

N. 00583/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01244/2010 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 Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1244 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Team Ambiente Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimiliano Brugnoletti e Paola Vilardi, con domicilio eletto presso Paola Vilardi in Brescia, via Lechi, 8;

contro

Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate, rappresentata e difesa dagli avv.ti Roberto Bonari e Marco Saita, con domicilio eletto presso Roberto Bonardi in Brescia, via XX Settembre, 40;

nei confronti di

Zanetti Arturo & C Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Giavazzi, con domicilio eletto in Brescia presso la Segreteria del T.A.R., via Carlo Zima, 3;

per l'annullamento

- della deliberazione di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti speciali di origine sanitaria n. 653 del 28 settembre 2010, comunicata con lettera dell'1 ottobre 2010;
- del verbale di gara del 9 luglio 2010, nella parte in cui ha ammesso alla gara la ditta Zanetti Arturo & C. s.r.l.;
- del verbale di gara del 27 agosto 2010 nella parte in cui ha ritenuto legittima l'offerta della ditta Zanetti e ha disposto l'aggiudicazione provvisoria a favore della stessa;
- di tutti gli altri verbali di gara;
- di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi a quelli impugnati.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate e di Zanetti Arturo & C Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente incidentale Zanetti Arturo & C. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2011 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in esame, ritualmente notificato e depositato, la Team Ambiente s.p.a. censura gli atti della procedura di gara finalizzata all'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti speciali, appaltato dall'Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate, per 5 anni ed un importo di 2.000.000 di euro, da aggiudicarsi con un criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che prevedeva il riconoscimento del punteggio massimo di 40 punti per la qualità e 60 per il prezzo.

Tale impresa si duole, in particolare, sia dell'ammissione alla gara della concorrente Zanetti Arturo s.r.l., che della non esclusione dell'offerta da quest'ultima presentata.

Per quanto attiene al primo profilo, parte ricorrente ha evidenziato, nel ricorso, come il capitolato speciale prevedesse, tra le prestazioni richieste ed individuate mediante l'indicazione degli appositi codici CER, il trasporto di rifiuti speciali quali resine a cambio ionico sature o esaurite (190905) e carbone attivo (190904). Per tutti i rifiuti speciali era richiesta la produzione di copia della convenzione stipulata con centri appositamente autorizzati allo smaltimento degli stessi, con la specifica dei rifiuti conferibili e l'indicazione della scadenza dell'autorizzazione successiva a quella di inizio del servizio.

In sede di partecipazione alla gara la ricorrente ha prodotto una convenzione con un centro di smaltimento dei rifiuti speciali scadente il 30 giugno 2010 e quindi ben prima della data di inizio del servizio, prevista per l'1 ottobre 2010.

Ciononostante la ditta Zanetti è stata ammessa.

A seguito di ciò, secondo la ricostruzione di parte ricorrente, la commissione aggiudicatrice ha provveduto a consegnare le sole buste contenenti l'offerta tecnica alla commissione tecnica, senza nulla disporre in ordine alla conservazione della documentazione rimanente.

Successivamente alla valutazione tecnica, in seduta pubblica, senza dare atto dell'integrità delle buste, la commissione giudicatrice ha proceduto all'apertura delle offerte economiche ed ha ammesso quella della Zanetti, pur non avendo, la stessa, indicato i costi della sicurezza che, invece, sono stati specificati dalla ricorrente: l'offerta avrebbe dovuto, secondo la ricorrente, essere esclusa per carenza del sopra indicato elemento essenziale.

Ritenendo illegittima l'aggiudicazione della gara a favore della controinteressata, in ragione dell'esclusione che avrebbe dovuto essere disposta prima nei confronti della stessa impresa Zanetti e poi dell'offerta dalla stessa prodotta, la Team Ambiente s.p.a. ha impugnato i relativi provvedimenti deducendo:

1. violazione dell'art. 3 del capitolato speciale e dell'art. 42 del d. lgs. 163/06, a causa della scadenza della convenzione prodotta dalla controinteressata con il centro per lo smaltimento dei rifiuti rappresentati da resine a cambio ionico sature o esaurite (190905) e carbone attivo (190904) prima dell'inizio previsto del servizio. Ciò avrebbe integrato una produzione documentale relativa al possesso dei requisiti incompleta e quindi colpita dalla comminatoria generale dell'esclusione;

2. violazione degli artt. 86 e 87 del d. lgs. 163/06, dell'art. 26 del d. lgs. 81 del 2009, nonché della *lex specialis* e violazione del principio della *par condicio*. Ciò in considerazione della omissione dell'indicazione dei costi della sicurezza, espressamente richiesta dalle norme invocate, oltre che dal disciplinare;

3. In via subordinata la ricorrente ha fatto valere un terzo motivo, tendente al rinnovo dell'intera gara, in ragione del mancato rispetto dei principi che impongono, in linea generale, una particolare attenzione nella conservazione delle offerte.

Con motivi aggiunti, presentati dopo aver ottenuto l'accesso agli atti ed a seguito della risposta della stazione appaltante al preavviso di ricorso, parte ricorrente ha altresì dedotto:

4. violazione dell'art. 3 del capitolato speciale e dell'art. 42 del d. lgs. 163/06, in quanto l'Azienda Sanitaria avrebbe erroneamente ritenuto che l'autocertificazione in cui il direttore tecnico della Electrometal ha dichiarato l'esistenza di una convenzione con la Zanetti (nota del 16 giugno 2010), dando conto della scadenza nel 2013 della propria autorizzazione, costituirebbe un implicito impegno dell'azienda a prorogare la convenzione che, invece, risulterebbe essere efficace solo fino al 30 giugno. Tale effetto di proroga sarebbe precluso sia dal tenore letterale della dichiarazione, sia dal fatto che il direttore tecnico, preposto ad una dichiarazione di scienza, non potrebbe autonomamente impegnare l'impresa al rinnovo della convenzione, a prescindere dal successivo chiarimento con cui la Electrometal ha puntualizzato che la convenzione in essere con la Zanetti aveva già, al

momento della partecipazione della gara, scadenza 30 giugno 2016, mentre la nota erroneamente prodotta in tale occasione riportava la scadenza delle sole condizioni economiche, la cui validità era prevista sino al 30 giugno 2010.

Secondo quanto dedotto in ricorso, anche a fronte di ciò, la stazione appaltante avrebbe comunque dovuto escludere la controinteressata poiché, a prescindere dall'esistenza di una convenzione, la medesima non è stata resa nota alla stazione appaltante, posto che l'autocertificazione del responsabile tecnico, benché fondata sulla sottostante convenzione, non poteva tenere luogo della produzione di una copia di essa, espressamente richiesta dal bando;

5. violazione degli artt. 11 e 27 del disciplinare e del DPR 15 luglio 2001, n. 254. La Zanetti avrebbe offerto, per la raccolta dei rifiuti taglienti e pungenti a rischio infettivo, contenitori privi della suddetta dicitura, espressamente richiesta, invece, dal bando ed altri contenitori non sarebbero conformi a quanto richiesto dal recepimento della normativa comunitaria del 2007;

6. violazione degli artt. 86 e 87 del d. lgs. 163/06, dell'art. 26 del d. lgs. 81 del 2008: il costo del lavoro correlato al numero di persone impiegate (inserite nella 3° e 4° qualifica) sarebbe sei volte superiore a quello indicato;

7. violazione degli artt. 86 e 87 del d. lgs. 163/06, dell'art. 26 del d. lgs. 81 del 2008, in quanto la stazione appaltante avrebbe ritenuto di poter superare la mancata indicazione dei costi della sicurezza perché non vi sarebbero, nel caso di specie, rischi di interferenza e quindi

costi correlati. Secondo parte ricorrente ciò non esimerebbe l'impresa dall'esibire i propri costi della sicurezza interna.

La controinteressata si è costituita in giudizio, affermando che la convenzione con il centro specializzato per lo smaltimento dei rifiuti speciali aveva un'adeguata durata e che la stazione appaltante avrebbe dovuto limitarsi, come ha fatto, a considerare l'autocertificazione attestante la validità ben oltre il 30 settembre 2010, a prescindere dal documento depositato che riguarda solo le condizioni economiche della convenzione.

Con riferimento ai costi della sicurezza, posto che non sono stati previsti costi da interferenza e che, quindi, il servizio non prevede costi non suscettibili di ribasso, quelli relativi alla propria sicurezza interna sarebbero stati regolarmente esposti all'atto della verifica dell'offerta, così come previsto dall'art. 87 del d. lgs. 163/06.

Nessuna violazione di alcuna clausola escludente sarebbe intervenuta in relazione alla dedotta questione della non conformità al capitolato dei contenitori offerti: gli stessi sarebbero perfettamente conformi alle caratteristiche richieste (grazie all'uso di specifiche etichette). Infine la congruità dei costi del lavoro sarebbe stata adeguatamente chiarita in sede di verifica dell'offerta e la documentazione della gara dovrebbe presumersi essere stata correttamente conservata.

La stessa controinteressata ha altresì notificato un ricorso incidentale, contestando l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'offerta della ricorrente principale, contenente la quantificazione del numero massimo di contenitori per aghi di sutura forniti gratuitamente per il

trasporto dei rifiuti speciali e, quindi, da qualificarsi come condizionata.

Al ricorso incidentale ha replicato la Team Ambiente s.p.a., evidenziando in primo luogo come, in presenza di due sole imprese che hanno partecipato alla gara (e cioè le due parti del giudizio), l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe esimere il giudice dall'entrare nel merito del ricorso principale.

Nel merito l'offerta della Team Ambiente sarebbe perfettamente conforme al capitolato, il quale richiedeva ai concorrenti di fornire contenitori "nelle quantità necessarie" per l'esecuzione del servizio: nell'indicare il numero di tremila contenitori, la ditta non ha "condizionato" la propria offerta, ma solo quantificato il numero dei contenitori che andrà a fornire, sulla scorta della relazione tecnica che il capitolato imponeva descrivesse metodologie e metodi di espletamento del servizio, nonché attrezzature necessarie per la raccolta (tra cui anche contenitori, quantità, tipo di materiale, capacità, misure d'ingombro). Tale quantificazione è stata peraltro accettata e ritenuta congrua dalla stazione appaltante e comunque non avrebbe natura vincolante, nel senso che l'accettazione di tutte le altre condizioni di gara imporrebbe comunque alla Team Ambiente di fornire tutti i contenitori necessari, eventualmente anche oltre tale quantitativo, se necessario.

Con il secondo ricorso per motivi aggiunti è stata, infine, dedotta la violazione dell'art. 3 del capitolato speciale e 42 del d. lgs. 163/06, nonché degli artt. 46 e 47 del DPR 445/00. Il capitolato prevedeva

L'obbligo del deposito di copia delle convenzioni con gli impianti di smaltimento dei rifiuti, mentre nel caso di specie l'esistenza delle convenzioni è stata autocertificata. Poiché la mancata produzione di uno dei documenti richiesti come obbligatori, ovvero la sua sostituzione con un'autocertificazione, non espressamente ammessa dal capitolato speciale, integra una violazione della *lex specialis* punita con la esclusione, la ditta controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa.

L'azienda sanitaria si è costituita in giudizio, chiedendo il rigetto sia del ricorso principale, che di quello incidentale.

Rispetto al primo essa ha eccepito la tardività del ricorso, in quanto la seconda copia, identica a quella notificata a norma dell'art. 3 della legge 21 gennaio 1994, n. 53, sarebbe stata notificata il 3 novembre e, quindi, fuori termine, considerato che la comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163" è stata ricevuta l'1 ottobre 2010.

