

Pubblicato il 10/02/2017

N. 00217/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01168/2016 REG.RIC.

 logo

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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1168 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Obiettivo Lavoro s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Maria Teresa Grassi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Maria Teresa Grassi in Firenze, piazza Nazario Sauro, n. 2;

contro

Comune di Livorno, rappresentato e difeso dagli avvocati Lucia Macchia e Maria Teresa Zenti, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze, via Ricasoli n. 40;

nei confronti di

Tempor Agenzia per il Lavoro s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Hernandez, Francesco Hernandez e Francesco Alvaro, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Alvaro in Firenze, via Lamarmora n. 51;

per l'annullamento

- della deliberazione di aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di lavoro temporaneo dei servizi educativi a Tempor s.p.a.;
 - dei verbali di gara;
 - del provvedimento di affidamento in via d'urgenza a Tempor del servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato per le figure professionali di insegnante ed educatore servizi scolastici prima infanzia;
 - di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;
- per la declaratoria di inefficacia del contratto, se stipulato, e per il risarcimento danni.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Livorno e di Tempor Agenzia per il Lavoro s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2017 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Livorno, con bando del 12.7.2016 (documento n. 13 depositato in giudizio dal Comune medesimo), ha indetto una procedura aperta con modalità telematica, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai fini della stipulazione di un accordo quadro con un'Agenzia per il Lavoro,

avente ad oggetto la somministrazione di lavoro a tempo determinato di insegnanti per servizi scolastici della prima infanzia e di educatori dei servizi scolastici in relazione al periodo dall'8.9.2016 al 30.6.2017.

L'offerta economica doveva essere espressa indicando un moltiplicatore da applicare al costo del lavoro, da quantificare in base all'art. 6 del capitolato. In particolare, il moltiplicatore era costituito da una percentuale riferita ai costi orari derivanti dall'applicazione del CCNL di comparto ed alle voci previste dalla normativa in tema di contratto di somministrazione (pagine 4 e 5 del disciplinare di gara –documento n. 2 allegato all'impugnativa-).

Nella seduta pubblica del 22.8.2016 la commissione giudicatrice ha verificato la documentazione presentata dalle cinque Agenzie per il Lavoro partecipanti alla selezione.

In data 29.8.2016 la stessa commissione ha comunicato i punteggi tecnici assegnati: Obiettivo Lavoro s.p.a. ha ottenuto 52,82 punti, mentre Tempor Agenzia per il Lavoro s.p.a. si è vista attribuire 44,88 punti.

L'offerta economica di quest'ultima, indicante un moltiplicatore pari a euro 2,44444, ha ottenuto 40 punti, mentre la ricorrente (la quale ha offerto un moltiplicatore di euro 7,5) ha conseguito 13,04 punti.

La graduatoria finale ha visto al primo posto Tempor (con 84,88 punti complessivi) ed al secondo posto la ricorrente (con 65,86 punti).

E' seguito, dopo la verifica di congruità dell'offerta della vincitrice della selezione, il provvedimento di aggiudicazione datato 7.9.2016.

Avverso tale atto la società istante è insorta deducendo:

1) Violazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 2 del disciplinare (sui documenti da produrre a corredo dell'offerta) e del principio del clare loqui e della correttezza dei concorrenti; eccesso di potere per violazione della par condicio.

La controinteressata Tempor ha subito una risoluzione contrattuale per gravi negligenze e mala fede nell'esecuzione delle prestazioni rese in relazione alla somministrazione di lavoratori, come risulta dalla sentenza del TAR Campania, sezione di Salerno, n. 665 del 3.4.2014, che ha reputato legittima la risoluzione per avere Tempor s.p.a. interrotto il servizio. Pertanto risulta non veritiera la dichiarazione, sottoscritta da quest'ultima, di non avere commesso gravi illeciti professionali, ex art. 80, comma 5 lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, con la conseguenza che sarebbe stata doverosa l'esclusione della stessa dalla gara.

2) Violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016; carenza ed erroneità di istruttoria.

