

N. 00250/2015 REG.PROV.COLL.

N. 01159/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1159 del 2014, proposto da:
ECO ERIDIANA S.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Salvini, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Fabrizio Voltan in Torino, Via Monforte N.12;

contro

AZIENDA OSPEDALIERO UNIVERSITARIA "SAN LUIGI GONZAGA"
DI ORBASSANO, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avv. Dario Tino Vladimiro Gamba e Stefano Cresta, con domicilio
eletto presso lo studio del primo in Torino, Via Pinasca, 12;

nei confronti di

MENGOZZI S.P.A. e BI.VI. S.R.L., in persona dei rispettivi legali
rappresentanti *pro tempore*, in proprio e nelle rispettive qualità di mandataria
capogruppo e mandante del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese,
rappresentate e difese dagli avv. Francesca Mastroviti e Massimiliano Brugnoletti,

con domicilio eletto presso lo studio della prima in Torino, Via Amedeo Peyron, 47;

per l'annullamento

- della deliberazione del direttore generale dell'Azienda Ospedaliero Universitaria San Luigi Gonzaga n. 576 del 18.9.2014, con cui veniva deliberato di disporre l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti sanitari e radioattivi prodotti presso le Strutture dell'ASL TO3, dell'A.O. Ordine Mauriziano e dell'A.O.U. San Luigi Gonzaga per i lotti 1, 2 e 3 al r.t.i. Mengozzi Spa/Bi.vi Srl e per il lotto 4 alla Nucleco Spa;
- della nota del 23.9.2014 prot. 15253 di comunicazione dell'esito della gara;
- di ogni altro atto e/o provvedimento prodromico, consequenziale o comunque connesso ai precedenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliero Universitaria "San Luigi Gonzaga" di Orbassano e del r.t.i. Mengozzi s.p.a. - Bi.Vi. S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dal r.t.i. Mengozzi s.p.a.- Bi.Vi. s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2015 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi l'avv. Salvini per la parte ricorrente, l'avv. Cresta per l'A.O.U. San Luigi Gonzaga, e l'avv. P. Rea su delega dell'avv. Brugnoletti per l'r.t.i. Mengozzi-Bi.Vi.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione del direttore generale del 9 aprile 2014, l'Azienda

Ospedialiero Universitaria San Luigi Gonzaga di Orbassano ha indetto una procedura di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti sanitari e radioattivi prodotti presso le strutture dell'ASL TO3, dell'A.O. Ordine Mauriziano e dell'A.O.U. San Luigi Gonzaga, per un periodo contrattuale di 36 mesi, con eventuale opzione di rinnovo per altri 36 mesi.

1.1. Il bando è stato pubblicato sulla G.U.U.E il 19 aprile 2014 e sulla G.U.R.I il 28 aprile successivo, oltre che sul sito informatico della stazione appaltante e su alcuni quotidiani nazionali.

1.2. La gara è stata suddivisa in quattro lotti; l'importo complessivo a base d'asta, calcolato per l'intero periodo contrattuale, è stato determinato in € 8.367.200,00 inclusi gli oneri da interferenza; è stato previsto lo svolgimento della gara con procedura aperta e con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

1.3. Alla gara hanno chiesto di partecipare cinque concorrenti, tra cui il P'ATI composta da Eco Eridania s.p.a. (mandataria capogruppo), Ecotravel s.r.l., Paderno Energia s.r.l. e Fotorecuperi s.r.l. (mandanti), che ha presentato la propria offerta limitatamente ai lotti 1, 2 e 3.

1.4. All'esito della valutazione delle offerte, i lotti 1, 2 e 3 sono stati aggiudicati, prima in via provvisoria poi in via definitiva, al raggruppamento temporaneo di imprese formato da Mengozzi s.p.a. (mandataria capogruppo) e BI.VI. s.r.l. (mandante).

L'a.t.i. Eco Eridania si è collocata, invece, al terzo posto relativamente al lotto n.1, e al secondo posto nei lotti 2 e 3.

1.5. L'aggiudicazione definitiva è stata disposta con deliberazione del direttore generale n. 576 del 18 settembre 2014, comunicata agli altri concorrenti con nota del 23 settembre successivo.

1.6. Già subito dopo l'aggiudicazione provvisoria della gara, Eco Eridania aveva

inoltrato alla stazione appaltante il preavviso di ricorso di cui all'art. 243 bis D. Lgs. n. 163/2006, lamentando la violazione dell'art. 82 comma 3 bis del codice dei contratti pubblici, ed in particolare il mancato scorporo del costo del personale dalle offerte economiche dei concorrenti. L'Amministrazione aveva però risposto con nota del 18 agosto 2014 confermando motivatamente la legittimità dell'operato della commissione.