Nel merito il comportamento della stazione appaltante sarebbe virtuoso, in quanto essa avrebbe applicato, rispetto alla documentazione prodotta dall'impresa risultata aggiudicataria, il principio generale secondo cui i documenti di cui è richiesta la produzione possono essere sempre sostituiti da specifiche dichiarazioni dell'impresa partecipante, salva successiva dimostrazione della loro veridicità. Per quanto attiene ai costi della sicurezza, esclusa l'esistenza di costi da interferenza, la stazione appaltante ha ritenuto di poter accedere alla tesi secondo cui i costi interni all'organizzazione

aziendale possono essere quantificati e controllati in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Infine, pur condividendo in linea generale la giurisprudenza secondo cui il principio dispositivo consente alla parte ricorrente di graduare i diversi motivi di ricorso, l'azienda ospedaliera resistente ha chiesto che, nel caso di specie, sia considerata, in ragione dello specifico oggetto del giudizio impugnatorio, l'opportunità di aderire alla diversa tesi secondo cui è il giudice a dover decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143; 5 settembre 2006, n. 5108; sez. VI, 5 settembre 2002, n. 4487).

Nella seconda memoria, prodotta a seguito della notifica dei motivi aggiunti, l'Azienda Ospedaliera ha ribadito come la dichiarazione successivamente prodotta al fine di comprovare l'esistenza della convenzione con centro autorizzato al ritiro dei rifiuti speciali altro non fosse che un documento ulteriore rispetto alla già sufficiente autocertificazione prodotta dalla Zanetti. Essa ha inoltre chiarito come, rispetto ai contenitori da fornire, fosse possibile utilizzare etichette conformi ai modelli prescritti, la verifica fosse comunque demandata all'atto della consegna e, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, la Zanetti Arturo s.r.l. avesse precisato che il costo del lavoro esposto nell'offerta doveva intendersi riferito non a sette lavoratori ad esclusivo servizio dell'Azienda, bensì alle sole 1789 ore

annue preventivate per l'espletamento del servizio in questione (a fronte delle 2304 stimate dalla ricorrente) alla luce dell'esperienza e delle soluzioni operative e gestionali elaborate quale gestore uscente del servizio (idonee a consentire di ottimizzare i costi).

Con specifico riferimento al ricorso incidentale essa ha evidenziato come l'esclusione della ricorrente non avrebbe potuto avvenire solo in ragione della indicazione del numero dei contenitori da fornire gratuitamente, alla luce della giurisprudenza secondo cui le clausole escludenti debbono essere intese come tassative, in specie laddove, come nel caso in esame, la *lex specialis* riserva all'atto della consegna la verifica quali-quantitativa dei contenitori.

La stessa Team Ambiente s.r.l. , ha chiarito come gli esemplari offerti sarebbero in numero adeguato alle esigenze e comunque l'indicazione del numero non sarebbe sanzionata dall'esclusione che, quindi, non avrebbe comunque potuto essere disposta dalla stazione appaltante.

Con l'ultima memoria del 28 febbraio 2011 la ricorrente ha ribadito l'inadeguatezza della dichiarazione prodotta in allegato alla domanda di partecipazione a comprova della disponibilità della società Electrometal per lo smaltimento di rifiuti speciali e la non conformità al principio della *par condicio* della ammissione della Zanetti all'integrazione della documentazione, ammessa dalla legge e dalla giurisprudenza solo laddove si tratti di documenti la cui produzione non sia stata richiesta a pena di esclusione. Essa ha, quindi, insistito sulla illegittimità della mancata indicazione dei costi della sicurezza (richiamando a tal fine la sentenza di questo Tribunale Sez. II, 12

gennaio 2011, n. 26) da parte della controinteressata e sulla legittimità della propria offerta, non qualificabile come condizionata.

Ribadendo la richiesta di risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione della gara, infine, la Team Ambiente ha quantificato, in via subordinata, l'eventuale risarcimento del danno in misura pari all'utile atteso (pari a circa il 15 %) sull'importo complessivo quinquennale offerto pari a 1.830.972,50 Euro.

Anche la Zanetti ha depositato una propria memoria in vista della pubblica udienza, nella quale ha ribadito quanto già precedentemente rappresentato.

Alla pubblica udienza del 30 marzo 2011 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in esame sono sottoposti al vaglio del giudice amministrativo gli atti relativi alla gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti speciali da parte dell'Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate, per 5 anni ed un importo di 2.000.000 di euro.

Deve essere, però, preliminarmente affrontata la questione di tardività del ricorso principale introdotta in rito dall'Amministrazione resistente, la quale non appare meritevole di positivo apprezzamento, atteso che il rispetto del termine decadenziale (decorrente dal *dies a quo* incontestamente individuato nel 1 ottobre 2010) deve essere valutato con riferimento alla prima notifica effettuata. Nel caso in esame, infatti, la fattispecie si diversifica da quella disciplinata

dall'invocato art. 3 della legge 21 gennaio 1994, n. 53, secondo cui è "possibile la proposizione di un nuovo ricorso (ove non siano decorsi i termini dell'impugnazione) solo in sostituzione" di quello non ancora dichiarato inammissibile: esiste, in concreto, un solo ricorso (e non anche due) per verificare la tempestività della notifica del quale si deve fare riferimento alla data in cui il procuratore di parte ricorrente ha attestato di aver provveduto alla notifica nell'apposita relata apposta in calce al ricorso stesso (30 ottobre 2010), a prescindere dalla data in cui esso ha provveduto, successivamente, nel primo giorno non festivo (2 novembre 2010), all'invio del medesimo a mezzo posta.

Accertata la tempestività del ricorso introduttivo, si impone la risoluzione della questione attinente all'ordine in cui affrontare i ricorsi proposti dalle due partecipanti alla gara, tenendo in debito conto la circostanza per cui queste sono state le sole imprese che hanno formulato un'offerta per l'affidamento del servizio in parola.

A prescindere, quindi, dal fatto che il ricorso principale tenda anche, in via subordinata, all'annullamento dell'intera gara, proprio in ragione di ciò non può escludersi la permanenza di interesse della ricorrente principale all'accoglimento delle proprie doglianze anche laddove dovesse ritenersi fondato il ricorso incidentale, in quanto ciò imporrebbe l'eventuale rinnovo dell'intera gara: un tanto pur ferma restando l'incontestabile discrezionalità rivendicata dalla stazione appaltante, la quale potrebbe anche non bandire più alcuna gara per l'effettuazione del servizio, senza che tale eventualità possa escludere

la sussistenza, allo stato, dell'interesse all'annullamento degli atti.

Tale particolarità della situazione esclude la possibilità di qualificare il ricorso incidentale come "paralizzante", con la conseguenza che esso dovrà essere esaminato solo in subordine all'eventuale accoglimento del ricorso principale.

Quest'ultimo, peraltro, merita positivo apprezzamento.

In allegato alla domanda di partecipazione alla gara, infatti, la controinteressata ha prodotto, in luogo della richiesta copia delle convenzioni in essere con i centri autorizzati al trattamento dei rifiuti, una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, indicante le tre convenzioni in essere tra la stessa e altrettanti centri autorizzati allo smaltimento di rifiuti, ma non anche la durata delle stesse ovvero una scadenza anteriore a quella richiesta.

Tale produzione appare insufficiente per due diversi profili. In primo luogo la *lex specialis* della gara imponeva espressamente l'obbligo di depositare copia della convenzione (e non anche una dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante l'esistenza della convenzione stessa). Anche laddove si volesse riconoscere spazio alla tesi della stazione appaltante secondo cui, nonostante l'espressa previsione, la copia dei documenti potrebbe essere sempre sostituita da una autocertificazione sostitutiva della stessa, nel caso di specie il contenuto della dichiarazione resa non sarebbe sufficiente ad integrare quello che avrebbe dovuto essere dimostrato dalla produzione di copia della convenzione, mancando comunque l'indicazione di una scadenza del contratto successiva all'inizio del

servizio.

Invero non si può non evidenziare come in prima battuta la ditta risultata aggiudicataria avesse prodotto una dichiarazione rilasciata dal direttore tecnico della Electrometal attestante l'impegno della suddetta società a ricevere, presso il proprio impianto, i rifiuti speciali conferiti dalla Zanetti s.r.l. In allegato a tale dichiarazione risulta prodotta una lettera attestante una scadenza della convenzione (del 30 giugno 2010, nello specifico) non conforme a quanto richiesto dal disciplinare, essendo precedente all'inizio del servizio. Solo successivamente, con una ulteriore dichiarazione, la stessa ha tentato di dimostrare come la scadenza precedentemente riportata fosse riferita alle sole condizioni economiche in essere a quella data, mentre il rapporto contrattuale doveva ritenersi avere scadenza successiva.

L'aver ritenuto ammissibile l'offerta non corredata della specifica documentazione richiesta e l'aver poi consentito l'integrazione della stessa con ulteriori successive dichiarazioni, non potendosi ritenere il contenuto della autocertificazione prodotta in luogo della convenzione corrispondere a quanto richiesto dal bando, appare, come dedotto, lesivo del principio della *par condicio* tra i concorrenti.

Ne discende l'illegittimità dell'ammissione alla gara della Zanetti Arturo s.r.l., in accoglimento di quanto ribadito anche nei ricorsi per motivi aggiunti.

Ciò anche sotto il diverso profilo di cui alla seconda censura, attinente alla incompletezza dell'offerta, priva dell'indicazione dei costi della sicurezza, richiesti da norme che debbono essere ritenute

eterointegrative del bando.

A tale proposito il Collegio non ravvisa ragione di discostarsi dal proprio precedente di cui alla sentenza n. 653 del 12 gennaio 2011, che fa proprio, a sua volta, quanto affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 4849 del giugno 2010, nella quale si legge: “Il combinato disposto delle due norme” (gli artt. 86 e 87 del d. lgs. 163/06, n.d.r.) “impone, quindi, ai concorrenti di segnalare gli oneri economici che ritengono di sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro, al duplice fine di assicurare la consapevole formulazione dell’offerta con riguardo ad un aspetto nevralgico e di consentire alla stazione appaltante la valutazione della congruità dell’importo destinato ai costi per la sicurezza”.

La circostanza che solo nei bandi di gara relativi agli appalti di lavori, ai sensi dell’art. 131 del codice dei contratti pubblici, debbano essere evidenziati gli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, fa sì che nelle altre procedure di gara, in assenza della preventiva fissazione del costo per la sicurezza da parte dell’amministrazione aggiudicatrice quale specifica componente del costo del lavoro, sia necessario che il relativo importo venga scorporato dalle offerte dei singoli concorrenti e sottoposto a verifica per valutare se sia congruo rispetto alle esigenze di tutela dei lavoratori. La mancanza di una specifica previsione sul tema in seno alla *lex specialis* non toglie, quindi, che la norma primaria, immediatamente precettiva ed idonea ad eterointegrare le regole procedurali, imponesse agli offerenti di

indicare separatamente i costi per la sicurezza per le ragioni precedentemente esposte.

Infatti, nonostante la mancanza di una comminatoria espressa nella disciplina speciale di gara, l'inosservanza della prescrizione primaria che impone l'indicazione preventiva dei costi di sicurezza implica la sanzione dell'esclusione, in quanto rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti ed impedisce alla stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa.

Una diversa opzione interpretativa, che consentisse l'integrazione del dato mancante nell'ambito della procedura in contraddittorio relativa al controllo sulle offerte anomale di cui all'art. 88 del codice dei contratti pubblici, si risolverebbe, pertanto, in un'*interpretatio abrogans* della disciplina normativa che dedica una specifica attenzione ai costi di sicurezza imponendo l'indicazione in sede di offerta in ragione della particolare delicatezza dei valori in giuoco.

Anche nel caso di specie, pertanto, la presentazione di un'offerta priva dell'esposizione dei costi della sicurezza avrebbe dovuto condurre all'esclusione della stessa.

Ciò accertato, si può prescindere dall'entrare nel merito della terza censura, in quanto dedotta in via subordinata, mentre le altre possono ritenersi assorbite.

L'accoglimento del ricorso principale impone, quindi, l'esame del ricorso incidentale che, è stato ritenuto, in sede cautelare, non

“supportato da analogo principio di fondatezza, in ragione del fatto che, come evidenziato dall’Azienda sanitaria, indiscussa l’esistenza dell’obbligo contrattuale di fornitura dei contenitori per il trasporto dei rifiuti, l’indicazione del numero di contenitori da fornire non avrebbe potuto determinare l’esclusione dell’impresa dalla gara, in forza del principio secondo cui le cause di esclusione debbono essere tipiche e nominate ed una tale ipotesi non era prevista dalla lex specialis”.

Ad ulteriore sviluppo del principio ora affermato appare opportuno soffermarsi su quanto rappresentato dalla ricorrente principale in ordine a tale profilo. Appare condivisibile la tesi secondo cui quest’ultima avrebbe quantificato il numero dei contenitori di cui è prevista la fornitura al fine di rendere completa ed esaustiva l’offerta tecnica, rispetto a cui il capitolato speciale prevedeva la specificazione della tipologia, della quantità, dell’ingombro e delle altre caratteristiche dei contenitori da utilizzarsi per il trasporto dei rifiuti speciali. Non si tratta, quindi, di un numero da intendersi come quantità massima di cui sarà garantita la fornitura (che renderebbe, in effetti, condizionata l’offerta), bensì di quello stimato come necessario nel caso di specie, senza che, alla luce di tutte le altre clausole del bando sottoscritte ed accettate anche dalla ricorrente, la sua indicazione possa esimere l’impresa dal fornirne di ulteriori ove necessario.

Respinto il ricorso incidentale deve, quindi, essere disposto l’annullamento degli atti di gara nella parte in cui con gli stessi è stata

ammessa alla gara l'offerta poi risultata aggiudicataria, con conseguente potenziale aggiudicazione della stessa alla ricorrente principale.

Ciò non implica, peraltro, alcun obbligo per la stazione appaltante di concludere il contratto con quest'ultima, considerato che, con l'art. 2 del capitolato speciale di gara, la stazione appaltante si è riservata, a suo insindacabile giudizio, di non procedere all'attuazione della procedura di gara, privilegiando, invece, la scelta dell'adesione al Consorzio delle Aziende sanitarie della Regione Lombardia o a contratti aggiudicati da altra Azienda sanitaria o a procedure telematiche della Pubblica amministrazione, purchè economicamente più vantaggiosa.

Il richiesto risarcimento in forma specifica deve, quindi, ritenersi pieno e soddisfacente a seguito della cancellazione dell'impresa controinteressata dalla graduatoria stilata in esito al procedimento di gara, dal momento che ciò è sufficiente a garantire alla ricorrente la reintegrazione nella posizione giuridica che essa avrebbe dovuto vantare in assenza dell'illegittima ammissione alla gara dell'offerta concorrente.

Le spese del giudizio seguono l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale e respinge quello incidentale e per l'effetto annulla gli atti impugnati

con il primo, con conseguente accoglimento anche della domanda risarcitoria, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Condanna le parti resistenti al pagamento delle spese del giudizio nei confronti della ricorrente, nella misura di Euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) ciascuna (per un totale di 5.000,00 Euro), oltre ad IVA, C.P.A. e rimborso forfetario delle spese, nonché il rimborso del contributo unificato dalla ricorrente principale anticipato ai sensi del comma 6 bis dell'articolo 13 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, a carico della ricorrente incidentale, risultata soccombente.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario

Mara Bertagnolli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2011

IL SEGRETARIO

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