La controinteressata ha formulato un'offerta in perdita, per le seguenti ragioni:

a) il costo orario del lavoro è di euro 19,55 per gli educatori (quantificati in 16) e di euro 19,83 per gli insegnanti (quantificati in 37; si vedano i documenti n. 12, 13 e 14 allegati al ricorso), con la conseguenza che il costo complessivo del lavoro occorrente per tutta la durata della commessa è di euro 401.878,62 per gli educatori e di euro 939.883,23 per gli insegnanti, per un totale di euro 1.341.761; l'applicazione del moltiplicatore a quest'ultimo importo determina la somma di euro 32.798,617 quale margine di Agenzia;

b) l'art. 6, punto 4, del capitolato speciale pone a carico dell'Agenzia le ore di assenza dal lavoro; il tasso di assenteismo medio specificato

preventivamente dalla stazione appaltante è pari al 12,93% (pagina 3 della relazione tecnico illustrativa, costituente il documento n. 15 allegato al gravame), che si riduce al 2,5% considerando le ferie (comprese nella tariffa); la percentuale del 2,5% applicata al costo complessivo del lavoro dà come risultato la somma di euro 33.544,046, superiore al margine di agenzia (euro 32.798);

c) i costi della formazione del personale relativa alla sicurezza sul lavoro ed alle specifiche mansioni sono posti a carico dell'aggiudicataria per effetto dell'art. 3 del capitolato e incidono per lo 0,12%, corrispondente ad euro 1.639,93;

d) le spese di accertamento dell'idoneità psicofisica dei lavoratori, che l'art. 3 punto 3 del capitolato accolla all'aggiudicataria, ammontano ad euro 1.590 (documento n. 16);

e) i costi amministrativi di gestione del personale (costi per procedere alla selezione, elaborazione delle buste paga, gestione delle malattie), parimenti a carico dell'Agenzia ai sensi dell'art. 3 del capitolato, incidono per lo 0,1% dell'importo complessivo offerto ed ammontano quindi ad euro 1.374,56; gli oneri finanziari sono quantificabili in euro 328;

f) i costi di sicurezza, mediamente pari allo 0,5% dell'offerta, ammontano ad euro 6.872,80;

g) le spese di pubblicazione della procedura di gara, al cui rimborso è chiamata l'aggiudicataria, ammontano ad euro 4.000, mentre le spese contrattuali sono pari ad euro 1.600 (documento n. 17 allegato all'impugnativa);

h) rilevano altresì i costi della cauzione provvisoria e definitiva, il contributo all'ANAC e le spese per referenze bancarie.

3) Violazione dell'art. 32, commi 7 e 8, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 7 del disciplinare di gara; violazione del principio di par condicio; violazione del principio di regolare svolgimento del servizio.

La disposta esecuzione in via d'urgenza del servizio è illegittima, in quanto non è stata preceduta dalla verifica del possesso dei requisiti e non sussiste né un evento imprevedibile, né il necessario presupposto del grave danno all'interesse pubblico determinato dalla mancata esecuzione della gara.

La ricorrente ha chiesto, in via subordinata, la condanna al risarcimento dei danni per equivalente.

In pendenza del gravame la ricorrente è venuta a conoscenza della documentazione relativa alla gara in questione, tra cui il contenuto delle pregiudiziche presentate, ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, dalla controinteressata, nelle quali l'incidenza degli oneri di sicurezza sul margine offerto è stata quantificata nella misura del 5%, e i chiarimenti forniti dalla stessa (documento n. 24).

Ad esito di ciò la deducente ha presentato motivi aggiunti di ricorso, incentrati sulle seguenti censure:

1) Violazione del principio di segretezza e di separazione dell'offerta tecnica da quella economica; violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Tempor s.p.a., nella propria offerta tecnica, ha previsto il ristoro al Comune dei costi da questo sostenuti per l'attività formativa, nei limiti indicati nel vademecum, ed ha in tal modo introdotto un'indebita intromissione di un elemento economico nell'offerta tecnica.

2) Violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008; violazione del disciplinare.

L'aggiudicataria ha indicato nell'offerta economica costi di sicurezza pari ad euro 0,005 al netto di IVA, e nel dettaglio dell'offerta economica (imposto dalla pagina 15 del disciplinare) costi di sicurezza corrispondenti al 5% di incidenza sul margine offerto (documenti n. 22 e 23 allegati ai motivi aggiunti). Poiché gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento costitutivo dell'offerta, ex art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, la loro modifica in sede di pregiudizive costituisce una modifica dell'offerta che determina l'esclusione dalla gara. La ricorrente richiama altresì sul punto le pronunce del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 3 e 9 del 2015 e n. 19 del 2016.

3) Violazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 2 del disciplinare; violazione del principio del clare loqui e della correttezza dei concorrenti; eccesso di potere per violazione della par condicio.

La stazione appaltante Salerno Pulita, in due precedenti procedure selettive, ha estromesso la controinteressata per grave negligenza e malafede nell'esecuzione di altra commessa, cosicché Tempor s.p.a. avrebbe dovuto dichiarare tale circostanza al Comune di Livorno (gli operatori economici sono tenuti a dichiarare tutti gli illeciti professionali in cui sono incorsi).

4) In via subordinata: violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016; carenza ed erroneità dell'istruttoria; difetto di motivazione.

Tempor s.p.a. ha omesso di specificare il costo del lavoro, su cui doveva essere applicato il moltiplicatore offerto, ed ha fornito giustificazioni e chiarimenti generici. E' mancata la dimostrazione del dato dell'assenteismo, indicato nelle pregiudizive nella misura del

50% quale incidenza sul moltiplicatore (l'art. 31 del CCNL vincola ad assumere i lavoratori precedentemente somministrati dalla ricorrente, i cui dati di assenteismo non sono conosciuti dall'aggiudicataria). Parimenti generica e indimostrata è la dichiarazione, da parte di Tempor s.p.a., di beneficiare di economie di gestione per l'uso di tecnologie e personale della controllante Intelliform. Elementi di erroneità emergono dal confronto delle memorie difensive del Comune e della controinteressata: il primo indica il margine d'agenzia proposto dall'aggiudicataria in euro 36.293 (pagina 24), la seconda sostiene di avere un margine di euro 33.218 (pagina 14). Il solo costo dell'assenteismo supera il margine d'agenzia: il tasso di assenteismo del 2,5% ha un costo di 33.671 euro.

Il fondo Formatemp, secondo i chiarimenti espressi dall'aggiudicataria, coprirebbe i costi di formazione del personale, mentre invece la lex specialis di gara imponeva corsi aggiuntivi, calibrati sulle mansioni da svolgere (pagina 4 del disciplinare, costituente il documento n. 2 depositato in giudizio). L'importo dei costi generali e amministrativi sostenuti dall'aggiudicataria (la cui incidenza è indicata, nel dettaglio dell'offerta di Tempor, nella misura del 15%, corrispondente ad euro 4.938) è insufficiente a coprire le spese di pubblicazione della gara (euro 4.000) e le spese contrattuali (euro 1.600), nonché a coprire i costi di rilevazione delle presenze, di preparazione delle buste paga e denunce contributive, di cauzione definitiva, del contributo all'ANAC e per referenze bancarie; la spesa da sostenere per l'accertamento dell'idoneità psicofisica dei lavoratori (euro 1.590) non è stata contemplata nel predetto dettaglio.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Livorno e Tempor Agenzia per il Lavoro s.p.a..

Con ordinanza n. 488 del 22.9.2016 è stata respinta l'istanza cautelare proposta con il ricorso principale.

Con ordinanza n. 525 del 13.10.2016 è stata accolta l'istanza cautelare presentata con i motivi aggiunti.

All'udienza del 25 gennaio 2016 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare occorre soffermarsi sulle questioni in rito.

Il Comune di Livorno ha eccepito l'inammissibilità del ricorso introduttivo, in quanto al momento della sua notificazione il provvedimento di aggiudicazione non era stato ancora sottoscritto; in particolare, il Comune ha evidenziato che al momento di tale notifica esisteva solo la comunicazione di futura aggiudicazione.

L'eccezione non ha pregio.

Il ricorso è stato notificato il 7.9.2016 ed ha ad oggetto la delibera di aggiudicazione della gara, che infatti risulta adottata lo stesso giorno.

La contestualità dei giorni di presentazione del ricorso e di adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, nonché la specificità del riferimento agli atti della procedura di gara e delle censure di cui all'impugnativa, sono sufficienti a renderla ammissibile.

Il Comune ha altresì eccepito l'inammissibilità dei motivi aggiunti, in quanto aventi ad oggetto un provvedimento (la determina di aggiudicazione) già impugnato ed il cui testo era ben motivato ab origine; secondo la difesa dell'Amministrazione, nessun provvedimento successivo ha potuto giustificare la presentazione dei motivi aggiunti, tanto che la ricorrente non ha dedotto con essi vizi diversi e ulteriori rispetto a quelli già indicati in sede di impugnativa principale.

L'eccezione non è condivisibile.

I motivi aggiunti si incentrano su censure conseguenti all'accesso a tutti i documenti di gara, in particolare alle pregiustifiche dell'offerta ed ai chiarimenti forniti alla stazione appaltante dalla controinteressata.

Alla luce delle sopravvenute acquisizioni documentali (evidenzianti nuovi possibili aspetti di illegittimità dell'azione amministrativa) l'esponente ha dedotto censure nuove (ad esempio, quella riguardante la non univoca indicazione nell'offerta degli oneri di sicurezza) o argomentazioni nuove a supporto di profili di illegittimità precedentemente dedotti con il ricorso. Invero la motivazione della contestata determina di aggiudicazione non indicava i contenuti di tutti i presupposti atti e documenti di gara e non consentiva di percepire appieno tutti i presupposti di fatto che avevano portato a ritenere congrua e ammissibile l'offerta della controinteressata.

Né risulta che i motivi aggiunti siano tardivi considerando come dies a quo il momento della sopraggiunta conoscenza degli ulteriori documenti, ed anzi la tempestività dei motivi aggiunti stessi emerge anche assumendo come dies a quo il giorno di adozione del contestato provvedimento di aggiudicazione, talché essi, risultando proposti nei termini di rito, costituiscono un legittimo ampliamento dell'originario thema decidendum.

Nell'odierna udienza il Comune di Livorno ha infine eccepito che Obiettivo Lavoro s.p.a., stando alla visura camerale, risulta cancellata, a seguito della fusione per incorporazione della Società ricorrente in altra società.

Premesso che l'eccezione sollevata allude verosimilmente ad una causa di difetto di legittimazione ad agire ed alla conseguente

inammissibilità del ricorso e che essa non è stata espressa in alcuna memoria difensiva e non è stata supportata da alcun documento depositato in giudizio nei termini, il Collegio la ritiene, comunque, infondata.

La fusione, sia per incorporazione che paritaria, è un fenomeno meramente modificativo-evolutivo e non estintivo, pertanto, la società incorporata non cessa di esistere (ex multis: Cass., S.U., 8.2.2006, n. 2637; Cass. n. 14526/2006; Cass. n. 19509/2010; Cass. n. 6058/2012): la fusione tra società si risolve in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo.

La società incorporante o risultante dalla fusione non è un successore universale e nemmeno un soggetto "altro" e "diverso", ma semmai un soggetto composito in cui proseguono la loro esistenza le società partecipanti all'operazione societaria (Cons. Stato, A.P., 7.6.2012, n. 21).

Rileva al riguardo il nuovo testo dell'art. 2504-bis cod. civ., conseguente alla riforma del diritto societario, che non contiene più il riferimento all'effetto estintivo.

2. Ciò premesso in rito, entrando nel merito della trattazione del ricorso introduttivo, si osserva quanto segue.

Con la prima censura l'istante sostiene che Tempor s.p.a. ha precedentemente subito una risoluzione contrattuale per gravi negligenze e malafede nell'esecuzione di prestazioni inerenti la somministrazione di lavoratori, e che tuttavia la stessa ha dichiarato, in modo non veritiero, di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 80, comma 5 lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, con la

conseguenza che avrebbe dovuto essere estromessa dalla gara. In particolare, a supporto della sussistenza del pregresso illecito professionale a carico dell'aggiudicataria, la deducente richiama la sentenza del TAR Campania, sezione staccata di Salerno, n. 665 del 3.4.2014.

La doglianza è infondata.

L'impugnato provvedimento di aggiudicazione dà contezza delle ragioni che hanno indotto a ritenere insussistente l'illecito professionale denunciato dalla ricorrente. Invero, come rimarcato nel provvedimento medesimo, la predetta sentenza (sulla quale pende l'appello proposto innanzi al Consiglio di Stato) non verte sul merito della vicenda che ha dato precedentemente luogo all'esclusione di Tempor s.p.a. da una gara indetta da Salerno Pulita s.p.a., e non vi sono state al riguardo segnalazioni all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici. Ulteriore istruttoria condotta dalla commissione di gara ha portato ad accertare che, anche dopo i fatti riportati nella citata sentenza del TAR Campania, la controinteressata ha beneficiato di numerose aggiudicazioni (250), adottate sull'implicito presupposto dell'assenza della causa di esclusione prevista dal richiamato art. 80, comma 5 lett. c, del d.lgs. n. 163/2006.

Inoltre, dalla convenzione stipulata il 1.2.2013 tra Tempor s.p.a. e Salerno Pulita s.p.a. (documento n. 5 prodotto dal Comune di Livorno), risulta che la prima aveva regolarmente eseguito i contratti di somministrazione di lavoro temporaneo, rispetto ai quali la seconda era in ritardo nei pagamenti.

Non sono quindi prospettabili comportamenti della controinteressata rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. c, del d.lgs. n. 50/2016.

Ne deriva che correttamente l'Amministrazione ha accolto al riguardo le osservazioni dell'aggiudicataria, espresse nella nota di chiarimenti del 5.9.2016 (documento n. 4 depositato in giudizio dal Comune).

3. Con il secondo mezzo la ricorrente deduce che l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe in perdita, e che quindi l'amministrazione avrebbe dovuto pervenire ad un giudizio di incongruità dell'offerta stessa.

La censura è infondata.

La quantificazione dell'importo (euro 32.798) corrispondente al valore percentuale (2,44444%) del margine di agenzia offerto dalla controinteressata, indicata nel ricorso (peraltro difforme dalla misura indicata nelle memorie del Comune e della controinteressata), secondo Obiettivo Lavoro s.p.a. sarebbe insufficiente a coprire i costi previsti.

Al riguardo occorre premettere che il valore dell'accordo quadro alla cui conclusione è preordinata la gara è di euro 1.485.000 (si veda l'art. 2 del capitolato speciale d'appalto –documento n. 12 depositato in giudizio dalla controinteressata-), importo comprensivo dell'IVA e del valore del margine di agenzia. Quest'ultimo, ai sensi delle pagine 4 e 5 del disciplinare di gara (documento n. 2 allegato al ricorso), assume come base di calcolo non il valore complessivo dell'accordo quadro, ma il costo orario derivante dall'applicazione del CCNL di comparto. Ne discende che la tesi dell'Amministrazione, secondo cui il margine d'agenzia è superiore a quello indicato nel ricorso, in quanto andrebbe computato su euro 1.485.000, è errata, dovendosi prendere a riferimento i costi vivi di manodopera desunti dal CCNL. Pertanto, non è condivisibile l'affermazione secondo cui il margine

d'agenzia ascenderebbe ad euro 36.293 (pagina 24 della memoria di costituzione del Comune).

Ciò precisato, entrando nel merito delle voci economiche su cui si sofferma la ricorrente, valgono le seguenti considerazioni.

Dal dettaglio dell'offerta economica di Tempor s.p.a. si evince che quest'ultima ha considerato che il rischio di assenteismo potrebbe incidere per il 50% del valore del margine offerto.

La ricorrente sostiene che tale incidenza è in realtà superiore, in quanto prendendo a riferimento il tasso di assenteismo ipotizzato dalla stazione appaltante nella relazione tecnico illustrativa (12,93%), tale percentuale, al netto delle ferie (già contenute nella tariffa), sarebbe del 2,5%.

In particolare, secondo la società istante il dato dell'assenteismo al netto delle ferie equivarrebbe all'importo di euro 33.544, e quindi supererebbe il margine d'agenzia e non consentirebbe alla controinteressata un'attività remunerativa.

La ricorrente, tuttavia, non dà prova della correttezza di tale dato, limitandosi a depositare in giudizio le giustificazioni da essa presentate in altre gare.

Occorre inoltre considerare che tali pregresse giustificazioni della deducente (riassunte nel documento n. 28 depositato in giudizio) fanno riferimento ad ore di assenteismo comprensive dei periodi di ferie, senza distinzione tra congedi, malattie, permessi e ferie, talchè non vi è alcuna evidenza della circostanza, su cui fa leva la censura in esame, che le prevedibili ore di assenza per malattia corrisponderebbero al 2,5% e quindi ad un onere di euro 33.544.

Per quanto concerne le altre voci economiche richiamate nel ricorso, il quantum dei costi di sicurezza e degli oneri finanziari ipotizzati

dalla ricorrente non trova alcun riscontro documentale, ed è frutto di mere congetture espresse dalla stessa; per le stesse ragioni non può essere condiviso il rilievo in ordine agli oneri di selezione dei dipendenti e di accertamento dell'idoneità psicofisica, visto che, per effetto della clausola sociale, l'assunzione di personale che sarà operata dalla vincitrice della gara riguarda gli stessi dipendenti che hanno lavorato con il precedente appaltatore.

Un discorso a parte meritano le spese di formazione del personale, che secondo Tempor s.p.a. sarebbero coperti dai fondi formativi previsti dall'art. 12 del d.lgs. n. 276/2003 e non si tradurrebbero in costi a carico della stessa.

Il Collegio rileva che in effetti ai sensi del comma 1 della suddetta norma le risorse dell'apposito fondo sono destinate a interventi di formazione e riqualificazione professionale. Tuttavia occorre considerare che la controinteressata, nella propria offerta tecnica, ha proposto non solo una formazione di base, ma anche uno specifico catalogo formativo da definire in contraddittorio con l'Ente; inoltre, la stessa ha previsto il rimborso di eventuali costi sostenuti dal Comune per corsi di formazione (pagina 10 del documento n. 21 allegato ai motivi aggiunti).

Non è quindi condivisibile la tesi difensiva di Tempor s.p.a. e del Comune di Livorno secondo cui i corsi di formazione non avrebbero alcuna incidenza economica sulla gestione del servizio aggiudicato.

La ricorrente prospetta al riguardo, senza fornire documentazione probatoria, un costo di euro 1.639, che, alla luce dei corrispettivi evincibili dal vademecum relativo alla formazione dei lavoratori temporanei (documento n. 28 depositato in giudizio dalla controinteressata), appare verosimile.

Tale importo, però, non appare idoneo a rendere diseconomica la gestione dell'appalto.

Invero, nel complesso non risulta un ammontare totale dei costi capace di superare l'importo del margine di agenzia.

4. Con la terza censura l'esponente sostiene che la disposta esecuzione d'urgenza del servizio collide con la lex specialis di gara e con l'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016, essendo mancata la previa verifica del possesso dei requisiti, non ricorrendo un evento imprevedibile e non essendoci un grave danno all'interesse pubblico derivante dalla mancata esecuzione della gara.

L'assunto non ha alcun pregio.

L'impugnata determinazione è motivata con l'esigenza di far fronte all'imminente avvio dell'anno scolastico. Invero, la procedura selettiva si è conclusa con la proposta di aggiudicazione del 30.8.2016 e con la determina di aggiudicazione del 7.9.2016, mentre il periodo di esecuzione del servizio doveva decorrere dall'8.9.2016 (come previsto nel bando di gara).

Sono quindi evidenti le ragioni di urgenza giustificanti il contestato provvedimento, alla stregua delle quali risulta la sussistenza, nel caso di specie, dei presupposti dell'esecuzione d'urgenza sanciti dall'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui "l'esecuzione d'urgenza...è ammessa...nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare". Inoltre l'Amministrazione, con i provvedimenti di aggiudicazione e affidamento in via d'urgenza del servizio, non ha posticipato la verifica del possesso dei requisiti: l'impugnata determina del 7.9.2016 puntualizza, nel proprio dispositivo, l'avvenuta verifica del possesso

dei requisiti, e comunque l'art. 32, commi 7 e 13, del d.lgs. n. 50/2016 consente alla stazione appaltante di effettuare la verifica del possesso dei requisiti dopo l'avvio dell'esecuzione d'urgenza.

In conclusione, il ricorso introduttivo è infondato.

5. In relazione ai motivi aggiunti, valgono le seguenti considerazioni.

Con la prima censura aggiunta la ricorrente, in relazione alla parte del progetto dell'aggiudicataria che prevede il ristoro al Comune di eventuali costi sostenuti per corsi di formazione nei confronti del personale somministrato (pagina 10 del documento n. 21), lamenta che sotto tale aspetto l'offerta della controinteressata determinerebbe un'indebita intromissione di un elemento economico nella proposta tecnica e la conseguente violazione del principio di separazione della componente tecnica da quella economica dell'offerta.

Il rilievo è infondato.

L'aggiudicataria prevede, nella propria offerta tecnica, l'eventuale corresponsione di un quantum, per equivalente economico di corsi organizzati e tenuti dal Comune nei limiti indicati dal Vademecum.

Orbene, l'ipotizzato futuro svolgimento dei corsi di formazione costituisce condizione incerta nella sua realizzazione e indeterminata nel suo valore economico, talché non rilevano elementi economici definiti suscettibili di generare una commistione tra componente economica e tecnica.

L'incidenza economica dell'offerta tecnica in parte qua, oltre che eventuale e indeterminata, sarebbe comunque oggettivamente esigua, stante il riferimento ai limiti e alle condizioni previste dal Vademecum, con la conseguenza che l'invocato principio di segretezza e separazione non risulta violato.

6. Con la seconda censura l'esponente lamenta che la controinteressata da un lato ha dichiarato nell'offerta costi di sicurezza pari allo 0,005% del costo del lavoro, dall'altro ha indicato nelle pregiustifiche, per tale voce economica, il 5% del margine offerto; ad avviso della ricorrente l'aggiudicataria avrebbe modificato, nelle pregiustifiche, l'incidenza dei costi di sicurezza, introducendo così un'inammissibile modifica dell'offerta, in contrasto con l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016.

La doglianza è fondata.

La pagina 15 del disciplinare di gara imponeva di indicare, nel dettaglio dell'offerta economica, i costi per la sicurezza da rischio specifico. D'altro canto l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 statuisce che “nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”.

La controinteressata, nell'offerta economica, ha indicato “0,005 euro” per oneri di sicurezza, che la ricorrente interpreta come valore percentuale sul costo del lavoro, al pari del moltiplicatore (indicato in euro 2,444444, ma da intendersi quale percentuale sul costo del lavoro ai sensi delle pagine 4 e 5 del disciplinare di gara), mentre nelle pregiustifiche (o dettaglio dell'offerta economica) ha quantificato tali oneri nella misura del 5% del margine offerto.

Emerge quindi un insuperabile contrasto in ordine al quantum di oneri di sicurezza previsto dall'aggiudicataria.

A tale palese discordanza non è dato porre rimedio tramite il soccorso istruttorio, in quanto l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 ammette l'esercizio della facoltà di integrazione da parte dei concorrenti solo relativamente alle “carenze di qualsiasi elemento

formale della domanda” (mentre, nella specie, viene in rilievo la carenza di un elemento “sostanziale”, perché attinente al contenuto dell’offerta economica) e comunque al fine di emendare “la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica” (laddove l’indicazione degli oneri di sicurezza aziendale attiene direttamente, ai sensi del citato art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, all’offerta economica: TAR Campania Salerno, I, 10.1.2017, n. 34).

Tali conclusioni valgono, evidentemente, sia per il caso in cui il costo di sicurezza espresso nel format dell’offerta rappresenti un valore percentuale (come ritenuto dalla ricorrente), sia per il caso in cui rappresenti un valore in euro (come ritiene invece la difesa della controinteressata: pagina 5 della memoria difensiva depositata in giudizio il 30.12.2016), giacché in entrambi i casi resta la contraddizione intercorrente tra il dato espresso nell’offerta economica e il dato espresso nelle pregiustifiche.

7. Con la terza doglianza l’esponente deduce che rilevavano, come causa ostativa alla partecipazione della controinteressata al procedimento selettivo, i ripetuti inadempimenti contrattuali di cui la stessa si è dimostrata responsabile nell’esecuzione di precedenti appalti.

La censura è infondata, alla stregua delle stesse considerazioni espresse dal Collegio nella trattazione dell’analogo primo motivo del ricorso principale.

Stante la fondatezza della seconda censura proposta con i motivi aggiunti, si prescinde dalla trattazione del quarto mezzo, dedotto dalla ricorrente in via subordinata.

In conclusione, il ricorso principale deve essere respinto, mentre i motivi aggiunti devono essere accolti, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione e degli atti connessi.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, stante la particolarità delle questioni in esame e la fondatezza solo parziale delle censure dedotte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso principale ed accoglie i motivi aggiunti. Per l'effetto, annulla l'impugnata aggiudicazione. Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Bellucci

IL PRESIDENTE
Armando Pozzi

IL SEGRETARIO