

Pubblicato il 12/11/2021

N. 01382/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00917/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 917 del 2021, proposto da C.G.C. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale designata capogruppo mandataria del RTI con Tima s.r.l., Cima Costruzioni Generali s.r.l., Veronese Impianti s.p.a., Impresa di Costruzioni Edil 2000 s.r.l. e Techasfalti s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Biagini e Francesco Balasso, con domicilio eletto presso il loro studio in 30135 Venezia, Santa Croce 466/G, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Rovigo, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Eliana Varvara e Antonio Sartori, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Sartori in Venezia, San Polo n. 2988, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ecovie s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria capogruppo del RTI costituito con Impreservice s.r.l.,

Beozzo Costruzioni s.r.l., Veneta Sicurezza e Segnaletica Stradale s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Creuso, Stefania Lago e Nicola De Zan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

- della Determinazione n. 1240 del 27 luglio 2021 e della relativa comunicazione della Provincia di Rovigo di aggiudicazione dell'accordo quadro in favore dell'ATI Ecovie s.r.l.;
- dei verbali di gara tutti, ivi compreso espressamente quello, di data 28 giugno 2021, recante il sorteggio effettuato dall'Ente ai fini della selezione dell'affidatario;
- ove occorrer possa, dell'art. 16.5 del Disciplinare di gara;
- *in parte qua*, della comunicazione di data 19 agosto 2021 della Provincia di Rovigo, di parziale rigetto dell'istanza di esibizione documentale formulata da C.G.C. s.r.l. in data 29 luglio 2021;
- di ogni atto ad essi antecedente o susseguente, ancorché non conosciuto; nonché per la declaratoria di inefficacia;
- ai sensi degli artt. 121-122 cod. proc. amm., del contratto di appalto che dovesse essere stato *medio tempore* stipulato fra l'Amministrazione e la odierna controinteressata;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Rovigo e di Ecovie s.r.l., in proprio e in qualità di mandataria capogruppo del RTI costituito con Impreservice s.r.l., Beozzo Costruzioni s.r.l. e Veneta Sicurezza e Segnaletica Stradale s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2021 il dott. Filippo Dallari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in data 28 maggio 2021 la Provincia di Rovigo (in seguito, la Provincia) indiceva la procedura aperta preordinata all'affidamento dell'“*Accordo quadro per lavori di rifacimento delle sovrastrutture stradali della rete viabile provinciale CUP G37H21000090001 CIG 8629019BBC*”, per un importo a base di gara di € 3.275.000,00, da aggiudicarsi in applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In base al punto 16.5. del disciplinare di gara, “*In caso di offerte uguali l'aggiudicatario è individuato con sorteggio*”.

1.1. Alla procedura partecipavano dieci operatori economici e all'esito delle operazioni di valutazione delle offerte risultavano primi in graduatoria *ex aequo*, con il massimo punteggio conseguibile, il costituendo RTI tra C.G.C. s.r.l. (in qualità di designata capogruppo mandataria), Tima s.r.l., Cima Costruzioni Generali s.r.l., Veronese Impianti s.p.a., Impresa di costruzioni Edil 2000 s.r.l. e Techasfalti s.r.l. (quali designate mandanti) (in seguito, RTI CGC), l'ATI tra Ecovie s.r.l. (quale mandataria), Impreservice s.r.l., Beozzo Costruzioni s.r.l., Veneta Sicurezza e Segnaletica Stradale s.r.l., (in seguito, ATI Ecovie) e il RTI tra Salima s.r.l. (capogruppo), Favini Costruzioni, Segnalstrade Veneta s.c.r.l. e Tls s.r.l. (in seguito, RTI Salima s.r.l.).

1.2. In applicazione del punto 16.5 del disciplinare di gara, la stazione appaltante procedeva al sorteggio ed estraeva il nominativo dell'ATI Ecovie.

1.3. Svolta la verifica di anomalia, la Provincia con determinazione n. 1240 del 27 luglio 2021 aggiudicava l'accordo quadro in favore dell'ATI Ecovie.

1.4. CGC presentava istanza di accesso agli atti per prendere visione della documentazione dell'offerta del RTI aggiudicatario. Con comunicazione del 19 agosto 2021 la Provincia limitava tuttavia l'ostensione dei documenti alle buste contenenti la documentazione amministrativa ed economica, escludendo l'offerta tecnica in ragione dell'opposizione dell'RTI controinteressato.

2. Con ricorso notificato in data 30 agosto 2021 e depositato in data 3 settembre 2021 CGC, in proprio e quale mandataria del raggruppamento, ha impugnato gli atti della procedura sulla base dei seguenti motivi.

I - *Violazione di legge. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 77 r.d. n. 827 del 1924. Eccesso di potere per illogicità, disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta.*

La condotta della stazione appaltante si porrebbe in contrasto con il disposto dell'art. 77 del r.d. n. 827 del 1924 che, in caso di offerenti *ex aequo*, imporrebbe alle stazioni appaltanti di svolgere un esperimento migliorativo prima del sorteggio.

Tale disposizione coniugherebbe il principio di concorrenza con quello dell'oculato utilizzo delle risorse pubbliche e avrebbe “*valenza eterointegrativa*” della *lex specialis* di gara.

II - *Violazione di legge: violazione e falsa applicazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990 e dell'art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013.*

Il diniego dell'ostensione dell'offerta tecnica dell'ATI aggiudicataria si porrebbe in contrasto con la disciplina del diritto di accesso nell'ambito delle procedure di gara.

3. La Provincia e l'ATI Ecovie si sono costituite in giudizio, contestando nel merito le censure proposte.

3.1. In particolare, la Provincia ha evidenziato che l'art. 77 del r.d. n. 827 del 1924 non sarebbe applicabile quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In questa ipotesi il rilancio dovrebbe riguardare sia l'elemento economico sia l'elemento tecnico, ma in tal modo si consentirebbe di modificare le offerte presentate in violazione della *par condicio* dei concorrenti.

Peraltro, anche nelle gare da aggiudicarsi col criterio del prezzo più basso, il rilancio fra i primi *ex aequo* sarebbe praticabile nei soli casi in cui non funziona l'esclusione automatica delle offerte.

Inoltre, rileva la Provincia, nel caso di specie il rilancio sarebbe stato impraticabile sia alla luce della “*griglia*” di valutazione tecnica sia della formula

d'attribuzione del punteggio economico, in quanto i concorrenti avevano già ottenuto il massimo punteggio conseguibile.

Né potevano ammettersi miglierie estranee ai criteri predefiniti, in quanto ciò avrebbe determinato un'inammissibile modificazione *ex post* della griglia di valutazione.

Anche la soluzione del rilancio della sola offerta economica non sarebbe perseguibile in quanto avrebbe comunque richiesto la disapplicazione della formula prevista dalla *lex specialis* di gara.

Quanto al secondo motivo di ricorso, la Provincia ha eccepito l'improcedibilità della domanda di accesso agli atti, avendo provveduto all'ostensione della documentazione richiesta.

3.2. L'ATI Ecovie ha in particolare rilevato che l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 77 del r.d. n. 827 del 1924 sarebbe "*limitato e circoscritto alla sola ipotesi in cui i concorrenti 'facciano la stessa offerta' (primo comma dell'art. 77) e cioè all'ipotesi che le offerte formulate siano 'uguali' (secondo comma dell'art. 77)*".

Nel caso di specie, invece, le offerte presentate dal raggruppamento ricorrente e dal raggruppamento controinteressato sarebbero diverse, avendo la controinteressata proposto un ribasso del 22,573% e la ricorrente il diverso ribasso del 21,730.

Il rilancio, anche qualora limitato al solo elemento prezzo, non sarebbe possibile in quanto prenderebbe avvio da basi di partenza diverse.

4. Alla camera di consiglio del 22 settembre 2021, l'RTI CGC ha dichiarato di non avere più interesse all'istanza di accesso, essendo stato integralmente soddisfatto. Con ordinanza n. 484 del 23 settembre 2021 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare proposta, evidenziando:

“- che l'art. 77 del r.d. n. 827 del 23 maggio 1924 non pare imperativamente applicabile alla fattispecie in esame;

- che tuttavia, anche in ragione dei contrasti giurisprudenziali sul punto, la questione richiede l'approfondimento proprio della fase di merito;

- che si tratta dell'affidamento di un accordo quadro che appare 'subentrabile'”.

5. In vista della discussione di merito le parti hanno depositato memorie e repliche in cui hanno ulteriormente sviluppato le proprie difese e all'udienza del 3 novembre 2021, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. In via preliminare va dichiarata, ai sensi dell'art. 34, comma 5, cod. proc. amm., la cessazione della materia del contendere in relazione alla domanda di accesso agli atti: la ricorrente ha infatti dato atto di avere ricevuto dall'Amministrazione resistente tutti i documenti richiesti.

7. In relazione all'azione di annullamento, non possono invece essere condivise le censure proposte con il primo motivo di ricorso.

7.1. In base all'art. 77 del r.d. n. 827 del 1924, *“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”.

Trattasi di una disposizione *“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 vi sia un ex aequo del prezzo offerto, nelle gare al massimo ribasso”* (Cons. Stato, Sez. III, 30 dicembre 2020, n. 8537).

Il sub procedimento delineato dall'art. 77, che prevede lo svolgimento per le vie brevi – alla *“medesima adunanza”* qualora le parti siano presenti - di un ulteriore confronto competitivo tra i concorrenti *ex aequo*, e solo in caso di esito negativo di tale confronto, lo svolgimento del sorteggio, è chiaramente congegnato per le aste pubbliche da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso.

La diretta applicazione di tale sub procedimento presuppone che i concorrenti *ex aequo* abbiano presentato “*la stessa offerta*”, ossia un’offerta “*uguale*” con il medesimo ribasso – non offerte tecniche ed economiche diverse a cui la Commissione ha attribuito il medesimo punteggio complessivo – e che i successivi rilanci possano essere comparati in via immediata, partendo dalla medesima “*base d’asta*”.

Anche nel disegno del legislatore del 1924, l’art. 77 risultava applicabile esclusivamente in relazione a procedure da aggiudicarsi in base al criterio del massimo ribasso, con esclusione dell’appalto concorso.

In definitiva l’art. 77 non risulta direttamente riferito alle procedure da aggiudicarsi in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e non può pertanto sostituire in via automatica, in virtù del meccanismo di eterointegrazione di cui all’art. 1339 cod. civ., la prescrizione contenuta al punto 16.5. del disciplinare di gara secondo cui “*In caso di offerte uguali l’aggiudicatario è individuato con sorteggio*”.

D’altra parte “*la possibilità di etero-integrazione della lex specialis non può ritenersi illimitata, dovendo fare i conti, da un lato, con l’esigenza di tutela dell’affidamento dei concorrenti (i quali evidentemente contano sulla esaustività prescrittiva della lex specialis al fine di modulare i contenuti della propria offerta), dall’altro lato, con l’autonomia regolativa della stazione appaltante*” (Cons. Stato, sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7023).

Infatti, “*l’eterointegrazione della disciplina di gara è configurabile esclusivamente in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell’elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme, circostanza che non può rinvenirsi nel caso in cui siano i concorrenti a determinare il corrispettivo e i suoi elementi (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 18 ottobre 2013, n. 5069).*

Così, non v’è dubbio come al potere di eterointegrazione debba farsi ricorso in modo accorto, in adesione al consolidato orientamento giurisprudenziale per cui la legge di gara deve essere interpretata secondo le regole dettate dagli artt. 1362 e seguenti c.c., alla cui stregua si deve comunque attribuire valore preminente all’interpretazione letterale, in coerenza con i principi di chiarezza e trasparenza ex art. 1 della l. n. 241/1990, mentre devono essere

escluse interpretazioni integrative contrarie al canone della buona fede interpretativa di cui all'art. 1366 c.c. (C.d.S., Sez. III, 2 settembre 2013 n. 4364; Sez. V, 21 dicembre 2012, n. 6615 ; 5 settembre 2011, n. 4980)." (Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2015, n. 512).

In questo senso, non risulta manifestamente irragionevole e in contrasto con i principi cardine di concorrenza e di corretto uso delle risorse pubbliche, che in una procedura da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in cui il rilancio competitivo richiederebbe lo svolgimento di un'ulteriore fase di gara, la stazione appaltante stabilisca di procedere direttamente al sorteggio per l'eccezionale ipotesi di offerte *ex aequo*.

Ciò *a fortiori* allorché – come nella fattispecie in esame – le offerte dei concorrenti *ex aequo* avevano già ottenuto il massimo punteggio conseguibile e quindi potevano ritenersi già sostanzialmente raggiunti gli obiettivi della stazione appaltante di corretto utilizzo delle risorse pubbliche.

Come emerge anche dai più recenti interventi normativi in materia di appalti pubblici, i principi di concorrenza e di oculato utilizzo delle risorse pubbliche devono essere in ogni caso coniugati con le esigenze di semplificazione e di speditezza dell'azione amministrativa.

Peraltro, lo svolgimento del "rilancio" potrebbe richiedere anche una valutazione circa l'effettiva sostenibilità dell'offerta migliorativa.

7.2. Quanto appena rilevato non esclude, peraltro, che nell'ambito delle procedure da affidarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'Amministrazione non abbia la facoltà di disporre - in forza di una valutazione discrezionale (e non in virtù del meccanismo eterointegrativo di cui all'art. 1339 cod. civ.) - un ulteriore confronto competitivo tra i concorrenti *ex aequo*, prima di procedere al sorteggio, in analogia a quanto previsto dall'art. 77.

La giurisprudenza ha infatti rilevato come tale disposizione sia conforme ai principi costituzionali ed eurounitari di imparzialità, buon andamento e concorrenza (Cons. Stato, Sez. III, 30 dicembre 2020, n. 8537; TAR Emilia-

Romagna, Bologna, Sez. I, 15 marzo 2021, n. 255). Ha osservato altresì come in tali ipotesi la stazione appaltante dovrà definire, in sede di *lex specialis* o attraverso la pubblicazione di un successivo avviso-lettera di invito, le modalità di svolgimento dell'ulteriore confronto competitivo, invitando gli operatori economici a rilanciare la propria offerta nel limite dell'anomalia, con riserva di effettuare il sorteggio ove permanga l'*ex aequo*.

7.3. In definitiva in caso di *ex aequo* l'applicazione dell'art. 77 deve ritenersi necessaria, ai sensi dell'art. 1339 cod. civ., per le procedure da aggiudicarsi in base al criterio del prezzo più basso, e invece oggetto di una scelta discrezionale, per le procedure da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, potendo in quest'ultimo caso le stazioni appaltanti decidere di procedere direttamente al sorteggio, in ragione della opportunità di valorizzare maggiormente le esigenze di semplificazione e di speditezza dell'azione amministrativa.

Nel caso di specie non può quindi ritenersi che la decisione della stazione appaltante di procedere direttamente al sorteggio, anziché disporre un ulteriore confronto competitivo tra i concorrenti *ex aequo*, integri una violazione dell'art. 77 del r.d. n. 827 del 1924.

7.4. Alla luce di quanto sopra esposto la domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati deve essere respinta.

8. In ragione della novità delle questioni trattate sussistono i presupposti per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Nicola Bardino, Referendario

Filippo Dallari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Filippo Dallari

IL PRESIDENTE

Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO