

N. 00389/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01327/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1327 del 2013, proposto da:
Pierfrancesco Gulotta, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Arvigo, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandro Arvigo nel suo studio in Genova, via D'Annunzio, 2/102;

contro

Ministero della difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Genova, viale Brigate Partigiane, 2;

nei confronti di

Auro Capone, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

dell'“invito a concorrere” del Comando legione carabinieri Liguria - Servizio amministrativo - avente ad oggetto la collaborazione sanitaria in psichiatria presso il Servizio di psicologia medica-psichiatrica - esercizio finanziario 2014, n. 631/2012 prot. del 27 agosto 2013;

del processo verbale per la valutazione tecnico-economica dei documenti e delle offerte dei professionisti invitati a partecipare alla procedura in economia per l'aggiudicazione del servizio di psicologia medica e psichiatria - esercizio finanziario 2014 (prot. n. 631/12-6 del 1 ottobre 2013, n. 20/2013), della Commissione amministrativa, mediante il quale, in particolare, sono state registrate e valutate le offerte ed è stata determinata: (i) l'aggiudicazione della collaborazione per il servizio di psichiatria per l'esercizio finanziario 2014 al dott. Auro Capone e (ii) la richiesta al Comando Generale dell'Arma dei carabinieri - Direzione sanità del previsto N.O.T. necessario per la stipula dell'accordo di collaborazione a tempo determinato con scadenza al 31/12/2014;

della comunicazione n. 631/12-7 di protocollo, datata 4/10/2013, del Comando legione carabinieri Liguria - Servizio amministrativo, avente ad oggetto "Servizio di psicologia medica-psichiatrica - esercizio finanziario 2014", trasmessa a mezzo *email* al dott. Piefrancesco Gulotta in data 7/10/2013, mediante la quale è stata comunicata al ricorrente la mancata aggiudicazione del servizio;

di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi a quelli impugnati nonché del contratto di collaborazione ove stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e la memoria difensiva del Ministero della difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2014 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'odierno ricorrente è un medico libero professionista, specializzato in psichiatria, che svolge dal 2006 prestazioni di collaborazione sanitaria, nell'ambito psichiatrico, con il Comando Legione carabinieri della Liguria.

Egli ha partecipato alla procedura selettiva indetta dal Comando predetto, con lettera di invito del 27 agosto 2013, per l'affidamento delle medesime prestazioni per l'anno 2014.

La lettera di invito precisava che l'incarico avrebbe potuto essere affidato a titolo gratuito o oneroso; nel caso di offerte a titolo oneroso, la gara sarebbe stata aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mediante l'attribuzione di punteggi relativi ai titoli di servizio e professionali e all'offerta economica.

Partecipavano alla gara due concorrenti: l'odierno ricorrente e il dott. Auro Capone.

Le offerte erano vagliate dalla Commissione giudicatrice appositamente nominata che, con verbale del 1° ottobre 2013, attribuiva al ricorrente complessivi punti 37,30 per i titoli, contro i 16,00 punti assegnati al controinteressato.

Nella stessa seduta, la Commissione procedeva all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche: il ricorrente aveva proposto una tariffa oraria di € 64,99, mentre il dott. Capone aveva dichiarato di eseguire gratuitamente il servizio.

La Commissione, quindi, stabiliva di aggiudicare la gara al dott. Capone il quale, pur con una valutazione inferiore per i titoli professionali e di servizio, aveva "comunque conseguito un

punteggio di rilievo che, nonostante la gratuità della prestazione, dovrebbe garantire un accettabile livello di affidabilità ed esperienza nell'espletamento del servizio".

Con ricorso giurisdizionale notificato il 5 dicembre 2013 e depositato il successivo 17 dicembre, l'interessato ha impugnato il verbale di scrutinio delle offerte e di aggiudicazione del servizio nonché la lettera di invito alla gara, denunciando, nel contesto di due motivi di gravame, la contraddittorietà delle previsioni della legge di gara, l'erroneità dei punteggi attribuiti per la voce "libere docenze" e il vizio di carenza di motivazione.

Si è costituita in giudizio l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Genova, in rappresentanza dell'intimata Amministrazione della difesa, eccependo l'irricevibilità del ricorso e la sua infondatezza nel merito.

Non si è costituito il dott. Auro Capone, controinteressato intimato.

Con ordinanza n. 13 del 9 gennaio 2014, è stata accolta l'istanza cautelare proposta in via incidentale dal ricorrente.

Il ricorso, quindi, è stato chiamato alla pubblica udienza del 19 febbraio 2014 e, previa trattazione orale, è stato ritenuto in decisione.

In pari data, è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 289/2014.

DIRITTO

1) E' controversa la legittimità della decisione con cui il Comando Legione carabinieri della Liguria ha affidato al controinteressato dott. Auro Capone, all'esito di procedura selettiva svolta secondo il modulo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il servizio di collaborazione sanitaria in ambito psichiatrico per l'anno 2014.

Come anticipato in premessa, l'offerta del controinteressato è stata prescelta in quanto comportante la gratuità delle prestazioni, nonostante l'odierno ricorrente avesse ricevuto un punteggio assai più elevato per la valutazione dei titoli professionali e di servizio.

L'impugnativa investe anche la lettera di invito alla gara.

2) La difesa erariale eccepisce preliminarmente l'irricevibilità del ricorso.

2.1) Sostiene l'eccepiente che le prestazioni oggetto della gara in contestazione rientrerebbero nell'ambito dei servizi elencati dall'allegato II B del codice dei contratti pubblici (categoria 25 "servizi sanitari e sociali"), soggetti all'applicazione delle regole fondamentali in tema di procedure di affidamento, fra le quali la dimidiazione dei termini per proporre l'impugnativa giurisdizionale.

Nel caso in esame, la comunicazione di mancata aggiudicazione della gara è stata ricevuta dall'interessato in data 7 ottobre 2013 e il ricorso è stato notificato il successivo 5 dicembre, ben oltre il termine decadenziale fissato dall'art. 120 cod. proc. amm.

Ne consegue la tardività dell'impugnazione.

2.2) Secondo il ricorrente, invece, le prestazioni in esame non potrebbero essere ricondotte all'ambito dei pubblici **appalti**, trattandosi di incarico di collaborazione disciplinato dall'art. 7 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Anche nella contraria ipotesi, peraltro, il ricorso non potrebbe essere considerato tardivo, poiché notificato entro il termine di trenta giorni dalla conoscenza degli atti di gara, acquisita in data 22 novembre 2013 a seguito di istanza di accesso documentale.

2.3) Ritiene il Collegio che non possano sussistere dubbi in merito all'ascrivibilità del procedimento per cui è controversia, avente ad oggetto l'appalto per la fornitura di prestazioni specialistiche di tipo sanitario, alla categoria delle "procedure di affidamento" *ex art. 120 cod. proc. amm.*

Come correttamente rilevato dalla difesa erariale, infatti, il complesso delle prestazioni da affidare al professionista configura una tipologia di servizio espressamente contemplata dall'allegato II B del d.lgs. n. 163/2006, come tale soggetta all'applicazione delle fondamentali regole dettate dal codice per la disciplina della fase di affidamento.

2.4) Altra questione investe la decorrenza del termine per l'impugnazione, dovendosi stabilire se il *dies a quo* vada identificato con il momento in cui l'interessato riceve la comunicazione della mancata aggiudicazione ovvero, nel caso di vizi non immediatamente percepibili in base alla lettera di tale documento, con il momento successivo in cui egli abbia ne avuto effettiva contezza attraverso l'accesso documentale.

La questione, come rammenta la difesa erariale, non ha ancora ricevuto risposte univoche in giurisprudenza.

La sesta Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 14 del 20 maggio 2013, ha provveduto a rimetterla al vaglio dell'Adunanza plenaria che, tuttavia, con ordinanza n. 790 del 11 febbraio 2013, ha ritenuto di non doversi pronunciare su tale aspetto in quanto, nelle more, la medesima questione di diritto era stata rimessa alla Corte di giustizia.

In attesa che la questione sia dipanata a livello comunitario, il Collegio ritiene preferibile, per evidenti ragioni di effettività della tutela, fare propria l'opzione favorevole alla posizione dell'odierno ricorrente, come peraltro affermato, in una controversia concernente altra procedura di affidamento, con la recente sentenza n. 220 del 6 febbraio 2014.

2.5) Tanto precisato, si rileva come la conoscenza degli atti di gara fosse imprescindibile, nel caso in esame, ai fini della presentazione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione dell'appalto, considerando la laconicità della comunicazione di mancata aggiudicazione che, tra l'altro, non spendeva neppure il nome del professionista individuato come affidatario.

Il ricorso, pertanto, deve considerarsi tempestivo, poiché proposto entro il termine di trenta giorni decorrente dalla conoscenza degli atti di gara, intervenuta in data 22 novembre 2013.

3) Nel merito, l'esponente denuncia sostanzialmente, con il primo motivo di ricorso, la contraddittorietà intrinseca della regolamentazione dettata dalla lettera di invito alla gara.

L'amministrazione aggiudicatrice, infatti, si sarebbe autovincolata all'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, contestualmente prevedendo un metodo parallelo (e incompatibile con il primo) di valutazione che ha comportato di fatto la prevalenza dell'offerta concorrente, solo in ragione della sua non onerosità e senza alcuna valutazione di merito.

3.1) La difesa erariale contrasta la fondatezza del rilievo critico, sostenendo che la lettera di invito, integrata attraverso i richiami normativi ivi operati, avrebbe previsto l'applicazione prioritaria del criterio del prezzo più basso, mentre il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa doveva intendersi circoscritto alle offerte a titolo oneroso.

In presenza di un'offerta a titolo gratuito, pertanto, la Commissione doveva limitarsi a verificare, come avvenuto, il possesso dei necessari titoli di studio e professionali da parte del concorrente, esclusa ogni comparazione con le eventuali offerte onerose.

3.2) Le doglianze di parte ricorrente meritano di esser condivise, con le precisazioni che seguono.

3.3) In generale, emerge con evidenza, dalla lettera della legge di gara, l'intento dell'amministrazione aggiudicatrice di conseguire il massimo risparmio di spesa, pur senza obliterare la qualità del servizio, attraverso la previsione inerente alla possibile presentazione di offerte a titolo gratuito.

In difetto di censure di parte, il Collegio non può interrogarsi in merito alla legittimità di tale opzione, ma deve rilevare come l'obiettivo perseguito dall'amministrazione aggiudicatrice consentisse di applicare una delle seguenti soluzioni:

- a) restringere il confronto concorrenziale alle sole offerte gratuite e, nel caso di gara deserta, indire una seconda selezione tra le offerte onerose;
- b) concentrare le due fasi nell'ambito della stessa procedura, avvertendo chiaramente, però, che le offerte a titolo oneroso non sarebbero state valutate in presenza di offerte a titolo gratuito;
- c) porre a confronto le due tipologie di offerte nell'ambito della medesima procedura concorrenziale fondata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo al fattore prezzo un predeterminato valore ponderale che, ovviamente, sarebbe stato massimo nel caso di offerte gratuite, ma non tale da rendere irrilevante l'aspetto qualitativo ai fini della valutazione e dell'attribuzione del punteggio.

3.4) Nel caso in esame, l'amministrazione ha operato una commistione tra le varie opzioni che si è inevitabilmente riverberata, inficiandone la legittimità, sull'esito della procedura.

Essa si è effettivamente autovincolata, infatti, all'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. punto 4 della lettera di invito); al contempo, ha previsto una "parallela" valutazione delle eventuali offerte gratuite, limitata alla verifica circa il possesso dei prescritti titoli di studio e professionali (cfr. allegato 1 alla lettera di invito); infine, nel caso di più offerte gratuite, ha previsto che dovesse prevalere quella che aveva ricevuto il punteggio più alto per i titoli.

3.5) In definitiva, la lettera di invito non ha esplicitato con chiarezza le modalità del confronto tra offerte gratuite e onerose, non prevedendo né l'attribuzione di uno specifico punteggio per le prime né, eventualmente, l'automatica prevalenza rispetto a quelle onerose.

A fronte di tali contraddittorie indicazioni, l'odierno ricorrente aveva presentato un'offerta a titolo oneroso, evidentemente confidando che il punteggio conseguibile grazie ai numerosi titoli posseduti (anche in forza dei precedenti rapporti di collaborazione con l'Arma dei carabinieri) gli avrebbe consentito di superare, nella valutazione complessiva, eventuali offerte gratuite.

La contraddittorietà e la scarsa chiarezza della legge di gara hanno falsato, perciò, i presupposti del confronto concorrenziale, avendo indotto l'odierno ricorrente a modulare la propria offerta nell'erronea consapevolezza di poter colmare lo svantaggio determinato dal suo carattere oneroso, con la conseguente compromissione di ogni *chance* di aggiudicazione.

4) Per tali ragioni, il ricorso è fondato e, con assorbimento delle ulteriori censure di legittimità dedotte con il secondo motivo di gravame (intese a denunciare profili di illegittimità meno radicali dei provvedimenti impugnati), deve essere accolto.

E' superfluo soggiungere che la statuizione caducatoria non comporta l'aggiudicazione dell'appalto al ricorrente, ma solo l'esigenza di riedizione dell'attività amministrativa, a partire dalla riformulazione della legge di gara per emendarla dai vizi e dagli elementi di ambiguità sopra rilevati.

5) Considerando la peculiarità della fattispecie controversa, le spese del grado di giudizio devono essere compensate fra le parti costituite, fatta eccezione per l'importo versato dal ricorrente a titolo di contributo unificato che, direttamente in forza della previsione legislativa, gli dovrà essere rimborsato dall'Amministrazione soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Paolo Peruggia, Consigliere

Richard Goso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2014

IL SEGRETARIO

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