

Pubblicato il 14/10/2019

N. 02377/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00359/2019 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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 359 del 2019, proposto da Ipab - Centro di Accoglienza S. Lucia di Enna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Patti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Enna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Elena Argento, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, domiciliataria ex lege in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti

Società Cooperativa Ippocrate A.R.L., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 2 del 02 gennaio 2019 dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Enna, avente ad oggetto: “Approvazione avviso pubblico per la selezione di soggetti collaboratori, in qualità di Partner dell'ASP di Enna, interessati alla presentazione di proposte progettuali a valere sul Fondo Europeo Asilo Migrazione E Integrazione (FAMI) – Obiettivo Specifico 2 – Obiettivo nazionale 2.3. – “ Qualificazione dei servizi pubblici a supporto dei cittadini di Paesi terzi (capacity building);
- del verbale della Commissione di valutazione n. 1 del 10/01/2019;
- del verbale della Commissione di valutazione n. 2 del 11/01/2019;
- dell'esito della procedura di valutazione della commissione e della relativa graduatoria, comunicato con nota avente prot. N. 26 dell'11/01/2019;
- di tutti gli atti conseguenti e comunque connessi o successivi anche se non conosciuti dal ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2019 la dott.ssa Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio parte ricorrente espone che l'Autorità Responsabile del Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione (FAMI) del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno adottava l'avviso pubblico per la presentazione di progetti da finanziare a valere sul Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione 2014-2010 – Obiettivo Specifico 2 – Obiettivo Nazionale 2.3 – Qualificazione dei servizi pubblici a supporto dei cittadini a supporto dei cittadini di Paesi terzi (Capacity building).

Al punto 4.3 del predetto avviso pubblico era prevista la possibilità per il soggetto proponente di inserire organismi di diritto privato in qualità di partner previo espletamento di una procedura di selezione, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità, concorrenza e parità di trattamento.

Con deliberazione numero 2 del 2 gennaio 2019 il commissario straordinario, su proposta del direttore dell'UOC salute mentale, approvava l'avviso pubblico per l'individuazione di un soggetto terzo, specialista collaboratore destinato a rivestire la funzione di partner progettuale per la presentazione di una proposta a valere sul Fondo europeo asilo, migrazione e integrazione, nominando contestualmente la commissione giudicatrice, con presidente il medesimo direttore dell'UOC salute mentale.

Nei termini stabiliti dall'avviso approvato dall'A.S.P. intimata, la ricorrente presentava la propria domanda.

In data 10/01/2019 si riuniva la commissione di valutazione la quale dava atto che risultavano pervenute quattro proposte progettuali.

Tra le quattro partecipanti non figurava l'odierna ricorrente, che però compariva nel primo verbale, contenente la tabella con il punteggio, con 89 punti; nel successivo verbale figurava con 88 punti.

In entrambi i verbali la controinteressata, in forza dei 93 punti ottenuti, veniva designata partner dell'ASP.

La ricorrente ha proposto ricorso avverso gli atti in epigrafe, lamentando l'illegittimità della procedura per le seguenti ragioni:

- 1) Perché il Direttore dell'U.O. proponente era stato nominato Responsabile del Procedimento (cfr. art. 12 dell'Avviso), aveva inoltre proposto di nominare se stesso Presidente della commissione per la valutazione delle proposte progettuali ed infine era stato delegato - nella qualità di direttore dell'UOC Salute Mentale - a svolgere gli atti amministrativi.

E ciò in violazione dell'art. 77 comma 4 del D.lgs. n. 50/2016, che intende prevenire il pericolo di possibili effetti distorsivi prodotti da la partecipazione alle Commissioni giudicatrici di soggetti che, a diverso titolo, siano già intervenuti nella procedura concorsuale, definendone i contenuti e le regole.

2) Le posizioni della aggiudicataria e della ricorrente, sotto il profilo della valutazione progettuale, si differenziano unicamente per la sussistenza, nel caso della prima, di una asserita esperienza specifica nella gestione dei servizi sanitari mediante telemedicina dimostrata da “rassegna stampa allegata all’offerta”.

Inoltre, dal raffronto del punteggio attribuito alle suddette partecipanti in seno al verbale del 10/01/2019, che era per entrambe di 4 punti, risulta che senza alcuna giustificazione nel verbale del giorno successivo alla ricorrente veniva decurtato un punto.

Comunque il verbale di gara è di per sé viziato da carenza di motivazione in merito alla differenza del punteggio attribuito alle esperienze pregresse tra le partecipanti, con riferimento sia alla rassegna stampa che alla valutazione del Gruppo di lavoro proposto, ove emerge una sproporzione ingiustificata tra il punteggio conferito all’impresa aggiudicataria (4 punti) e quello della ricorrente (0 punti).

3) Illegittimità della attribuzione dei punteggi per l’offerta economica:

Per la realizzazione del progetto la Coop. aggiudicataria propone un costo complessivo di € 1.236.500,00 per due anni, ottenendo il punteggio massimo di 10 punti.

La ricorrente propone invece un costo complessivo di € 823.149,15 per 33 mesi, ottenendo il punteggio massimo di 10 punti.

La valutazione della commissione nell’attribuire il massimo dei punti ad entrambe le offerte sarebbe arbitraria ed illogica.

Si è costituita in giudizio l'Azienda, la quale eccepisce, quanto al primo motivo, che gli affidamenti relativi al cosiddetto terzo settore sfuggono alla disciplina del Codice dei contratti pubblici.

Pertanto, non potrebbe configurarsi una violazione dell'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016 a causa della designazione come presidente della commissione di valutazione del direttore dell'U.O.C. proponente, designato anche come RUP e delegato a svolgere gli atti amministrativi.

Sul secondo motivo l'Amm.ne replica, tra l'altro, che il progetto può anche essere variato dall'Amministrazione proponente e che il criterio della economicità è uno tra i criteri, ma non è esaustivo come lo potrebbe essere in una gara al massimo ribasso.

Secondo l'Azienda, poi, l'individuazione del partner sarebbe più che motivata in relazione agli innegabili aspetti tecnologici del progetto e all'organizzazione del personale.

Rileva, infine, che trattandosi di esercizio di discrezionalità tecnica, il sindacato del Giudice amm.vo è limitato all'ipotesi caso di ingiustizia manifesta o di grave violazione dei principi di logica o di provvedimento abnorme .

Si è costituito in giudizio anche il Ministero dell'Interno, chiedendo una pronuncia che, accertatane l'estraneità rispetto al giudizio in epigrafe, ne disponga l'estromissione.

Con ordinanza cautelare n. 182 del 19 marzo 2019 è stata respinta la domanda cautelare per assenza del pregiudizio grave ed irreparabile, avuto riguardo alla intervenuta esecuzione del servizio.

Con successiva memoria, depositata il 10 settembre 2019, la ricorrente replica alle difese dell'Asp, richiamando il parere del Consiglio di Stato del 20/08/2018 n. 2052, in tema di procedure di affidamento di co-progettazione e partenariato analoghe all'avviso in questione e soggezione al Codice dei contratti pubblici.

All'udienza pubblica del 26 settembre 2019, esaurita la trattazione orale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I. Preliminarmente, deve disporsi l'estromissione del Ministero dell'Interno, estraneo alla lite in quanto nessuna attività lesiva è allo stesso riconducibile.

II. Il Collegio ritiene il ricorso fondato.

L'ASP di Enna ha indetto la procedura per cui è causa in esecuzione di quanto previsto dal punto 4.3. dell'avviso pubblico del Ministero dell'Interno, indicato in premesse, a mente del quale: "Nel caso in cui il Soggetto Proponente Capofila sia un Ente di diritto pubblico, gli organismi di diritto privato possono essere inseriti in qualità di Partner solo previo espletamento di una procedura di selezione che individui il/i Partner di co-progettazione, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità, concorrenza e parità di trattamento".

Pertanto, l'Azienda era tenuta, in osservanza delle prescrizioni del bando pubblicato dal soggetto finanziatore, ad adottare una selezione nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità, concorrenza e parità di trattamento, principi peraltro richiamati nelle premesse della proposta approvata con l'impugnata deliberazione n. 2 del 2 gennaio 2019.

Ora, come lamentato da parte ricorrente con il primo motivo di ricorso, nel caso in questione è avvenuto che uno stesso soggetto ha rivestito la qualifica di responsabile unico del procedimento, di presidente della commissione di gara, nonché di soggetto proponente l'indizione della gara e della nomina dei componenti della commissione di gara (e quindi di se stesso come presidente).

Infatti, con deliberazione n. 2 del 2 gennaio 2019 il commissario straordinario, in conformità alla proposta del direttore dell'UOC salute mentale, approvava l'avviso pubblico, nominando la commissione giudicatrice con presidente il medesimo

direttore dell'UOC salute mentale, che veniva altresì delegato a svolgere gli atti amministrativi.

L'avviso pubblico approvato con detta deliberazione (All. A), infine, all'articolo 12, individuava lo stesso dirigente quale responsabile del procedimento.

Tale coacervo di funzioni non appare compatibile con i principi (sopra richiamati, discendenti sia dal bando ministeriale che dal medesimo provvedimento di indizione della gara adottato dalla ASP, la quale conseguentemente si è in tal senso autovincolata) al rispetto dei quali l'Azienda resistente era tenuta, e tanto esime il Collegio dall'indugiare nella questione dibattuta tra le parti circa l'applicabilità o meno del codice dei contratti alla procedura in questione.

Infatti, il Consiglio di Stato, sez. V, con decisione del 27/02/2019, n.1387, ha condivisibilmente affermato che il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, cit. è quello per cui chi ha redatto la lex specialis non può essere componente della Commissione giudicatrice, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta.

Quanto alla commistione di funzioni rilevabile nel caso in questione, non può che condividersi il principio affermato da Consiglio di Stato sez. V, 09/01/2019, n.193, secondo il quale sussiste in ogni caso una situazione di incompatibilità sostanziale nel caso in cui il presidente della Commissione è stato il R.U.P., ha partecipato alla elaborazione degli atti di gara e del capitolato speciale, da lui approvato, e ha nominato la Commissione giudicatrice, indicando sé stesso quale presidente.

Pertanto, il ricorso dev'essere accolto risultando decisivo ed assorbente il rilievo contenuto nel primo motivo di ricorso.

La radicalità del vizio, che invalida la procedura fin dalla sua indizione con contestuale nomina della commissione giudicatrice, del soggetto delegato alle attività amministrative e del RUP, impone la riedizione della procedura; tanto determina l'assorbimento degli ulteriori motivi di ricorso, al cui esame la ricorrente non mantiene alcun interesse.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo, mentre la natura meramente formale della costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno giustifica la compensazione nei riguardi dello stesso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

dispone l'estromissione del Ministero dell'Interno;

accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti impugnati;

condanna l'ASP di Enna a rifondere a parte ricorrente spese ed onorari di giudizio, liquidati nella misura di euro 3.000,00, oltre accessori ed oltre al rimborso del contributo unificato;

compensa le spese di giudizio tra il Ministero dell'Interno e le altre parti.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Maria Stella Boscarino, Consigliere, Estensore

Giuseppe La Greca, Consigliere

L'ESTENSORE
Maria Stella Boscarino

IL PRESIDENTE
Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO