Parere n.141 del 20/06/2014

PREC 101/14/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla A.S.L. Lanciano Vasto Chieti – “*Affidamento del servizio CUP presso le Aziende Sanitarie Locali della Regione Abruzzo*” – *Importo a base di gara euro 52.498.599,12* – S.A.: A.S.L. Lanciano Vasto Chieti.

Annullamento in autotutela dell’aggiudicazione definitiva – Obbligo di riesaminare le offerte e di riassegnare i punteggi con il metodo del confronto a coppie.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con bando pubblicato il 23 ottobre 2012, la A.S.L. Lanciano Vasto Chieti (in qualità di stazione appaltante capofila per le Aziende della Regione Abruzzo) ha indetto una procedura aperta per l’affidamento quinquennale dei servizi riconducibili al C.U.P. – Centro Unico Prenotazione, di importo complessivo a base di gara pari ad euro 52.498.599,12 da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Sono pervenute cinque offerte e all’esito delle valutazioni della commissione giudicatrice, con deliberazione del 26 agosto 2013, l’appalto è stato definitivamente aggiudicato al r.t.i. Nike S.r.l. Il r.t.i. Consorzio Nazionale Servizi, secondo classificato, ha impugnato l’aggiudicazione dinanzi al TAR Abruzzo (Pescara), deducendo la genericità del contratto di avvalimento stipulato dalla capogruppo Nike S.r.l. con l’ausiliaria Sol.Co. soc. coop. e la mancata produzione, da parte di quest’ultima, della dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti generali.

In seguito, la stazione appaltante ha accertato d’ufficio l’omessa dichiarazione, da parte degli amministratori della mandataria Nike S.r.l. e della mandante Gesan S.r.l., di numerosi precedenti penali risultanti dal casellario giudiziale ed ha perciò rilevato, con deliberazione del 15 ottobre 2013, la sussistenza di una causa ostativa alla stipulazione del contratto d’appalto con il raggruppamento aggiudicatario, incamerando la cauzione provvisoria e segnalando la circostanza della dichiarazione mendace alla competente Procura della Repubblica ed a questa Autorità.

Il r.t.i. Nike S.r.l. ha impugnato il provvedimento di esclusione dinanzi al TAR Abruzzo (Pescara). Riuniti i ricorsi, con sentenza n. 126 del 19 marzo 2014 il Tribunale ha respinto l’impugnativa del raggruppamento aggiudicatario ed ha dichiarato improcedibile, per difetto d’interesse, il ricorso del secondo classificato r.t.i. Consorzio Nazionale Servizi.

Tutto ciò premesso, la A.S.L. Lanciano Vasto Chieti chiede il parere dell’Autorità in merito alle decisioni da assumere in conseguenza dell’esclusione dalla gara del raggruppamento primo classificato. In particolare, l’Azienda chiede se sia possibile operare l’automatico scorrimento in graduatoria ed aggiudicare l’appalto alla concorrente seconda classificata, ovvero se sia necessario riaprire l’istruttoria e riassegnare i punteggi relativi alle caratteristiche tecniche e qualitative delle offerte (che sono stati attribuiti, secondo quanto previsto dal disciplinare di gara, mediante il sistema del confronto a coppie con matrice triangolare), riformulando la graduatoria dopo aver espunto i giudizi numerici espressi dalla commissione giudicatrice nei confronti del r.t.i. dichiarato aggiudicatario e poi escluso in autotutela.

La comunicazione di avvio del procedimento di precontenzioso è stata trasmessa, con nota dell’Autorità del 23 aprile 2014, al Consorzio Nazionale Servizi (capogruppo del raggruppamento secondo classificato) ed alla GPI S.p.A. (capogruppo del raggruppamento terzo classificato). Entrambi hanno inviato le proprie deduzioni scritte, rappresentando tesi opposte che possono riassumersi come segue.

Il Consorzio Nazionale Servizi afferma che la graduatoria finale si sarebbe ormai definitivamente cristallizzata e non potrebbe essere più alterata dalle vicende riguardanti il controllo dei requisiti

sogettivi dell'aggiudicataria; si tratterebbe, infatti, di un'attività di verifica successiva al procedimento di gara, finalizzata esclusivamente all'integrazione dell'efficacia dell'aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto con la concorrente prima classificata; inoltre, il risultato della gara sarebbe divenuto inoppugnabile e non potrebbe ormai essere tardivamente contestato dalla concorrente terza classificata, che altrimenti eluderebbe il termine decadenziale di trenta giorni dalla conclusione del procedimento di selezione della migliore offerta.

La GPI S.p.A. afferma, invece, che l'utilizzo del metodo del confronto a coppie postulerebbe l'integrale ripetizione delle operazioni valutative, in seguito all'esclusione di una delle concorrenti; a suo dire, anche i punteggi relativi ai ribassi percentuali sul corrispettivo a base d'asta (assegnati con il metodo aggregativo compensatore di cui all'Allegato P del D.P.R. n. 207 del 2010) dovrebbero essere ricalcolati, eliminando dalla formula aritmetica il ribasso della concorrente esclusa.

Ritenuto in diritto

La controversia all'esame dell'Autorità riguarda la procedura aperta indetta dalla A.S.L. Lanciano Vasto Chieti per l'appalto quinquennale dei servizi del Centro Unico Prenotazione. La stazione appaltante chiede se, dopo l'esclusione in autotutela del raggruppamento primo classificato, possa effettuarsi lo scorrimento della graduatoria ed aggiudicarsi l'appalto al concorrente secondo classificato, oppure debbano riassegnarsi i punteggi relativi alle offerte tecniche mediante la ripetizione integrale del confronto a coppie.

Il quesito è di agevole soluzione.

In relazione a fattispecie del tutto analoga a quella in esame, l'Autorità ha già avuto modo di affermare che la metodologia del confronto a coppie, per sua stessa natura, non permette di individuare la migliore offerta in assoluto, ma soltanto quella che, nel confronto con le altre, si rivela essere la migliore. Il confronto a coppie esprime, quindi, una valutazione relativa delle offerte presentate dalle imprese concorrenti in sede di gara, nella quale ogni elemento tecnico-qualitativo viene posto a confronto con quello omogeneo delle altre concorrenti: ne consegue che, in caso di annullamento dell'ammissione alla gara di una delle concorrenti, i punteggi di questa non possono essere presi in considerazione, né possono esserlo i punteggi conseguiti dalle altre concorrenti nel confronto a coppia con l'impresa esclusa, risultando perciò indispensabile procedere ad una rimodulazione della graduatoria e restando viceversa preclusa l'assegnazione automatica dell'appalto mediante scorrimento in favore della seconda classificata (cfr. A.V.C.P., parere 10 marzo 2011 n. 48).

Anche la giurisprudenza amministrativa ha concordemente affermato che il metodo del confronto a coppie, imperniato su distinte ed autonome valutazioni di ogni offerta con ciascuna delle altre, esprime una valutazione complessiva rappresentata dalla sommatoria delle preferenze riportate dalla singola offerta rispetto a quelle ottenute dalle altre offerte. Con la conseguenza che la valutazione di ciascuna di esse è indicata dal totale dei punteggi attribuiti per ogni elemento posto in comparazione. E con l'ulteriore corollario secondo cui, in seguito all'esclusione di una concorrente, non è consentito alla stazione appaltante di operare un mero scorrimento della graduatoria, ma è necessario rinnovare il segmento procedurale inficiato dalla illegittima valutazione, attraverso un riconteggio che non tenga più in considerazione i punteggi assegnati sulla scorta dei confronti ottenuti con la concorrente che non doveva essere valutata (cfr., tra molte: Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2013 n. 3814).

Sulla base dei principi suesposti, la stazione appaltante è pertanto tenuta a riconvocare la commissione giudicatrice in identica composizione (ai sensi dell'art. 84, ultimo comma, del Codice dei contratti pubblici), incaricandola di rivalutare le offerte tecniche ed espungendo dalla matrice triangolare del confronto a coppie i punteggi assegnati al r.t.i. Nike S.r.l., che è stato escluso dalla gara.

Va altresì aggiunto, per completezza, che l'operazione di ricalcolo dovrà estendersi ai punteggi riservati alle offerte economiche, che andranno anch'essi riparametrati sulla base della formula

aritmetica prevista dal disciplinare di gara, dopo l'espunzione del più elevato ribasso offerto dal r.t.i. Nike S.r.l. (su tale principio, cfr. A.V.C.P., parere 7 luglio 2010 n. 124).

Diversamente da quanto affermato dal Consorzio Nazionale Servizi, l'anzidetta conclusione non si pone in contrasto con quanto statuito dal TAR Pescara nella richiamata sentenza n. 126 del 19 marzo 2014 (che ha soltanto rigettato l'impugnativa del r.t.i. Nike S.r.l. avverso il provvedimento di esclusione ed ha dichiarato improcedibile, per difetto d'interesse, il ricorso proposto dallo stesso Consorzio Nazionale Servizi, senza pronunciare alcunché sulla posizione in graduatoria delle restanti concorrenti e sugli adempimenti conseguenti a carico dell'Azienda), né può essere confutata mediante l'argomento giuridico della inoppugnabilità dei punteggi e della graduatoria definitiva (che, in tesi, la controinteressata GPI S.p.A. avrebbe dovuto censurare entro l'ordinario termine decadenziale).

In contrario, è sufficiente rilevare che la GPI S.p.A. (originariamente terza classificata) non aveva un interesse attuale e concreto ad impugnare la graduatoria, prima che la stazione appaltante disponesse d'ufficio l'esclusione del raggruppamento aggiudicatario. E' ormai pacifico, infatti, il principio processuale secondo cui l'impresa terza classificata, che non abbia proposto ricorso avverso la prima aggiudicazione, può utilmente contestare la posizione dell'impresa seconda classificata a seguito della sopravvenuta esclusione dell'impresa aggiudicataria, poiché l'adozione di nuovi provvedimenti da parte della stazione appaltante ha senz'altro l'effetto di riaprire la decorrenza del termine per impugnare l'esito della gara (cfr. Corte Giust. UE, 8 maggio 2014, C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox*).

D'altronde, il quesito è stato posto all'Autorità dalla stessa stazione appaltante, che intende legittimamente riesaminare d'ufficio la graduatoria formatasi con la partecipazione determinante di un raggruppamento che, come si è visto, è stato poi escluso per violazione dell'art. 38 del Codice. Per quanto fin qui osservato, non possono esservi dubbi sulla sussistenza del potere-dovere della stazione appaltante di riassegnare i punteggi relativi alle offerte tecniche ed alle offerte economiche. Ed in tal caso, è ben possibile che per effetto della riformulazione della graduatoria (sulla base del criterio stabilito dalla *lex specialis* di gara) la concorrente seconda classificata venga scavalcata da altra concorrente ed il risultato finale sia diverso da quello che si sarebbe ottenuto con il semplice scorrimento.

In conclusione, il parere dell'Autorità è che la A.S.L. Lanciano Vasto Chieti, dopo aver escluso in autotutela la concorrente prima classificata, non possa effettuare lo scorrimento della graduatoria ed aggiudicare l'appalto alla concorrente seconda classificata, ma debba viceversa riassegnare i punteggi relativi alle offerte tecniche ed alle offerte economiche.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, in relazione alla procedura in epigrafe:

- che la stazione appaltante debba riconvocare la commissione giudicatrice per riassegnare i punteggi relativi alle offerte tecniche (mediante rinnovazione del confronto a coppie) e quelli relativi alle offerte economiche.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito