

N. 00438/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00121/2023 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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 121 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da Cooperativa Sociale e di Lavoro - Operatori Sanitari Associati - O.S.A. Soc. Coop. Sociale - Onlus, Horizon Service Soc. Coop. Soc., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9342015AA6, rappresentati e difesi dagli avvocati Mauro Renna, Alessandro Cati, Nicola Sabbini, Lucia Bolognini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia Regionale di Informatica e Committenza - Aric, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Eugenio Galluppi, Fabrizio Rulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Roberto Colagrande in L'Aquila, via G. Verdi n. 18, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso

dall'avvocato con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alessandro Dioguardi in Pescara, via Nicola Fabrizi n. 61; Regione Abruzzo, non costituito in giudizio;

nei confronti

Consorzio Luna Società Cooperativa Sociale, Asl 1 Avezzano – Sulmona – L'Aquila, Asl 2 Lanciano – Vasto – Chieti, Asl 3 Pescara, Asl 4 Teramo, non costituiti in giudizio;

Cooperativa Sociale Croce Gialla - Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Antonucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:
Medicasa Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Brunetti, Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota prot. n. 1441/23 del 22.03.2023 del Direttore Generale dell'ARIC - Agenzia Regionale di Informatica e Committenza, con cui è stata trasmessa la determinazione n. 46 del 16.03.2023, recante l'aggiudicazione della « procedura aperta per la conclusione di accordi quadro con più operatori economici, ai sensi dell'art. 54, comma 4, lett. A), del d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., per l'affidamento del Servizio di cure domiciliari per i pazienti residenti nel territorio della Regione Abruzzo », e sono state date “indicazioni per la fase esecutiva”;

- della tabella allegata alla predetta nota, nella quale sono stati indicati i massimali di spesa annuali e quadriennali da assegnare agli operatori economici ammessi alla stipula degli accordi quadro per ciascuna ASL;
 - dello schema di accordo quadro, trasmesso tramite la piattaforma S.tel.la in data 05.04.2023 e da completare e restituire entro il 20.04.2023, nel quale sono stati recepiti i massimali di spesa già indicati;
 - della nota prot. n. 1775/23 del 05.04.2023 del Direttore Generale dell'ARIC - Agenzia Regionale di Informatica e Committenza, con cui, in riscontro alla nota rif. 13/23 als inviata dalla ricorrente in data 05.04.2023, è stato confermato « l'intero contenuto della nota n. 1441/23 del 22.03.2023 e dei razionali sottesi alla valorizzazione figurativa del massimale di spesa »;
 - nonché di ogni altro atto presupposto e/o preparatorio e/o connesso e/o consequenziale e/o di esecuzione rispetto agli atti impugnati;
- nonché per la declaratoria di inefficacia degli accordi quadro e dei contratti eventualmente stipulati con gli aggiudicatari, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 c.p.a., e per la conseguente condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento in forma specifica ex art. 124 c.p.a., mediante la stipulazione dell'accordo quadro con la ricorrente per l'importo complessivamente previsto per ciascun ambito territoriale e il subentro di quest'ultima nei contratti eventualmente stipulati; con esplicita riserva di proporre futura azione per il risarcimento per equivalente del danno causato dagli atti impugnati.
- Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Cooperativa Sociale e di Lavoro - Operatori Sanitari Associati - O.S.A. Soc. Coop. Sociale - Onlus il 21/6/2023:

per l'annullamento,

in aggiunta ai provvedimenti già impugnati con il ricorso,

- della nota recante « precisazioni e rettifica lettera ARIC prot. n. 1441/23 del 22.03.2023 » adottata dal Direttore Generale dell'ARIC - Agenzia Regionale di Informatica e Committenza, inviata tramite la piattaforma S.tel.la in data 07.05.2023, nella parte in cui l'ARIC ha preteso di individuare i criteri da utilizzare per l'assegnazione degli assistiti tra i diversi fornitori;

- ove occorrer possa, del nuovo schema di accordo quadro, trasmesso tramite la piattaforma S.tel.la in data 07.05.2023 e da completare e restituire entro il 18.05.2023;

- nonché di ogni altro atto presupposto e/o preparatorio e/o connesso e/o consequenziale e/o di esecuzione rispetto agli atti impugnati;

nonché per la declaratoria

di inefficacia degli accordi quadro e dei contratti eventualmente stipulati con gli aggiudicatari, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 c.p.a.,

e per la conseguente condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento in forma specifica ex art. 124 c.p.a.,

mediante la stipulazione dell'accordo quadro con la ricorrente nel rispetto dei criteri di assegnazione degli assistiti previsti dalla lex specialis di gara e il subentro della ricorrente nei contratti eventualmente stipulati; con esplicita riserva di proporre futura azione per il risarcimento per equivalente del danno causato dagli atti impugnati.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agenzia Regionale di Informatica e Committenza - Aric e di Cooperativa Sociale Croce Gialla - Società Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2023 il dott. Mario Gabriele Perpetuini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.§. Con Bando di gara spedito alla G.U.U.E. in data 26.07.2022 e pubblicato sulla G.U.R.I., V serie speciale - contratti pubblici, n. 89 dell'1.08.2022, l'A.R.I.C. (di seguito, l'"ARIC" o l'"Amministrazione resistente") ha indetto una «Gara Europea a procedura aperta per la conclusione di accordi quadro con più operatori economici, ai sensi dell'art. 54, comma 4, lett. a), del d.lgs. 50/2016 e ss. mm. ii. per l'affidamento del "servizio di cure domiciliari" per i pazienti residenti nel territorio della Regione Abruzzo» per la durata di 48 mesi dalla stipula dell'accordo quadro.

L'importo complessivo della procedura era di € 109.650.815,16, oltre IVA.

Per le informazioni di carattere giuridico, economico, finanziario e tecnico il Bando rinviava alla documentazione di gara.

L'accordo quadro è stato suddiviso in 4 ambiti territoriali, così ripartiti in relazione alle Aziende Sanitarie Locali interessate dal servizio e responsabili della sottoscrizione dei singoli contratti attuativi (c.d. ordinativi di fornitura):

- ASL 1 - AVEZZANO, SULMONA, L'AQUILA;
- ASL 2 - LANCIANO, VASTO, CHIETI;
- ASL 3 PESCARA;
- ASL 4 TERAMO.

Con determinazione n. 46 del 16.03.2023 il Direttore Generale dell'ARIC disponeva l'aggiudicazione dell'accordo quadro, ammettendo alla stipula tra gli altri concorrenti, anche la ricorrente.

Alla predetta determinazione faceva seguito la nota prot. n. 1441/23 del 22.03.2023, trasmessa alla ricorrente in pari data, avente ad oggetto «Trasmissione determina di aggiudicazione e indicazioni per la fase esecutiva», con la quale il Direttore Generale dell'ARIC ha dato le “indicazioni” relative agli adempimenti per dare avvio all'esecuzione dell'appalto, che si porrebbero, secondo la ricostruzione di parte ricorrente, in aperta violazione della lex specialis di gara.

In particolare, con la tabella ivi allegata sono stati individuati i «massimali figurativi di spesa annuali e quadriennali da assegnare agli OO.EE. ammessi alla stipula degli accordi quadro», distinti per ciascuna ASL e per livello di prestazione, attribuendo di fatto un massimale di spesa “matematicamente” suddiviso, uguale per tutti gli erogatori. Tale previsione violerebbe i criteri fissati dal Disciplinare di gara per la stipula degli accordi quadro.

Per queste ragioni l'odierna ricorrente impugna la nota indicata in epigrafe, con la quale sono state fornite “indicazioni per la fase esecutiva” della procedura per cui è causa.

Con ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente impugna anche la nota recante «precisazioni e rettifica lettera ARIC prot. n. 1441/23 del 22.03.2023» adottata dal Direttore Generale dell'ARIC - Agenzia Regionale di Informatica e Committenza, inviata tramite la piattaforma S.tel.la in data 07.05.2023, nella parte in cui l'ARIC ha preteso di individuare i criteri da utilizzare per l'assegnazione degli assistiti tra i diversi fornitori.

Si è costituita la società Medicasa Italia spa con intervento ad adiuvandum.

Sono altresì costituite l'Amministrazione intimata e la controinteressata Cooperativa Sociale Croce Gialla - Società Cooperativa resistendo al ricorso e chiedendone la reiezione.

Alla camera di consiglio del 12 luglio 2023, previo avviso di cui all'art. 60 c.p.a., il ricorso è passato in decisione.

2.§. Ciò premesso in punto di fatto, in relazione al caso di specie deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo, in favore del Giudice Ordinario.

In tal senso, con la fondamentale Sentenza n. 24411/2018, le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno operato una generale ricognizione dei criteri di riparto di giurisdizione nella materia degli appalti pubblici, giungendo alla conclusione che la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo deve essere riconosciuta fino all'atto di aggiudicazione definitiva, non potendo estendersi al segmento procedimentale successivo (che precede la stipula del contratto) se non nel caso in cui sussistano posizioni di interesse legittimo eventualmente lese, ossia in base al criterio generale di riparto della giurisdizione secondo la consistenza della posizione giuridico soggettiva fatta valere per come azionata dal punto di vista della causa petendi.

Più nel dettaglio "in materia di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, nella vigenza del codice del processo amministrativo, ed in relazione a vicende riconducibili alla disciplina dell'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006, il riparto di giurisdizione deve ritenersi articolato nel modo seguente:

a) sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del cod. proc. amm., sulle controversie relative alla sola fase procedimentale, cioè dall'inizio della procedura sino all'aggiudicazione definitiva

estendendosi detta giurisdizione a qualsiasi provvedimento, atto, accordo e comportamento tenuto entro quel lasso temporale, nonché in ogni caso ad eventuali provvedimenti dell'amministrazione di annullamento d'ufficio della stessa aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 o comunque previsti da norme di legge, in quanto direttamente incidenti sulla stessa genesi dell'aggiudicazione all'atto della sua effettuazione e, dunque, riconducibili alla relativa procedura;

b) quanto, invece, alla situazione successiva all'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, e prima del sopravvenire dell'efficacia della conclusione del contratto (ivi compresa la sua anticipata esecuzione), vige il normale criterio di riparto imperniato sulla distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo, di modo che si configurava la giurisdizione del giudice amministrativo solo in presenza di una controversia inerente all'esercizio da parte dell'amministrazione di un potere astratto previsto dalla legge, mentre, al di fuori di tal caso (e, dunque, in assenza di riconducibilità dell'agire dell'Amministrazione ad un potere di quel genere), la situazione è di diritto comune e, dunque, si configura la giurisdizione del giudice ordinario;”.

Nel caso di specie, il Collegio non ritiene di doversi discostare da tale pronuncia della Sezione Unite, evidenziando in particolare come in forza della natura oggettivamente privatistica delle vicende negoziali fatte oggetto di contestazione nel presente giudizio, la giurisdizione sulle medesime debba essere riferita al Giudice Ordinario.

A tanto si giunge mettendo in particolare evidenza come il tema del contendere sia l'asserita difformità dell'Accordo proposto dall'Amministrazione rispetto alle clausole della lex specialis di gara in relazione alle quali è ormai intervenuta

l'individuazione dell'aggiudicatario. Sul punto appare evidente assenza dell'esercizio di un potere pubblicistico di stampo autoritativo e, invece, un inadempimento, da accertare, dell'Amministrazione alle previsioni della lex specialis.

Ritenuto pertanto che, non ricorrendo alcuna ipotesi di giurisdizione esclusiva, la questione non ricade nella giurisdizione dell'adito Giudice che deve, conseguentemente, declinare la giurisdizione in favore dell'Autorità giudiziaria ordinaria competente per territorio, ai sensi e per gli effetti di cui all'art.11 c.p.a..
Spese liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), dichiara il proprio difetto di giurisdizione e individua quale giudice munito di giurisdizione il Giudice Ordinario, dinanzi al quale la causa potrà essere riproposta nei termini di legge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi euro 2000,00, oltre accessori di legge in favore dell'ARIC.

Compensa nei confronti delle altre parti.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Germana Panzironi, Presidente

Mario Gabriele Perpetuini, Consigliere, Estensore

Rosanna Perilli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Mario Gabriele Perpetuini

IL PRESIDENTE
Germana Panzironi

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI