



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 Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1246 del 2013, proposto da:
Soc. Cooperativa Sociale Shalom, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Savasta, con domicilio eletto presso l'avv.
Giuseppe Romito in Bari, via Crispi 6;

contro

Comune di Barletta, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'avv. Franco Gagliardi La Gala, con domicilio eletto presso quest'ultimo in
Bari, via Abate Gimma 94;

nei confronti di

A.t.i. Villa Gaia Coop. Sociale, Coop. Sociale Trifoglio;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale del Comune di Barletta n. 843 del 18.6.2013,
pubblicata dal 5.7.2013 sino al 19.7.2013 con la quale sono stati approvati i verbali
di gara e disposta l'aggiudicazione definitiva in favore dell'a.t.i. Villa Gaia –

Trifoglio soc. coop. del servizio di “assistenza domiciliare educativa per minori/tutor”;

della nota del 4.7.2013, prot. 38452 con la quale è stata comunicata l’aggiudicazione in favore dell’a.t.i. Villa Gaia – Trifoglio soc. coop.;

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria del servizio;

di ogni atto e provvedimento, connesso e consequenziale, ivi compresa l’esclusione della Cooperativa ricorrente disposta dalla Commissione con verbale n. 4 dell’8.4.2013 e comunicata in pari data

nonché

per la declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto di appalto che il Comune è prossimo a sottoscrivere in esecuzione di precedenti atti e per la condanna al risarcimento del danno;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Barletta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2014 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori avv. Luigi D'ambrosio, su delega dell'avv. Maurizio Savasta e avv. Franco Gagliardi La Gala;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe la Cooperativa Sociale Shalom ha impugnato l’aggiudicazione definitiva da parte del Comune di Barletta in favore dell’a.t.i. Villa Gaia – Trifoglio soc. coop. del servizio di “assistenza domiciliare educativa per minori/tutor”.

La ricorrente ha esposto di avere partecipato alla procedura ristretta indetta dal Comune per l'affidamento di tale servizio, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel termine previsto erano pervenute due offerte, da parte della ricorrente e dell'aggiudicataria, ma la prima era stata esclusa per aver riportato un punteggio complessivo pari a 37,94, inferiore al minimo previsto dagli atti di gara pari a 42; il servizio era stato poi aggiudicato all'a.t.i. Villa Gaia coop. sociale/Trifoglio coop. sociale.

A sostegno del ricorso sono state dedotte le seguenti censure:

1. violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e ss. D.lgs. n. 163/2006, difetto di motivazione, contraddittorietà e difetto di istruttoria, illogicità, nullità dell'offerta dell'aggiudicataria per mancanza di utile, in quanto l'offerta dell'a.t.i. Villa Gaia - Trifoglio non contemplerebbe un utile e tale circostanza renderebbe l'offerta inaffidabile ed inattendibile;
2. eccesso di potere per disparità di trattamento nella valutazione dell'offerta tecnica, difetto di istruttoria, violazione del Regolamento regionale n. 4/2007.

Si è costituita l'Amministrazione comunale, resistendo al gravame.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso sia fondato.

Preliminarmente deve rilevarsi che la ricorrente, in quanto esclusa dalla gara con provvedimento impugnato formalmente ma tardivamente in questa sede, agisce facendo valere esclusivamente l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, che avrebbe luogo in caso di annullamento dell'aggiudicazione in favore dell'unica altra offerente.

In considerazione di tali circostanze concrete tale interesse può ritenersi nel caso di specie idoneo a sorreggere il gravame.

Nel merito ritiene questo Giudice che, come correttamente rimarcato da parte ricorrente, la formulazione di un offerta - come quella dell'a.t.i. controinteressata -

con un margine lordo (utile) pari a zero la rende inaffidabile ed inattendibile, anche nel caso in cui la proposta provenga da una ONLUS priva, in quanto tale, di scopo di lucro (T.A.R. Bari, sez. I, n. 781/2013).

In merito la giurisprudenza ha più volte affermato che, pur non potendosi fissare una quota di utile rigida al di sotto della quale la proposta dell'appaltatore debba considerarsi per definizione incongrua, l'offerta deve tuttavia risultare seria e non animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali, mentre l'offerta che prevede un utile pari a zero risulta inammissibile (T.A.R. Toscana Sez. I, 425 del 19 marzo 2013; Cons. Stato Sez. IV, 4206 del 23 luglio 2012); infatti, l'interesse del committente pubblico a confidare nella regolare esecuzione di un servizio è prevalente su quello dell'impresa a eseguire comunque (e cioè, anche in perdita o con utile aziendale pari a zero) un appalto al fine di acquisire esperienza professionale e fatturato da utilizzare in vista della partecipazione a future gare; pertanto, gli appalti pubblici devono essere affidati a un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, inducendo le acquisizioni in perdita a una negligente esecuzione e a un probabile contenzioso (T.A.R. Milano Sez. I, 5164 del 26 novembre 2009; Cons. Stato Sez. VI, 2384 del 20 aprile 2009), non bastando, a giustificare l'utile pari a zero, la rilevanza strategica derivante dall'acquisizione della commessa nella prospettiva aziendale (T.A.R. Lazio, Sez. III ter, n. 1527 del 21 febbraio 2007).

Nel caso di specie, anche a seguito della richiesta di giustificazioni inviata dalla stazione appaltante, l'aggiudicataria, con la nota del 14 maggio 2013, ha specificato che "l'a.t.i. è composta da cooperative sociali ONLUS che, nel rispetto delle leggi vigenti, non possono avere scopo di lucro, pertanto il costo orario applicato è stato calcolato per garantire le retribuzioni del personale impiegato e i soli costi amministrativi relativi a tale servizio. Ove, a causa del margine contemplato nel costo orario per garantire la flessibilità e le sostituzioni, dovesse verificarsi un

avanzo di bilancio (utile), questo sarà speso nel servizio stesso implementando l'aggiornamento, la formazione e la qualificazione del personale”.

Da tale nota risulta quindi chiaramente come l'offerta non prevedesse utile, potendosi lo stesso realizzare solo fortuitamente a fronte dell'avanzo delle risorse stanziato per le eventuali sostituzioni del personale.

Si deve, pertanto, condividere il principio di diritto affermato dal Consiglio di Stato nelle ordinanze n. 4405/2012 e n. 4807/2012 e nella sentenza n. 4206/2012, secondo cui l'offerta recante utile pari a zero non può ritenersi ammissibile.

Dalle argomentazioni espresse in precedenza discende l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati, con assorbimento delle ulteriori censure.

Deve, invece, essere disattesa la domanda, formulata dalla Coop. Shalom, finalizzata ad ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto, non risultando dagli atti del presente giudizio che detto contratto sia stato stipulato.

In considerazione della natura e della peculiarità della presente controversia, della novità della questione affrontata, nonché della qualità delle parti, sussistono gravi ed eccezionali ragioni di equità per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Francesca Petrucciani, Primo Referendario, Estensore

Paola Patatini, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/03/2014

IL SEGRETARIO

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