto, che sarebbe stato invece alterato, seguendo la ricostruzione esegetica offerta dalla ricorrente.

Il bando indicava infatti Euro 10.160.000,00 quale importo dell'appalto (II.2), per una durata annuale (II.3), laddove la controinteressata ha prodotto quale referenza il visto contratto annuale, per un importo di Euro 33.337.971,00, pari quindi ad oltre il triplo di quello posto a base di gara, come detto, realizzato in un anno. Seguendo pertanto la ricostruzione suggerita dalla ricorrente, si finirebbe, irragionevolmente, per non ammettere una concorrente che ha eseguito "nel triennio" di riferimento un contratto con un importo di gran lunga superiore a quello oggetto di gara, ciò che contrasterebbe con il visto principio di proporzionalità tra requisiti di partecipazione ed oggetto dell'appalto.

IV) Con il ricorso proposto per motivi aggiunti è impugnata la procedura negoziata, senza pubblicazione di bando, indetta dalla stazione appaltante, al fine di assicurarsi la fornitura di energia elettrica, oggetto dell'appalto impugnato con il ricorso principale, nelle more della definizione del presente giudizio.

IV.1) Con il primo motivo si censura la violazione del già citato art. 87 del D.Lgs. n. 163/06, sotto un profilo differente da quello dedotto nel ricorso principale.

In occasione della procedura negoziata, la controinteressata, nella propria offerta economica, ha specificato i costi della sicurezza, evidenziando tuttavia che i medesimi sono riferiti "all'intera operatività gestionale ed amministrativa di Edison S.p.a.". Tale indicazione, in quanto priva di un concreto riferimento ai costi della sicurezza sopportati in vista dell'appalto di che trattasi, darebbe pertanto luogo ad una violazione del detto articolo.

Il motivo è infondato, in relazione a quanto già affermato nei precedenti punti I.2) ed I.3), in cui si è evidenziata la distinzione tra costi della sicurezza da interferenze ed aziendali, categoria quest'ultima nel cui novero vanno ricondotti quelli del presente appalto, che non richiedono, per le ragioni già indicate, che la loro quantificazione sia parametrata all'oggetto

della commessa, trattandosi di costi propri, e funzionali al singolo concorrente.

IV.2) Con un secondo motivo si censura la violazione degli artt. 57 e 70 del D.Lgs. n. 163/06, con particolare riferimento, in primo luogo, alla possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, ed in secondo, all'esiguità del termine concesso ai concorrenti per formulare l'offerta, pari a soli 10 giorni dalla ricezione della lettera di invito.

IV.2.1) Osserva il Collegio che l'art. 57 che si assume violato, subordina la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, tra l'altro, "quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate, previa pubblicazione di un bando di gara".

Ritiene il Collegio che, la proposizione del ricorso, ed il suo accoglimento in sede cautelare, sospendendo gli effetti del nuovo affidamento, hanno indubbiamente fatto sorgere l'urgenza a provvedere, onde avviare una nuova procedura, attesa la pregressa scadenza del rapporto in corso.

Il visto art. 57 richiede altresì che l'affidamento disposto senza previa pubblicazione del bando abbia luogo "nella misura strettamente necessaria". Anche tale requisito è stato rispettato, atteso che l'affidamento di che trattasi, oltre ad avere "una durata presunta di tre mesi", aveva espressamente disposto che, in ogni caso, sarebbe stata garantita alla parte vittoriosa del contenzioso l'assegnazione del servizio per l'intera durata del contratto prevista dal bando.

Infine, anche l'ultimo presupposto di applicazione del citato art. 57 è presente nella fattispecie di che trattasi, talché le circostanze invocate a giustificazione dell'estrema urgenza non sono imputabili alla stazione appaltante.

IV.2.2) Per quanto poi concerne la censura incentrata sulla violazione dei termini minimi necessari alla presentazione dell'offerta, di cui all'art. 70 D.Lgs. n. 163/06, osserva il Collegio che, se è pur vero che la regola generale espressa al c. 5 di tale articolo prevede che il termine per la presentazione non possa essere inferiore a 20 giorni, il successivo comma 12 contempla una deroga proprio per le "procedure negoziate senza bando, quando l'urgenza rende impossibile osservare i termini minimi previsti".

Dato atto della sussistenza delle dette ragioni di urgenza, già evidenziate nel precedente punto IV.2.1), v'è altresì aggiunto che la contestata riduzione del termine nel caso di che trattasi, era comunque destinata ad avere un modesto impatto sulla capacità della ricorrente a presentare offerta, avendo essa partecipato alla procedura provvisoriamente sospesa, con oggetto identico.

V) Il rigetto del ricorso principale e di quello presentato con i motivi aggiunti rende irrilevante lo scrutinio di quello incidentale, presentato dalla controinteressata per ottenere l'annullamento dell'ammissione della ricorrente dalla procedura impugnata, atteso che il suo esito non inciderebbe in alcun modo sui risultati della procedura, di cui la stessa controinteressata è risultata aggiudicataria.

Il ricorso principale e quello proposto con i motivi aggiunti vanno entrambi respinti, il ricorso incidentale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, in considerazione delle oscillazioni giurisprudenziali evidenziate nella presente sentenza in materia di oneri di sicurezza sul lavoro nelle gare d'appalto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

respinge il ricorso principale, respinge il ricorso proposto con i motivi aggiunti, e dichiara improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Mauro Gatti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2014

IL SEGRETARIO

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