2. Con ricorso ritualmente notificato e depositato il 27 ottobre 2014, Eco Eridania s.p.a. ha impugnato dinanzi a questo Tribunale l'esito della procedura di gara limitatamente ai lotti di interesse 1, 2 e 3, e ne ha chiesto l'annullamento sulla scorta di un unico motivo, con il quale ha dedotto vizi di violazione di legge con riferimento all'art. 82 comma 3 bis del D. Lgs. n. 163/2006 e di eccesso di potere per illogicità dell'azione amministrativa.

Ha lamentato la ricorrente che la commissione di gara avrebbe omesso di scorporare dalle offerte economiche dei concorrenti il costo del personale, in violazione del citato art. 82 comma 3 bis il quale dispone espressamente che il prezzo più basso debba essere determinato *“al netto delle spese relative al costo del personale”*; se lo avesse fatto, il raggruppamento ricorrente si sarebbe aggiudicato tutti e tre i lotti ai quali ha partecipato; la ricorrente ha esposto i calcoli matematici che condurrebbero a tale conclusione.

3. Si è costituita l'A.O.U. San Luigi Gonzaga di Orbassano eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per la mancata impugnazione degli atti di gara presupposti (delibera di indizione della gara, disciplinare di gara e nota di riscontro al preavviso di ricorso); in subordine, nel merito, contestando con articolate deduzioni la fondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

4. Si sono costituite le società controinteressate Mengozzi s.p.a. e BI.VI. s.r.l., costituenti il raggruppamento aggiudicatario dei tre lotti in contestazione, anch'esse eccependo l'inammissibilità del gravame per l'omessa impugnazione della *lex*

specialis di gara, in subordine opponendosi nel merito all'accoglimento del ricorso con diffuse argomentazioni.

5. Le società controinteressate hanno proposto, altresì, ricorso incidentale “escludente”, lamentando la mancata esclusione dalla gara del raggruppamento ricorrente sulla scorta di due motivi:

- per il mancato possesso in capo alla mandante Paderno Energia s.r.l. del requisito della iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, requisito richiesto dalla legge di gara a pena di esclusione;

- per violazione dell'art. 38 lettera a) del Codice dei contratti pubblici, sul rilievo che in data 9 ottobre 2014 l'altra società mandante del raggruppamento ricorrente, Fotorecuperi s.r.l., ha presentato al Tribunale di Torino ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161 della legge fallimentare.

6. All'udienza in camera di consiglio del 6 novembre 2014, avendo nel frattempo la stazione appaltante prorogato fino al 31 dicembre 2014 la gestione del servizio in capo al gestore uscente Fotorecuperi s.r.l. (mandante del raggruppamento ricorrente), su istanza concorde delle parti la causa è stata rinviata all'udienza pubblica del 22 gennaio 2015 per la discussione del merito.

7. In prossimità dell'udienza di merito, la parti hanno depositato memorie conclusive, riferite in particolare alle censure formulate nel ricorso incidentale.

8. All'udienza pubblica del 22 gennaio 2015, dopo la discussione dei difensori delle parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

9. Il collegio osserva quanto segue.

9.1. Nell'ordine di esame dei gravami, ragioni di economia processuale giustificano l'esame prioritario del ricorso principale, che, per le considerazioni che si esporranno, è infondato nel merito.

9.2. Giova premettere che l'art. 82 comma 3-bis del D. Lgs. n. 163/2006

(introdotto dall'art. 32 comma 7-bis del D.L. 21 giugno 2013 n. 6, c.d. "decreto del Fare", convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013 n. 98) dispone che *"Il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro"*.

La norma ha la finalità di assicurare che l'affidamento dei contratti pubblici avvenga nel pieno rispetto degli obblighi prescritti per la tutela dei diritti (retributivi e contributivi) dei lavoratori impiegati nell'esecuzione delle commesse pubbliche.

9.3. Peraltro, è noto che l'applicazione della norma ha dato luogo a rilevanti problemi applicativi, così com'era già avvenuto per l'analogo art. 81 comma 3-bis dettato in materia di offerta economicamente più vantaggiosa, successivamente abrogato dall'art. 44 del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito con modificazione dalla l. 22 dicembre 2011 n. 214 proprio a causa di tali problemi applicativi.

In particolare, l'inciso *"al netto delle spese relative al costo del personale"*, ove interpretato in senso letterale, e cioè come espressivo della necessità di valutare il prezzo offerto dai concorrenti *incorporando* il costo del personale dal resto delle voci indicate in offerta, produce, a seconda dei casi, o effetti distorsivi sulle gare d'appalto, oppure un'indebita compressione dell'autonomia imprenditoriale dei concorrenti da parte dell'amministrazione appaltante.

