

DELIBERA N. 729

9 settembre 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Versan & Dafne S.r.l. – Procedura negoziata per la fornitura biennale, suddivisa in lotti, di aghi per termocoagulazione con relative apparecchiature in comodato d'uso gratuito – gara 452/2018 – Lotto n. 1 Importo a base di gara: euro 48.600,00 – Lotto n. 2 Importo a base di gara: euro 124.500,00 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Azienda Ospedaliera di Verona

PREC 159/2020/F

Riferimenti normativi

Art. 95, comma 10-*bis*, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Offerta economicamente più vantaggiosa – Formula matematica

Massima

Offerta economicamente più vantaggiosa – Formula matematica - Discrezionalità tecnica della stazione appaltante

Le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità tecnica nella individuazione delle formule matematiche da usare per l'attribuzione del punteggio, con la conseguenza che le scelte compiute sono sindacabili per gli eventuali profili di abnormità o manifesta illogicità.

Nella scelta della formula per l'aggiudicazione dell'appalto secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ha facoltà di introdurre nel disciplinare di gara un criterio relativo all'attribuzione dell'offerta economica che mira a premiare in maniera decisiva il ribasso sul prezzo, ove sia assicurato il giusto temperamento con le esigenze di assicurarsi anche la qualità delle offerte tecniche.

Art. 95, comma 10-*bis*, d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 settembre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza prot. n. 23578 del 23/03/2020 con la quale la Versan & Dafne S.r.l. sottopone all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere contestando l'aggiudicazione dei lotti n. 1 e n. 2 nell'ambito della procedura negoziata per la fornitura biennale di aghi per termoablazione con relative apparecchiature in comodato d'uso gratuito, indetta dall'Azienda Ospedaliera di Verona, sostenendo che sia stata utilizzata una modalità di calcolo del punteggio per l'offerta economica basata su *formula interdipendente non lineare* che avrebbe prodotto l'effetto di ampliare il differenziale dei punteggi economici e, di fatto, avrebbe annullato la rilevanza del punteggio qualitativo in contrasto con l'art. 95, comma 10-*bis*, d.lgs. n. 50/2016; in particolare, l'istante sostiene che l'art. 95, comma 10-*bis*, d.lgs. n. 50/2016 impone di riservare un peso maggioritario agli aspetti qualitativi della fornitura cosicché l'utilizzo, in determinate condizioni, di formule interdipendenti non lineari risulterebbe inadeguato a garantire il rispetto di tale previsione normativa e sarebbe necessario un intervento della stazione appaltante al fine di valutare l'effetto delle formule utilizzate e, in presenza di evidenti alterazioni del risultato, intervenire, al fine di bandire una nuova gara garantendo il pieno rispetto delle previsioni di legge anche attraverso un annullamento in autotutela della procedura di aggiudicazione;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 57735 del 29/07/2020;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi dalle parti interessate;

RITENUTA infondata l'eccezione di inammissibilità sollevata da Promed S.r.l., società aggiudicataria del primo lotto, in relazione all'art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento sull'esercizio della funzione di precontenzioso del 09/01/2019, poiché l'istanza di precontenzioso è stata presentata all'Autorità nella pendenza del termine giurisdizionale di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione adottato con determinazione dirigenziale n. 212 del 20/02/2020, confermato nel provvedimento prot. n. 15972 del 16/03/2020 con cui la stazione appaltante ha rigettato l'istanza in autotutela del 10/03/2020 presentata da Versan & Dafne S.r.l.;

VISTO l'art. 95, comma 10-*bis*, d.lgs. n. 50/2016 ai sensi del quale «La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento»;

VISTE le linee guida n. 2 dell'Autorità che, nella parte introduttiva, con riferimento alla ponderazione prevista dal comma 10-*bis* dell'art. 95 del codice degli appalti indicano che la stessa «è finalizzata ad assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo e a valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta in modo tale da dare spazio a criteri che garantiscano un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici», ma senza stigmatizzare formule specifiche prescelte dalle stazioni appaltanti;

VISTO l'art. 5 del disciplinare di gara che, nel prevedere che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stabilendo per l'offerta tecnica un punteggio massimo di 70 e per l'offerta economica un punteggio massimo di 30, stabiliva che sarebbero state ammesse alla fase di riparametrazione e di apertura delle offerte economiche esclusivamente le ditte con un punteggio minimo attribuito all'offerta tecnica pari a 42 punti; quindi, con riferimento alla valutazione dell'offerta economica introduceva una formula "interdipendente non lineare";



CONSIDERATO che l'istante contesta la previsione del disciplinare di gara concernente l'attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica con la formula interdependente non lineare, per la quale veniva fissato un coefficiente " α " pari a 0,7, stravolgendo a suo avviso il risultato finale poiché, all'esito della valutazione qualitativa, per entrambi i lotti era attribuito a Versan & Dafne S.r.l. il massimo punteggio (70 punti) per l'offerta tecnica, laddove nel lotto 1 la Promed otteneva un punteggio pari a 58,68 e nel lotto 2 la HS Hospital Service otteneva 54,56 punti, ma l'esito dell'attribuzione del punteggio economico, nonostante la differenza nel punteggio tecnico, determinava l'aggiudicazione in favore delle altre due ditte e, in particolare: se nel lotto 1 la differenza di prezzo tra la migliore offerta e l'offerta di Versan & Dafne era significativa (circa il 49%), nel lotto 2 le offerte dei concorrenti presentavano una maggiore omogeneità con una differenza di circa il 18%; l'istante sostiene che solo grazie alla sproporzione nell'attribuzione del punteggio economico di Versan & Dafne, le concorrenti potevano aggiudicarsi la fornitura, superando la significativa differenza nella valutazione qualitativa; ciò, in particolare per il lotto 2, dove, a fronte di un differenziale nel punteggio qualitativo del 23% a favore di Versan & Dafne, un differenziale del prezzo pari solo al 18% ha consentito alla concorrente di aggiudicarsi la gara;

CONSIDERATA, d'altra parte, la nota prot. n. 15972 del 16/03/2020 con la quale la stazione appaltante ha respinto la richiesta di annullamento in autotutela della gara presentata dalla società istante con la motivazione che, nello scegliere la formula interdependente non lineare, con calcolo del ribasso rispetto alla base d'asta in funzione del prezzo offerto (valore economico), essa «ha cercato di temperare l'esigenza di non utilizzare meccanismi che disincentivano la competizione sul prezzo (come accadeva con la formula tradizionale che non teneva in alcuna considerazione la base d'asta), ma allo stesso modo ha cercato di attenuarne gli effetti assumendo come coefficiente esponenziale un valore inferiore ad uno per mitigare gli effetti dell'interpolazione lineare»; inoltre, è riportato in motivazione che «Il disciplinare, proprio per scongiurare l'aggiudicazione ad offerte scadenti, prevedeva che solo le offerte con un punteggio qualitativo pari o superiore a 42/70 potevano accedere alla successiva fase di apertura delle offerte economiche»;

CONSIDERATO che in entrambi i lotti l'offerta risultata aggiudicataria ha conseguito un punteggio di qualità ben al di sopra della soglia di sufficienza, mentre – come evidenzia la stazione appaltante – la società istante sostanzialmente presentava un'offerta pari alla base d'asta, nonostante l'operatività del meccanismo di attribuzione dei punteggi fosse conosciuto in base alla documentazione di gara;

CONSIDERATO che la giurisprudenza ha ampiamente argomentato in ordine all'ampia discrezionalità amministrativa spettante alle stazioni appaltanti sia nella scelta dei criteri di aggiudicazione sia «nella individuazione delle formule matematiche da usare per l'attribuzione del punteggio, osservando che il sindacato giurisdizionale nei confronti di tali scelte, tipica espressione di discrezionalità tecnico-amministrativa, può essere consentito unicamente in casi in cui le stesse risultino abnormi, sviate o manifestamente illogiche» (Cons. Stato, sez. III, 07/05/2019, n. 2933; Cons. Stato, sez. V, 10/08/2016, n. 3579; Cons. Stato, sez. V, 18/02/2013, n. 978; Cons. Stato, sez. III, 22/11/2011, n. 6146);

RITENUTO che la scelta compiuta dalla stazione appaltante, alla luce della documentazione di gara esaminata e tenuto conto della motivazione offerta nella nota di rigetto della richiesta di annullamento in autotutela, non presenti profili di illogicità e abnormità ove si guardi ai risultati concreti delle graduatorie approvate da cui si evince che le offerte dei concorrenti aggiudicatari hanno superato un vaglio minimo di conformità dell'offerta tecnica con un punteggio ben più alto del punteggio minimo previsto e con una notevole differenza nei ribassi nelle offerte economiche presentate;

CONSIDERATO che, anche recentemente, il Consiglio di Stato, con riferimento alla formula della interpolazione lineare, ha rilevato che l'adozione di un criterio che mira a premiare in maniera decisa e significativa il ribasso «costituisce una legittima facoltà per le Amministrazioni che, nell'ambito della propria attività contrattuale, intendano privilegiare *in primis*, sin dall'indizione del bando, il contenimento dei costi» (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2018, n. 3733; Cons. Stato, Sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4413);

RITENUTO, pertanto, che la contestazione sollevata dall'istante sia infondata poiché il provvedimento di aggiudicazione dei lotti n. 1 e n. 2 risulta adottato in conformità alle prescrizioni del disciplinare di gara e non sono emersi elementi da cui possa desumersi l'illogicità o abnormità della formula matematica scelta dalla stazione appaltante né delle valutazioni compiute in sede di attribuzione dei punteggi alle offerte presentate; al contrario, la scelta compiuta dalla stazione appaltante appare giustificata, come si legge nella motivazione del provvedimento di rigetto dell'istanza di autotutela, dall'obiettivo di contemperare l'esigenza di non utilizzare meccanismi che disincentivano la competizione sul prezzo, scongiurando il rischio di un'aggiudicazione ad offerte scadenti attraverso la previsione di un punteggio minimo qualitativo per l'accesso alla successiva fase di apertura delle offerte economiche;

RITENUTO, pertanto, il provvedimento di aggiudicazione conforme alla normativa di settore;

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'istanza presentata da Versan & Dafne S.r.l. sia infondata poiché il provvedimento di aggiudicazione dei lotti n. 1 e n. 2 appare conforme alla *lex specialis* di gara e alla normativa di settore.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 11 settembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco