

Pubblicato il 30/12/2020

**N. 08537/2020REG.PROV.COLL.**

**N. 06768/2020 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6768 del 2020, proposto da Azienda Usi Toscana Nord Ovest, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Serena Spizzamiglio, Silvia Carli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Aircom S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale di Val Fiorita n.90; Regione Toscana, non costituita in giudizio;

***nei confronti***

Consorzio Artigiani Romagnolo C.A.R. Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Bruto Gaggioli Santini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 973/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aircom S.r.l. e del Consorzio Artigiani Romagnolo C.A.R. Soc. Coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2020 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Luca Cei su delega dell'avv. Silvia Carli, Giovanni Spataro e Mario Bruto Gaggioli Santini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. L'USL Toscana Nord Ovest, con bando pubblicato il 6.11.2019 indicava una procedura aperta per lavori di efficientamento, ristrutturazione e camminamento del presidio ospedaliero di Livorno, da espletarsi tramite il Sistema Telematico Regionale Acquisti Regione Toscana (START) e da aggiudicarsi secondo il criterio del massimo ribasso.

1.1. L'art. 9 e l'art. 12 del disciplinare di gara stabilivano rispettivamente che in presenza di offerte uguali, si sarebbe proceduto a sorteggio e che non era possibile presentare offerte modificative o integrative dell'offerta già presentata.

1.2. Ad esito della gara, Aircom s.r.l. e il Consorzio Artigiani Romagnolo si classificavano primi a pari merito, avendo offerto l'identico ribasso del 27,37%, come risulta dal verbale della seduta pubblica del 5.2.2020.

1.3. In data 10.2.2020 l'amministrazione pubblicava sulla piattaforma "Start" un avviso, preannunciante il sorteggio tra le due offerte uguali per il giorno 12.2.2020 alle ore 11, ai sensi dell'art. 9 del disciplinare di gara.

1.4. Alla seduta del 12.2.2020 si presentava il solo rappresentante del Consorzio Artigiani Romagnolo e manifestava la volontà di proporre offerta migliorativa ai sensi dell'art. 77 del R.D. n. 827/1924.

2. Il seggio di gara, si ritirava in seduta riservata per valutare la richiesta e, esaminate le indicazioni giurisprudenziali e dell'autorità di vigilanza, ammetteva l'offerta migliorativa con il limite estremo dell'anomalia. Indi, con decreto dirigenziale n. 1174/2020 la gara veniva aggiudicata al Consorzio Artigiani Romagnolo con un ribasso pari allo 0,05%

3. La mattina successiva Aircom chiedeva di conoscere il risultato del sorteggio, e avuto poi accesso al verbale del 12.2.2020, insorgeva avverso il decreto di aggiudicazione definitiva a favore del Consorzio Artigiani Romagnolo, nonché avverso il bando e il disciplinare di gara ove interpretati nel senso di consentire l'esperimento della miglora dell'offerta ex art. 77 del R.D. n. 827/1924, nonchè nella parte in cui non avevano previsto la convocazione delle sedute di gara mediante posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

4. Il TAR Toscana accoglieva il ricorso.

4.1. Richiamato il tenore letterale dell'art. 77, comma 2, del R.D. n. 827/1924, il quale stabilisce che ove nessuno di coloro che fecero offerte uguali sia presente, l'aggiudicatario viene individuato mediante sorteggio ha rilevato che *"Nel caso di specie, nella seduta del 5.2.2020, dedicata all'apertura e lettura delle offerte, non era presente né la ricorrente né la controinteressata, talché l'amministrazione avrebbe dovuto procedere tramite sorteggio ai sensi della suddetta norma (si veda Cons. Stato, IV, 12.9.2000, n. 4822, secondo cui "nell'ipotesi di due o più offerte uguali, il miglioramento dell'offerta previsto dall'art. 77 r.d. 23 maggio 1924 n. 827 è ammesso solo quando siano presenti tutti gli offerenti -uguali-, posti così in condizione di partecipare all'ulteriore gara aggiuntiva")"*.

*"Peraltro" – aggiungeva il TAR – "la successiva nota del 10.2.2020, pubblicata sul sistema Start, preannunciava il sorteggio, e non la possibilità di presentare un'offerta migliorativa; il suddetto avviso, coerentemente con il citato art. 77 del R.D. n. 827/1924 e con gli artt. 9 e 12 del disciplinare di gara, escludeva quindi in modo implicito tale possibilità, con la conseguenza che la successiva acquisizione dell'offerta migliorativa della controinteressata ha concretato un'iniziativa del tutto imprevista e imprevedibile (in contrasto coi principi di trasparenza e par condicio)"*.

5. Avverso la sentenza ha proposto appello l'Azienda Usl Toscana Nord Ovest.
6. Nel giudizio si è costituita la Aircom s.r.l. e ha chiesto la reiezione del gravame.
7. Si è anche costituito il Consorzio artigiani romagnolo c.a.r. soc. coop, il quale ha invece aderito alle tesi dell'appellante, insistendo per l'accoglimento del gravame.
8. L'appello è stato oggetto di deliberazione cautelare all'udienza camerale del 17 settembre 2020, all'esito della quale, è stata disposta la sospensione della provvisoria efficacia della sentenza appellata (ord. 5489/2020).
9. La causa è stata da ultima discussa all'udienza del 15 dicembre 2020, previo scambio di memorie illustrative con le quali le parti hanno ulteriormente argomentato le rispettive tesi.

## DIRITTO

1. L'amministrazione appellante sostiene di aver fatto corretto governo dei principi di eterointegrazione del bando, consentendo l'offerta migliorativa in luogo del previsto sorteggio in caso di *ex aequo*, giusto parere dell'Autorità di vigilanza, n. 102 del 27.6.2012, e di aver rispettato la *par conditio* (avendo dato avviso pubblico della data in cui avrebbe dovuto svolgersi il sorteggio).

1.1. Del resto, aggiunge l'appellante, con le ordinanze n. 3496/2020 e n. 3497/2020 e n. 5489/2020 rese da questa Sezione (in sede di appello cautelare e di inibitoria dei provvisori effetti della sentenza gravata) si è precisato che *"la procedura di offerta migliorativa ai sensi dell'art. 77 R.D. n. 827/1924 risponde ai principi costituzionali ed eurounitari di imparzialità, buon andamento e concorrenza che impongono una eterointegrazione del bando e del disciplinare di gara al fine di consentire, in accordo con l'orientamento della prevalente giurisprudenza amministrativa e dell'ANAC, l'aggiudicazione alla offerta migliore, che laddove sia scelto di attivare una gara al massimo ribasso non può che essere la meno onerosa entro la soglia di anomalia"*

1.2. All'affermazione del T.A.R. Toscana, secondo la quale *"la ricorrente non sembra essere stata messa in condizione di presentare un'offerta migliorativa..."*, l'amministrazione appellante replica in sede di appello: *"La verità è che Aircom, al contrario della controinteressata, ha molto semplicemente trascurato la applicabilità di una norma di legge o l'ha scoperta troppo tardi"*.

2. L'appellata Aircom osserva, da canto suo, che anche ammesso e non concesso che la notizia della seduta fosse stata correttamente comunicata/pubblicata, l'avviso preannunciava, per la seduta in questione, l'esclusiva effettuazione del sorteggio, ossia un'operazione alla quale l'operatore può logicamente e ponderatamente scegliere di non partecipare, trattandosi di formalità ovviamente riservata all'Amministrazione che non richiede alcun intervento dell'operatore interessato.

3. Ritieni il Collegio che se per un verso occorre dare seguito ai principi affermati dalla Sezione in sede cautelare, dall'altro occorre meglio precisare i contorni procedurali dell'offerta migliorativa, in modo da ricondurla nell'alveo dei generali principi del diritto eurounitario.

3.1. La fattispecie della quale il Collegio è chiamato ad occuparsi è la seguente: a) il bando non prevede alcunché circa l'applicazione dell'art. 77 del R.D. n. 827/1924, e anzi agli artt. 9 e 12 prevede a chiare lettere che in presenza di offerte uguali, si sarebbe dovuto procedere a sorteggio, senza possibilità di presentare offerte modificative o integrative dell'offerta già presentata; b) l'art. 77 R.D. n.827/1924 sopra citato prevede: *"Quando nelle aste ad offerte segrete due o più concorrenti, presenti all'asta, facciano la stessa offerta ed essa sia accettabile, si procede nella medesima adunanza ad una licitazione fra essi soli, a partiti segreti o ad estinzione di candela vergine, secondo che lo creda più opportuno l'ufficiale incaricato. Colui che risulta migliore offerente è dichiarato aggiudicatario. Ove nessuno di coloro che fecero offerte uguali sia presente, o i presenti non vogliano migliorare l'offerta, ovvero nel caso in cui le offerte debbano essere"*

contenute entro il limite di cui al secondo comma dell'art. 75 e all'ultimo comma dell'art. 76, la sorte decide chi debba essere l'aggiudicatario"; c) siffatta disposizione normativa, ancora vigente, è ritenuta applicabile dall'Autorità di vigilanza, sulla base del principio di eterointegrazione del bando (parere n. 102 del 27.6.2012); d) la stazione appaltante l'ha applicata ritenendo sufficiente la presenza di uno solo dei concorrenti, e quantunque la seduta fosse stata fissata per il sorteggio giusto quanto espressamente previsto dal bando.

3.2. Trattasi una disposizione – quella contenuta nell' art.77 R.D. n.827/1924 - ancora formalmente in vigore, ma esterna al Codice degli appalti, la quale, sia pur con riferimento alle "aste" detta una disciplina residuale destinata ad applicarsi nei rari casi in cui via sia un *ex aequo* del prezzo offerto, nelle gare al massimo ribasso. Siffatta disposizione è caratterizzata da un lessico non più in linea con l'attuale disciplina dei contratti pubblici passivi e comunque la stessa inevitabilmente risente della risalente disciplina generale dei contratti in cui essa contestualmente calata. Disciplina ben lontana dalle garanzie procedurali che contraddistinguono l'odierna procedura di evidenza pubblica.

3.3. E' vero tuttavia, come osservato dall'appellante con il conforto della giurisprudenza maggioritaria di primo grado, del parere ANAC n. 102 del 27.6.2012, e da ultimo, proprio in relazione alla concreta fattispecie odierna, delle ordinanze cautelari della Sezione (3496/2020, 3497/2020 e 5489/2020), che la disposizione in commento detta una regola residuale utile a colmare una lacuna del codice appalti in ordine ad un'evenienza possibile per quanto rara; regola che ben può considerarsi rispondente ai principi costituzionali ed eurounitari di imparzialità, buon andamento e concorrenza, nella misura in cui, imponendo agli offerenti *ex aequo*, un esperimento migliorativo prima del sorteggio, coniuga il principio di concorrenza con quello dell'oculato utilizzo delle risorse pubbliche.

4. Ovviamente la regola, imperativa come tutte le regole di evidenza pubblica, dev'essere contestualizzata e calata in un reticolo di principi di derivazione costituzionale ed eurounitaria che nel frattempo hanno trasformato il procedimento di evidenza pubblica, da un mero strumento per il conseguimento di risparmi in un potente e inderogabile presidio di concorrenza fra gli operatori economici.

4.1. Lo spostamento di prospettiva non è di poco conto, poiché esso ha determinato il prevalere di norme a tutela della *par condicio competitorum*, principio dal quale discendono i corollari della trasparenza, del divieto di discriminazioni, etc., in un ambito – quello delle acquisizioni della PA – che è trsguardato come vero e proprio mercato delle commesse pubbliche.

4.2. La regola dell'offerta migliorativa deve dunque essere applicata nei limiti in cui compatibile con i principi sopracitati e, segnatamente, nel rispetto della regola che primariamente governa le procedure aperte in quanto precipitato applicativo del principio di par condicio: l'obbligo di previo invio di una comunicazione, o anche la semplice pubblicazione di un avviso sulla piattaforma telematica (quando il bando contempli tale possibilità) che renda manifesta le modalità e i tempi della gara suppletiva riservata agli *ex aequo*. A fortiori nei casi, come quello di specie, in cui il bando detta disposizioni apparentemente escludenti la possibilità dell'offerta migliorativa.

5. Nel caso oggetto dell'odierno giudizio, l'amministrazione, dopo aver verificato l'*ex aequo*, si è per contro limitata a pubblicare un avviso del seguente tenore:

*"Avviso della stazione appaltante. Atteso che in seguito all'apertura delle offerte economiche, esperita la procedura del calcolo della soglia dell'anomalia (Offerta anomala \* Soglia = % 27.43268), con consequenziale esclusione automatica delle offerte risultate anomale, è emerso che due offerte hanno presentato lo stesso e migliore ribasso: - Aircom Srl – Ribasso percentuale 27,37 % - Consorzio Artigiani Romagnolo Soc. Coop. - Ribasso percentuale 27,37 %.*

*Verificato che l'art. 9 – Aggiudicazione – del disciplinare di gara, espressamente prevede che “In presenza di offerte uguali, si procederà mediante sorteggio”, questa SA fissa per l'espletamento di detta formalità, la seduta pubblica del 12.02.2020 ore 11, presso il PO di Livorno, I Piano,*

*Saletta interna del Dipartimento Tecnico”*

6. Un avviso, dunque, che dando semplicemente atto della (al tempo ritenuta) necessità del sorteggio, nulla dice circa la possibilità di un rilancio migliorativo, e anzi implicitamente lo esclude.

6.1. Va da sé che in mancanza della concreta prospettazione di una possibile gara suppletiva, uno degli operatori (l'appellato) ha liberamente e comprensibilmente (considerata la sussistenza di costi) optato per non presenziare ad una seduta in cui si sarebbe dovuto semplicemente procedere all'estrazione casuale di una busta fra le due in competizione. Diversamente sarebbe accaduto se l'operatore avesse avuto contezza (non già astratta ed eventuale) della concreta intenzione dell'amministrazione.

7. Del resto il principio di leale cooperazione che impronta il rapporto tra PA e privati non ha efficacia unidirezionale ma si applica pacificamente anche alla condotta della prima, in specie quando esso possa essere agevolmente rispettato attraverso un semplice avviso, senza aggravio di costi o allungamento di tempi.

8. L'appello è dunque da respingere, con conseguente conferma della sentenza gravata.

9. Giova precisare, al fine di prevenire ulteriori appendici contenziose in sede di ottemperanza, che l'effetto conformativo della sentenza si traduce nell'obbligo dell'amministrazione di invitare entrambi gli operatori economici ad una gara al ribasso entro il limite dell'anomalia, con riserva di effettuare il sorteggio ove permanga l'*ex aequo*.

10. Avuto riguardo alla novità della questione, il Collegio ravvisa giusti motivi per compensare tra le parti le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**Giulio Veltri**

**Michele Corradino**

IL SEGRETARIO