9.4. Le conseguenze dell'interpretazione letterale della norma in esame sono state approfondite e chiaramente esplicitate, sia nel documento ITACA (Istituto per la Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale) del 19 settembre 2013, recante le *"Prima indicazioni per l'applicazione delle modificazioni introdotte all'art. 82 del*

Codice dei Contratti Pubblici dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98 di conversione del D.L. 69/2013"; sia nel successivo Atto di Segnalazione n. 2 del 19 marzo 2014 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, recante *"Disposizioni in materia di costo del lavoro negli appalti pubblici di cui all'art. 82 comma 3-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163"*.

In entrambi i predetti atti si evidenzia l'incongruità di un'interpretazione letterale della norma in questione che implichi lo scorporo del costo del personale dall'importo del prezzo offerto ai fini della valutazione in gara del prezzo più basso, e ciò in quanto:

a) se lo scorporo fosse effettuato "a monte" dalla stazione appaltante, determinando *ex antea* nel bando di gara il costo del personale e gli oneri della sicurezza aziendale per sottrarli al confronto competitivo, si determinerebbero plurime criticità, in particolare quella connessa alla difficoltà e, in certi casi, all'impossibilità per la stazione appaltante di conoscere l'effettivo costo del personale della singola azienda, il quale dipende, oltre che dal costo orario, anche dal tempo di impiego del personale, dalla natura della prestazione e dalla organizzazione della singola impresa: sicchè, in definitiva, la predeterminazione del costo complessivo del servizio da parte della stazione appaltante rischierebbe di diventare, o un sovrapprezzo erogato all'aggiudicatario (laddove il costo predeterminato nel bando fosse superiore a quello concretamente sopportato dall'impresa), ovvero una penalizzazione (nel'ipotesi inversa);

b) se invece lo scorporo dovesse essere effettuato in sede di valutazione dell'offerta, decurtando dal prezzo complessivo offerto dal concorrente l'importo corrispondente al costo del personale e agli oneri della sicurezza aziendale, si determinerebbe un effetto totalmente distorsivo sulla procedura di gara, dal momento che l'aggiudicazione dovrebbe avvenire sulla base di un ribasso offerto relativamente a quote di prezzo differenti, derivanti dalla diversità delle stesse, a

seguito dello scorporo delle somme relative agli oneri del costo del personale e agli oneri della sicurezza aziendale. In quest'ultima ipotesi si produrrebbero, altresì, ulteriori effetti distorsivi sulla procedura di gara, in quanto il criterio adottato:

- potrebbe condurre ad aggiudicare la gara a favore di un'offerta più onerosa di altre, che finirebbe per risultare la più bassa solo per il fatto di aver esposto un maggior costo del personale;
- potrebbe condurre conseguentemente a preferire imprese meno efficienti e meno organizzate di altre, ossia imprese onerate da un personale sovrabbondante o che pagano volontariamente costi esorbitanti per il personale;
- potrebbe favorire strategie distorsive consistenti nell'espone in offerta costi del personale esorbitanti al solo fine di ridurre artificiosamente, attraverso il meccanismo dello scorporo, l'importo valutabile dell'offerta.

9.5. Alla luce di tali considerazioni, l'interpretazione formale e letterale della norma non convince, dovendosi pertanto ricercare un'interpretazione sostanziale e logico-sistematica della stessa.

La finalità della norma è, come detto, quella di assicurare che l'affidamento dei contratti pubblici avvenga nel pieno rispetto degli obblighi prescritti per la tutela dei diritti retributivi e contributivi dei lavoratori impiegati nell'esecuzione delle commesse pubbliche.

In tale prospettiva, interpretata in senso sostanziale, la norma può essere letta come diretta ad affermare l'obbligo per le stazioni appaltanti di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera.

Conseguentemente, il ribasso offerto può essere giustificato, in fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, da una organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall'impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttiva,

ma tutelando nel contempo il costo del personale.

Secondo quest'ottica interpretativa, la norma in questione non intende sottrarre la componente del costo della manodopera alla quantificazione della base d'asta e al confronto concorrenziale, ma si limita a fissare delle regole da seguire in sede di sub-procedimento per la verifica di congruità dell'offerta.

9.6. In definitiva:

- l'importo da utilizzare per il confronto competitivo tra i concorrenti è il totale del prospetto di offerta, risultante dalla sommatoria dei prezzi unitari offerti, cui sono aggiunti i costi del personale e gli oneri della sicurezza aziendali;
- in sede di verifica di congruità dell'offerta, la stazione appaltante valuterà la sostenibilità economica del ribasso anche in relazione alla tutela dei diritti inderogabili dei lavoratori, e per consentire tale verifica è prescritto che l'offerta indichi separatamente il costo del personale e gli oneri della sicurezza.

9.7. Tali conclusioni sono le stesse formulate sia dall'AVCP nel citato parere sia nel citato documento ITACA, laddove si legge che *“il prezzo più basso offerto sarà dato dalla sommatoria del costo del personale, inteso come costo incomprimibile ovvero da non assoggettare a negoziazione, e il costo delle lavorazioni e forniture depurato dal costo del personale”*.

10. Tanto premesso in linea generale, va osservato che, nel caso di specie, la stazione appaltante ha espressamente aderito all'impostazione sostanzialistica da ultimo citata sin dall'atto di indizione della procedura di gara (doc. 3 Amministrazione, pag. 5), laddove, in relazione all'applicazione dell'art. 82 comma 3-bis del Codice dei Contratti, si richiama espressamente l'interpretazione di tale norma fornita nel documento ITACA; parimenti, l'art. 7 del capitolato speciale d'appalto precisa che la base d'asta è *“comprensiva del costo del personale, così come previsto dall'art. 82 comma 3-bis del D. Lgs. 163/2006”*.

11. La valutazione delle offerte è conseguentemente avvenuta facendo pedissequa

applicazione delle citate previsioni della *lex specialis*, le quali, tuttavia, non sono state impugnate dalla società ricorrente.

12. Appaiono pertanto fondate le eccezioni di inammissibilità del gravame formulate dalle difese della stazione appaltante e della controinteressata, attesa la mancata impugnazione degli atti presupposti della procedura di gara, i quali esplicitavano chiaramente i criteri a cui si sarebbe dovuta attenere la commissione giudicatrice nel determinare il prezzo più basso offerto in gara.

13. Peraltro, ritiene il collegio che si possa prescindere dal dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale dal momento che, alla luce di quanto sopra esposto, le censure di parte ricorrente sono infondate nel merito: e ciò in quanto la stazione appaltante ha correttamente valutato le offerte dei concorrenti senza operare alcuno scorporo del costo del personale e degli oneri della sicurezza aziendale dall'importo complessivo del prezzo offerto, in ossequio alla corretta interpretazione dell'art. 82 comma 3-bis consacrata nella legge di gara.

14. Del resto, come giustamente rilevato dalla difesa della stazione appaltante, l'opzione interpretativa patrocinata dalla ricorrente avrebbe condotto alla conclusione irragionevole di determinare l'aggiudicazione della commessa ad un'offerta più onerosa di altre (e quindi meno vantaggiosa per l'amministrazione) per il solo fatto di aver esposto costi del personale esorbitanti, di gran lunga più onerosi di quelli sopportati da altre concorrenti, e dall'aggiudicatario in particolare.

Basti considerare che il raggruppamento aggiudicatario ha presentato:

- per il lotto n.1 un'offerta di € 1.490.855,70 iva esclusa, comprensiva del costo del personale di € 165.851,40, a fronte di un'offerta dell'r.t.i. ricorrente di € 1.881.123,90 iva esclusa, comprensiva del costo del personale di € 1.008.924,71;
- per il lotto n.2 un'offerta di € 1.037.757 iva esclusa, comprensiva del costo del personale di € 100,214,40, a fronte di un'offerta dell'r.t.i. ricorrente di € 1.126.002 iva esclusa, comprensiva del costo del personale di € 587.320,15;

- per il lotto n.3 un'offerta di € 781.099,50 iva esclusa, comprensiva del costo del personale di € 200.428,80, a fronte di un'offerta dell'r.t.i. ricorrente di € 971.267,58 iva esclusa, comprensiva del costo del personale di € 466.690,77.

Il che sta a significare che l'accoglimento della tesi di parte ricorrente avrebbe determinato l'effetto paradossale di premiare un'offerta meno vantaggiosa di altre e frutto di un'organizzazione di impresa meno efficiente (a pensar bene) o di una precisa strategia distorsiva della gara (a pensar male).

15. Alla luce di tali considerazioni, il ricorso principale, benché inammissibile per mancata impugnazione degli atti di gara presupposti, può essere respinto nel merito perché infondato.

16. Il rigetto del ricorso principale consente di prescindere dall'esame del ricorso incidentale, che va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

17. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, principale e incidentale, indicati in epigrafe, così decide:

- a) respinge il ricorso principale;
- b) dichiara improcedibile il ricorso incidentale per sopravvenuta carenza di interesse;
- c) condanna Eco Eridania s.p.a. a rifondere le spese di lite ad entrambe le controparti processuali, liquidandole in € 3.000,00 (tremila) oltre accessori di legge in favore di ciascuna di esse, con vincolo di solidarietà attiva tra Mengozzi s.p.a. e Bi.Vi. s.r.l.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente
Ofelia Fratamico, Primo Referendario
Ariberto Sabino Limongelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/02/2015

IL SEGRETARIO

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