

Determinazione n. 80 del 27 /02/2023

Il Responsabile dell'Ufficio legale

Avv. Nicolina Pietromartire

Pescara,

Il Responsabile del Procedimento (Fase di affidamento – Gara 1)

22-02-2023

Dott. ing. Dino Centorame

Il Responsabile del Procedimento (Fase di affidamento – Gara 2)

Pescara

Dott. Benino Di Monte

Il Responsabile dell'Ufficio gare

Dott. Benino Di Monte

Pescara,

SI ESPRIME PARERE FAVOREVOLE IN ORDINE ALLA REGOLARITA' CONTABILE DEL PRESENTE ATTO E SE NE RILEVA L'IMPEGNO FINANZIARIO:

1200 - 1300

IL DIRIGENTE AMMINISTRATIVO/FINANZIARIO

Dott.ssa Rita Verzulli

Pescara

IL DIRETTORE GENERALE

Dott. Marco Santedicola

Pescara

L'Ufficio Controllo di Gestione rileva che la spesa è presente:

nel piano degli investimenti alla voce _____

nel bilancio di previsione alla voce _____

altro _____



determinazione n. 80 del 27 /02/2023

Oggetto Annullamento ai sensi dell'art. 21 nonies L. n. 241/90 la determina n. 32 del 26/01/2023; conferma della determinazione n. 397 del 01/09/2022 di indizione della gara per l'affidamento del servizio di contact center (CIG 9384206BC3) e gli atti della procedura connessi e/o consequenziali; annullamento ai sensi dell'art. 21 nonies L. n. 241/90, della Determina n. 39 del 31/01/2023 di riedizione della procedura di gara per l'affidamento del servizio di contact center (CIG 96276636D7); annullamento, ai sensi dell'art. 21 nonies L. n. 241/90, della determina n. 582 del 19/12/2022; remissione degli atti alla Commissione giudicatrice, in medesima composizione ai sensi dell'art. 77 comma 11 D.Lgs. n. 50/2016

| TIPOLOGIA (Investimento Costo d'esercizio) | ESECUTORE | CIG/CUP | INIZIO ATTIVITA' | FINE ATTIVITA' | CODICE BUDGET |
|--|--|--------------------|---------------------|-------------------------------|-------------------|
| Costo d'esercizio | | | | | |
| PERIODICITA' FATTURAZIONE | CONTRIBUTO IN CONTO DEDICATO IMPIANTO ENTE EROGATORE | IMPORTO CONTRIBUTO | IBAN CONTO DEDICATO | ATTIVITA' COMPARTO UMBUNDLING | IMPORTO NETTO IVA |
| / | / | / | / | | |

IL DIRETTORE GENERALE

Visto lo Statuto societario;

Visti i verbali del Consiglio di Amministrazione di nomina e attribuzione deleghe al Direttore Generale;

Viste

- La propria determina n. 397 del 01/09/2022 di approvazione degli atti ed indizione della procedura di gara relativa all'affidamento del servizio di contact center;
- La propria determina n. 582 del 19/12/2022 di aggiudicazione del servizio in favore dell'operatore economico Mediacom S.r.l.;
- La nota pervenuta in data 30/12/2022, trasmessa dal legale della società Tecnocall s.r.l. seconda classificata nella graduatoria relativa alla gara di cui all'oggetto, con la quale si formulava istanza di "revoca in autotutela" dell'aggiudicazione disposta nonché di accesso agli atti di gara;
- La propria determina n. 32 del 26/01/2023 con la quale si è disposta la revoca in autotutela, ai sensi dell'art. 21 quinquies della Legge n. 241/1990 e s.m.i., per motivi di pubblico interesse della determinazione di indizione gara n. 397 del 01/09/2022 e degli atti conseguenti relativi all'intera procedura di gara;
- La propria determina n. 39 del 31/01/2023 di indizione di una nuova procedura di gara ed approvazione dei relativi atti di gara "procedura aperta telematica relativa al servizio di contact center CIG 96276636D7";

- La nota pervenuta in data 06/02/2023 (prot. ACA n. 3036/2023) e trasmessa dal legale della società Mediacom s.r.l. di richiesta di revoca in autotutela della summenzionata determina n. 32/2023 e conferma degli atti di gara;
- la precisazione del Direttore Tecnico di ACA spa, allegata agli atti di gara, con la quale si chiarisce che *“la stazione appaltante si riserva di non aggiudicare l'appalto anche dopo che i lavori della commissione giudicatrice si sono conclusi con una proposta di affidamento...”*.
- La comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 L. n. 241/90 preordinato all'annullamento in autotutela, ai sensi dell'art. 21 nonies L. n. 241/90 s.m.i rispettivamente: 1) della Determina n. 32 del 26/01/2023 di revoca in autotutela della procedura di gara indetta con la determinazione n. 397/2022; 2) della determina n. 39 del 31/01/2023 recante procedura telematica relativa al servizio di contact center (CIG 96276636D7); 3) della determina n. 582 del 19/12/2022 di aggiudicazione del servizio in favore della società Mediacom e rinvio degli atti alla commissione di gara per riesame delle valutazioni in merito al criterio PT.A1

- La nota Protocollo N.ro 2023-PROT-4438 del 20/02/2023 presentata dalla società MEDIACOM s.r.l.;
- La nota del 20/02/2023 presentata dalla società Tecnocall;

Visti gli atti di gara;

Visto l'art. 32, comma 8 D.Lgs. n. 50/2016 s.m.i. che prevede l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti;

Visto l'art. 21 nonies L. n. 241/90 s.m.i. ai sensi del quale: *“Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.”*;

Visto l'art. 21 quinquies, comma 1 L. n. 241/90 s.m.i. ai sensi del quale: *“Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti”*;

Ritenuto che, alla luce di una rinnovata disamina degli atti di gara e delle operazioni svolte dalla Commissione giudicatrice, gli eventuali profili di criticità risulterebbero comunque circoscritti alla sub-fase procedimentale della valutazione dell'offerta tecnica ad opera della Commissione giudicatrice, peraltro, con specifico e puntuale riferimento all'attribuzione del punteggio relativo al sub criterio di valutazione dell'offerta tecnica PT.A1, senza interessare le fasi prodromiche né tantomeno gli atti di gara;

Ritenuto alla luce della rinnovata valutazione di cui sopra, che gli atti di gara predisposti sono legittimi, coerenti rispetto al servizio oggetto di affidamento e completi riportando, in particolare tutte le informazioni necessarie ai fini della preventiva conoscenza della natura di ciascun sub-criterio e che, pertanto la validità ed efficacia degli stessi non risulterebbe comunque incisa dalle eventuali irregolarità afferenti la successiva fase della valutazione delle offerte tecniche quale che sia la natura di queste ultime;

Ritenuto che l'apertura della busta telematica contenente la documentazione amministrativa, adempimento indefettibile e preliminare all'aggiudicazione, in conseguenza della disposta *“inversione procedimentale”* riguardi la sola impresa prima classificata e che il vizio procedurale collegato alla sua omissione possa essere emendato con il rinvio degli atti all'organo competente all'esecuzione dell'adempimento, senza che lo stesso possa inficiare gli atti e l'intera procedura di gara ed in particolare le fasi anteriori al verificarsi dell'omissione in questione;

Ritenuto inoltre che, nella determina n. 32/2023 non risultano esplicitate le ragioni di pubblico interesse sottese a motivare l'adozione di un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e dell'intera procedura di gara anche alla luce del generale principio di conservazione degli atti di gara legittimi;

Considerato che la carenza rilevata, concerne un elemento strutturale della fattispecie di cui all'art. 21 quinquies L. n. 241/90 e dunque un elemento essenziale del provvedimento adottato richiesto a pena di illegittimità;

Considerato il breve lasso temporale intercorso dall'adozione della determina 32/2023 oggetto di annullamento comunque ampiamente ricompreso con il termine prescritto dall'art. 21 nonies L. n. 241/90 (12 mesi);

Ritenuto che l'interesse della società Tecnocall alla conservazione degli effetti caducatori della Determina 32/2023 debba ritenersi recessivo a fronte delle ritenute prevalenti esigenze pubblicistiche preordinate alla conservazione degli atti di gara ed alla celerità ed economicità della procedura e comunque del sostanziale accoglimento dell'istanza preordinata al riesame *in parte qua* della valutazione dell'offerta tecnica nei limiti in quanto segue;

Ritenuto pertanto di dover procedere all'annullamento in autotutela ex art. 21 nonies L. n. 241/90, della determina n. 32 del 26/01/2023 ed alla conferma della determinazione di indizione gara n. 397 del 01/09/2022 e degli atti conseguenti relativi all'intera procedura ivi inclusa la determina di aggiudicazione n. 582 del 19/12/2022;

Ritenuto di procedere conseguentemente all'annullamento della propria Determina n. 39 del 31/01/2023 di riedizione della procedura di gara per l'affidamento del servizio di contact center in quanto la conferma degli atti della precedente gara indetta con determina n. 397 del 01/09/2022 fa venire meno la necessità di una riedizione della procedura di gara;

Considerato inoltre che nella nota di cui sopra la società Tecnocall S.r.l., muovendo dalla natura essenzialmente quantitativa/tabellare del criterio di valutazione PT.A1 di cui al disciplinare di gara lamenta la presunta erronea attribuzione del punteggio alla propria offerta tecnica relativamente a detto criterio da parte di due componenti della Commissione nella misura in cui questi non avrebbero assegnato alla ditta - per il requisito ivi previsto - il coefficiente massimo di 1 punto addivenendo alla determinazione di un coefficiente medio di 0,8 che, moltiplicato per il punteggio massimo previsto dal bando (10 punti), ha comportato l'assegnazione di 8 punti in luogo dei 10 punti max previsti; punteggio massimo cui avrebbe avuto diritto avendo documentato l'esperienza massima richiesta ed in quanto *“a fronte della univocità ed oggettività del criterio di attribuzione del punteggio, nessuna discrezionalità permane in capo ai commissari”*;

Visti gli atti ed i verbali di gara ed in particolare il verbale di gara n. 2 del 15/11/2022 nel quale sono riportate le valutazioni operate dai singoli commissari rispetto a tutti i criteri ivi incluso il sub-criterio PT.A1;

Ritenuto che la descrizione del criterio PT.A1, di cui all'art. 17.1 del disciplinare di gara rende verosimile la sua natura *“tabellare”* e *“quantitativa”* e che detta natura incide sull'attribuzione dei coefficienti compresi fra 0 ed 1 da parte di ciascun commissario basato sulla sola sussistenza degli elementi quantitativi descritti;

Considerato che dalla lettura del verbale di gara n. 2 del 15/11/2022 rispetto al criterio PT.A1 due dei tre commissari hanno assegnato all'offerta Tecnocall un coefficiente di 0,7 mentre un terzo commissario il coefficiente 1 e che, conseguentemente, il punteggio è risultato a 8/10;

Considerato che la società Tecnocall lamenta di avere diritto al conseguimento del punteggio massimo previsto per il sub-criterio PT.A1 avendo dedotto elementi che appaiono idonei a documentare quanto richiesto;

Considerato altresì che rispetto al sub-criterio PT A2 ed al successivo su-criterio PT A3 la società Tecnocall ha conseguito il punteggio massimo di 10/10;

Considerato l'esiguità dei punti di differenza fra la società Mediacom S.r.l. che è risultata aggiudicataria con punti **95,851/100** e la società Tecnocall S.r.l. che è risultata 2° classificata con punti **94,230/100** (con una differenza fra le due offerte pari a punti **1,621**);

Considerato altresì che non si è proceduto all'apertura della busta telematica contenente la documentazione amministrativa della ditta risultata aggiudicataria in mancanza della quale non poteva, né può disporsi l'aggiudicazione definitiva;

Visto l'art. 21 nonies L. n. 241/90 ai sensi del quale *"il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge"*.

Ritenuto che

1. La mancata apertura della busta telematica contenente la documentazione amministrativa, essendo stata prevista l'inversione procedimentale, è un vizio di legittimità della procedura emendabile con la riattivazione della procedura dalla fase procedimentale in cui si è verificato facendo salve le fasi della procedura di gara anteriormente espletate;
2. Il criterio PT.A1, alla luce della descrizione formulata dal disciplinare di gara, presenta verosimilmente natura tabellare/quantitativa; la società Tecnocall ha presentato documentazione che appare idonea a supportare la propria richiesta di riesame ed è pertanto necessario verificare la correttezza delle operazioni compiute dai commissari;
3. il lasso temporale decorso dall'adozione del provvedimento oggetto di riesame è assolutamente marginale e comunque in linea con il termine di cui al citato art 21 nonies L. n. 241/90;
4. l'annullamento ed il conseguente riesame della valutazione delle offerte con riferimento al criterio PT. A1 contempera adeguatamente l'interesse pubblico allo svolgimento di una procedura legittima trasparente e celere nonché il principio della conservazione degli atti e l'interesse della società Tecnocall s.r.l., per come palesato nella nota di cui in premessa, ad un riesame – peraltro esteso anche alle offerte delle altre ditte concorrenti - della valutazione da parte dei singoli commissari dei coefficienti assegnati per il criterio PT.A1 ed eventualmente una revisione del punteggio;
5. l'affidamento riposto dalla società Mediacom alla conservazione del provvedimento di aggiudicazione oggetto di annullamento è chiaramente recessivo non essendo stato stipulato il contratto né avviata l'esecuzione del servizio in via d'urgenza;

Ritenuto, che le osservazioni formulate dalla società Tecnocall nella nota del 20/02/2023 non siano positivamente valutabili in quanto:

- la descrizione dei criteri riportata nel disciplinare contiene tutte le informazioni necessarie ai fini della conoscenza della natura di ciascun sub-criterio come, peraltro, indirettamente dimostrato proprio dall'intervento della società Tecnocall nel procedimento in questione;
- non risponde al vero il fatto che tutti gli altri criteri previsti dal disciplinare presentano natura *Tabellare/quantitativa*; i criteri PT.C, sulla scorta della loro descrizione sono evidentemente discrezionali con la conseguenza che rispetto ad essi l'assegnazione dei coefficienti da parte di ciascun commissario risponde ad apprezzamenti discrezionali che, rispetto al caso in esame non v'è motivo di censurare;
- Che comunque non emergono, alla luce degli atti di gara e della documentazione depositata, discrasie e/o profili, del tipo di quelli evidenziati per il sub-criterio PT.A1, meritevoli di considerazione ai fini di un eventuale riesame;
- non risponde al vero la circostanza che l'art. 17.2 del disciplinare richiama *"espressamente"* la valutazione discrezionale di ogni componente della Commissione;
- Rispetto agli altri sub-criteri la società Tecnocall risulta comunque avere conseguito il massimo punteggio previsto dal disciplinare;
- che il disposto riesame interessa un sub-criterio rispetto al quale non sussistono margini di apprezzamento discrezionale da parte dei commissari in quanto esso è collegato a dati e parametri oggettivi già confluiti fra gli atti della procedura di gara e pertanto l'avvenuta apertura delle buste economiche non potrebbe in alcun modo incidere sulla trasparenza delle operazioni valutative né sull'imparzialità dell'operato dei commissari e della commissione;
- La riconvocazione della commissione di gara per il riesame dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, pur dopo l'apertura delle offerte economiche, costituisce evenienza del tutto fisiologica ed è comunque conforme a quanto prescritto dal vigente quadro normativo di riferimento
- vanno, dunque valorizzati i principi di economicità, efficacia e tempestività delle procedure di gara nonché il principio di conservazione dei valori giuridici sulla scorta del quale atti non inficiati dai vizi di legittimità, già assunti dall'Amministrazione, devono tendenzialmente conservare la propria efficacia nella fase di riedizione del potere, comportando una loro rinnovazione un aggravamento del procedimento.

Ritenuto che le considerazioni riportate dalla società Mediacom s.r.l. nella richiamata nota del 20/02/2023 siano inammissibili in quanto dirette ad integrare i dati e le informazioni già confluite nella procedura di gara;

Ritenuto di procedere dunque all'annullamento, in via di autotutela ai sensi dell'art. 21 nonies L. n. 241/90, della Determina n. 582 del 19/12/2022 e di rimettere gli atti alla Commissione giudicatrice, in medesima composizione affinché proceda, anche alla luce delle criticità evidenziate dalla società Tecnocall alla verifica limitatamente al sub-criterio PT-A1 della correttezza delle operazioni svolte ed all'esito all'eventuale riesame delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche pervenute con riattribuzione dei relativi punteggi ed agli adempimenti conseguenti;

Considerato che, all'esito, l'organismo competente dovrà procedere all'apertura e verifica della busta telematica contenente la documentazione amministrativa;

Tutto quanto sopra premesso

DETERMINA

- 1) di annullare ai sensi dell'art. 21 nonies L. n. 241/90 la determina n. 32 del 26/01/2023 con la quale è stata disposta la revoca in autotutela ex art. 21 quinquies L. n. 241/90 della determina n. 582 del 19/12/2022 di aggiudicazione del servizio di contact center alla società Mediacom s.r.l. nonché dell'intera procedura di gara;

- 2) di confermare la determinazione n. 397 del 01/09/2022 di indizione della gara per l'affidamento del servizio di contact center (CIG 9384206BC3) e gli atti della procedura connessi e/o consequenziali;
- 3) di annullare ai sensi dell'art. 21 nonies L. n. 241/90, per le ragioni di cui sopra, la Determina n. 39 del 31/01/2023 di riedizione della procedura di gara per l'affidamento del servizio di contact center (CIG 96276636D7);
- 4) di annullare, ai sensi dell'art. 21 nonies L. n. 241/90 la determina n. 582 del 19/12/2022 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione della gara avente ad oggetto il servizio di contact center in favore della società Mediacom s.r.l.;
- 5) di rimettere gli atti alla Commissione giudicatrice, in medesima composizione ai sensi dell'art. 77 comma 11 D.Lgs. n. 50/2016 s.m.i. affinché proceda, anche alla luce delle criticità formulate dalla società Tecnocall limitatamente al sub-criterio PT-A1 alla verifica della correttezza delle operazioni svolte ed all'esito, all'eventuale riesame delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche pervenute ed all'eventuale riattribuzione dei relativi punteggi e successiva riparametrazione come disposto dagli atti di gara;
- 6) di prevedere all'esito di quanto sopra, che si proceda, nel rispetto degli atti di gara all'apertura della busta telematica contenente la documentazione amministrativa della ditta prima classificata.
- 7) di trasmettere la presente determinazione all'ufficio per il controllo di gestione, all'ufficio finanziario, al Rup dell'Affidamento, ai responsabili dell'ufficio gare e Legale;

Pescara li, 27/02/2023.

IL DIRETTORE GENERALE
Dott. Marco Santedicola

