



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4255 del 2015, proposto da:
Cooperativa Sociale "Nuovi Incontri", in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avv. Mario Pasquariello, e con questi legalmente domiciliata in Napoli,
presso la Segreteria del T.a.r. Campania;

contro

Comune di Morcone, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Italo
Giovanni Dalmato Palumbo, con domicilio eletto presso l'avv. Antonio Lonardo in Napoli, viale
Gramsci 19;

nei confronti di

Giada Onlus Coop. Soc. a r.l., Capogruppo A.t.i. con Solidalia Coop. Soc. Onlus a r.l., Socrate
Coop. Soc. Onlus, La Bussola Coop. Soc.;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

della determina n.100/2015 del Comune di Morcone, con la quale si è aggiudicato in via definitiva
all'a.t.i. costituita dalla capogruppo mandataria Giada Onlus cooperativa sociale a r.l. e dalle
mandanti Solidalia cooperativa sociale Onlus a r.l., il servizio di assistenza domiciliare socio
assistenziale per anziani non autosufficienti non in a.d.i./c.d.i.,

nonché avverso ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente che sia lesivo dei diritti e degli
interessi della ricorrente e, segnatamente, avverso:

il bando di gara dell'8.4.15 (emanato dal Comune di Morcone quale ente capofila dell'Ambito
Territoriale B05 e relativo al servizio de quo) per avere esso previsto che in ipotesi di parità di
punteggio fra imprese concorrenti la gara fosse aggiudicata unicamente attraverso sorteggio;

il verbale di gara n.6 all'esito del quale, dopo che si è proceduto a sorteggio, l'appalto è stato
aggiudicato all'A.T.I. con capogruppo mandataria Giada Onlus cooperativa sociale a r.l.;

il verbale di gara n.7 con il quale, tra l'altro, si è confermata la legittimità dell'adottata procedura di
sorteggio e della conseguente aggiudicazione provvisoria in favore dell'A.T.I. innanzi indicata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Morcone;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2016 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Morcone, quale ente capofila dell'Ambito Territoriale B05, ha indetto una gara finalizzata all'affidamento del servizio di assistenza domiciliare socio-assistenziale per anziani non autosufficienti, prevedendo, nel bando, che a parità di punteggio la gara sarebbe stata aggiudicata attraverso sorteggio ai sensi di legge.

La ricorrente ha regolarmente partecipato alla gara, all'esito della quale la Commissione giudicatrice, riscontrato che due partecipanti (la ricorrente e l'A.T.I. con capogruppo Giada Onlus soc. coop. a r.l.) avevano conseguito il medesimo punteggio, ha deliberato di procedere a sorteggio, all'esito del quale è stato estratto il biglietto recante il nominativo della Giada Onlus, con conseguente aggiudicazione del servizio in favore di quest'ultima.

La ricorrente ha contestato, senza esito, la determinazione di procedere al sorteggio.

La Commissione di gara, riscontrato il contenuto della contestazione, ha confermato il proprio precedente verbale n.6 di aggiudicazione provvisoria, cui ha fatto seguito la determina n.100/15 di affidamento definitivo.

A sostegno del ricorso sono state formulate, in unico motivo, le censure di violazione di legge, eccesso di potere sotto i profili della violazione del principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione, della violazione del principio di giusto procedimento, della ingiustizia manifesta e della illogicità.

La ricorrente ha dedotto, al riguardo, che l'art.77 del R.D. n.827 del 23.05.24 ammette il ricorso al sorteggio nel caso di offerte uguali solo se, nelle gare di appalto, nessuno di coloro che hanno avanzato offerte uguali sia presente alle operazioni di gara o se i presenti non vogliono migliorare le offerte medesime, di tal che, una volta verificata l'identità di punteggio (82 punti: si veda, al proposito, il verbale di gara n.6) tra la cooperativa ricorrente e la costituenda A.T.I. con capogruppo mandataria Giada onlus cooperativa sociale a r.l., la Commissione non avrebbe dovuto fare ricorso alla procedura di sorteggio ma richiedere un'offerta migliorativa.

Del pari doveva ritenersi illegittimo il bando che prevedeva il ricorso al sorteggio in violazione della citata disposizione normativa, mai abrogata.

Si è costituita l'Amministrazione intimata, chiedendo il rigetto del ricorso.

All'esito della camera di consiglio del 16 settembre 2015 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare, rilevando che l'art. 77 R.D. 827/1924 imponeva alla stazione appaltante di esperire la gara tra le due partecipanti che avevano ottenuto gli stessi punti, prima di procedere al sorteggio.

La pronuncia cautelare è stata poi confermata in sede di appello innanzi al Consiglio di Stato che, con ordinanza n. 5113/2015, ha ritenuto applicabile la norma citata anche alla gara in questione.

All'udienza pubblica del 13 gennaio 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso deve essere accolto in quanto fondato.

La ricorrente ha lamentato che la Commissione di gara, a fronte della parità di punteggio tra le due partecipanti prime classificate, anziché richiedere offerte migliorative abbia proceduto al sorteggio.

La Cooperativa Nuovi Incontri ha dedotto, al riguardo, che secondo l'art. 77 del R.D. n. 827/1924,

quando nelle aste al ribasso due o più concorrenti presenti all'asta facciano la stessa offerta ed essa sia accettabile, si procede nella medesima adunanza ad una licitazione esclusivamente fra detti concorrenti e colui che risulta migliore offerente è dichiarato aggiudicatario; ove nessuno di coloro che hanno presentato le medesime offerte sia presente o nel caso in cui i presenti non vogliano migliorare l'offerta, la sorte decide chi debba essere l'aggiudicatario.

La giurisprudenza pronunciata in materia ha affermato che l'esperimento del tentativo di miglioria delle offerte, di cui al primo comma del cit. art. 77 del R.D. n. 827/24, va in ogni caso ammesso da parte del seggio di gara, prima che possa procedersi al sorteggio tra le offerte eguali; e ciò quand'anche la *lex specialis* di gara indicasse nel sorteggio l'unica modalità di scioglimento della parità tra più offerte (C.G.A., 28 luglio 2006 n. 456; 15 febbraio 2005, n. 61; T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. II, sentenza 9 maggio 2005 n. 733).

Secondo tale orientamento, la definitiva parità tra le offerte deve ritenersi realizzata solo ove non si siano avute, per qualsiasi causa, offerte migliorative, ovvero ove queste ultime siano risultate di pari importo tra loro, potendosi procedere al sorteggio solo in tali ipotesi.

Tale disposizione risponde alla finalità di assicurare all'Amministrazione, a fronte della parità tra i concorrenti, la possibilità di ottenere un vantaggio ulteriore, in luogo di rimettere meramente alla sorte la scelta tra i due partecipanti classificati con pari punteggio.

La norma, contenuta nel regolamento di contabilità generale dello Stato, non è stata mai abrogata né implicitamente né esplicitamente dagli interventi legislativi susseguiti in materia di appalti, e non incontra limitazioni nell'ambito applicativo, essendo, pertanto, suscettibile di applicazione in tutte le procedure di gara.

L'Amministrazione resistente ha evidenziato, al riguardo, che la disposizione citata potrebbe trovare applicazione solo nel caso di criterio di aggiudicazione coincidente con il prezzo più basso, e non ove l'aggiudicazione debba essere disposta, come in questo caso, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, poiché in tale ultima ipotesi non sarebbe esperibile il meccanismo delle offerte migliorative.

In merito va osservato, in primo luogo, che la norma in questione presenta un'applicazione generalizzata, non essendo stata introdotta alcuna ipotesi limitativa dell'istituto della gara suppletiva tra le aspiranti a pari merito.

A tale osservazione può obiettarsi che all'epoca dell'introduzione di tale disposizione non erano previsti diversi criteri di aggiudicazione, sicché non si sarebbe potuta presentare l'esigenza di distinguere tra gli stessi.

Deve tuttavia evidenziarsi, in senso contrario, che non si ravvisano ostacoli tecnico-giuridici, ma semmai esclusivamente pratici, all'effettuazione della gara ulteriore in caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infatti ben potrebbe, anche in tali ipotesi, l'Amministrazione aggiornare la seduta in modo da assicurare un lasso di tempo sufficiente affinché i partecipanti possano formulare le offerte migliorative, in relazione ad aspetti tecnici od economici delle prestazioni offerte, e successivamente ricalcolare il punteggio complessivo ottenuto.

Tale argomentazione non è, pertanto, idonea a giustificare l'incompatibilità del meccanismo descritto dalla norma con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per quanto riguarda, poi, la fattispecie concreta, si rileva che sussistevano tutti i presupposti per il ricorso all'esperimento migliorativo, in quanto nella seduta in cui sono stati assegnati definitivamente i punteggi ed è stato effettuato il sorteggio erano presenti i rappresentanti di entrambe le ditte pari offerenti (cfr. verbale di gara 6 del 22.5.2015).

Infine deve rilevarsi che, nel caso in esame, il sorteggio a parità di punteggio era previsto dallo stesso bando, anch'esso impugnato, in parte qua, dalla ricorrente.

Anche sotto tale profilo il ricorso deve essere accolto, dovendosi ritenere illegittima, sulla base delle considerazioni suesposte, la clausola del bando di gara che disponga che in caso di offerte uguali venga effettuato il sorteggio, senza la possibilità di presentazione di offerte migliorative da parte delle imprese presenti, per contrasto con l'articolo 77, ultimo comma, del R.D. 23 maggio 1924, n. 827.

Il ricorso va quindi accolto, con annullamento degli atti impugnati.

La peculiarità e novità della questione controversa giustificano comunque la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;

compensa le spese.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Michelangelo Maria Liguori, Presidente FF

Olindo Di Popolo, Primo Referendario

Francesca Petrucciani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)