

Pubblicato il 24/07/2020

N. 00973/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00351/2020 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 la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 351 del 2020, proposto da Aircom s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Usl Toscana Nord Ovest, rappresentata e difesa dagli avvocati Serena Spizzamiglio, Matteo Orlandini, Luca Cei e Silvia Carli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Regione Toscana, non costituita in giudizio;

nei confronti

Consorzio Artigiani Romagnolo - C.A.R. - Soc. Coop., rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Bruto Gaggioli Santini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- 1) del decreto n. 1174 del 2.4.2020, recante l'aggiudicazione definitiva, in favore del Consorzio Artigiani Romagnolo - C.A.R. soc. coop., dei "lavori di efficientamento, ristrutturazione e camminamento P.O. di Livorno CIG 8053805223 CUP J46G18000220002";
- 2) della nota della Azienda USL Toscana Nord Ovest 16.03.2020 prot. 2020/0085045/GEN, a firma del RUP, con cui si è dato diniego alla richiesta di intervento in autotutela inoltrata con nota trasmessa via pec dall'odierna ricorrente in data 3.3.2020;
- 3) di tutti i verbali della gara di cui sub 1), nessuno escluso, ivi compresi:
 - il verbale di gara n.16 del 12.2.2020, recante la proposta di aggiudicazione dell'appalto di cui sub 1), in favore del Consorzio Artigiani Romagnolo - C.A.R., soc. coop.; il verbale n.15 del 5.2.2020, laddove non si è proceduto al sorteggio;
 - tutti gli atti, provvedimenti, report, avvisi ed esiti di gara pubblicati sulla piattaforma di gara START e successivi al verbale n.15 del 5.2.2020;
- 4) per quanto di ragione, della comunicazione, pervenuta il 13.2.2020, che il primo in graduatoria risultava essere il Consorzio Artigiani Romagnolo - C.A.R., soc. coop, a seguito dell'esperimento dell'offerta migliorativa di cui alla seduta del 12.2.2020; nonché dell'avviso avente ad oggetto "Sorteggio" datato 10.2.2020, mai comunicato, nonché inserito nella sezione "chiarimenti" della procedura di cui sub 1);
- 5) per quanto di ragione, del bando e del disciplinare di gara, ove applicati e/o interpretati nel senso di consentire l'esperimento della miglioria dell'offerta ex art. 77 R.D. n.827/1924, nonché nella parte

(art. 4 del disciplinare) in cui non si prevede la comunicazione/convocazione delle sedute pubbliche di gara mediante posta elettronica certificata ovvero mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento;

6) di ogni altro atto anteriore, preordinato, connesso e consequenziale che, comunque, possa ledere gli interessi della ricorrente, ivi compresi la declaratoria di aggiudicazione efficace frattanto intervenuta ed il contratto d'appalto frattanto intervenuto tra l'Ente appaltante ed il Consorzio aggiudicatario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Usl Toscana Nord Ovest e del Consorzio Artigiani Romagnolo - C.A.R. - Soc. Coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2020 il dott. Gianluca Bellucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'USL Toscana Nord Ovest, con bando pubblicato il 6.11.2019, ha indetto una procedura aperta per lavori di efficientamento, ristrutturazione e camminamento del presidio ospedaliero di Livorno, secondo il criterio del massimo ribasso. L'art. 9 e l'art. 12 del disciplinare di gara stabilivano rispettivamente che "in presenza di offerte uguali, si procederà a sorteggio" e "non è possibile presentare offerte modificative o integrative di offerta già presentata"; l'art. 3.1 statuiva invece che "l'amministrazione provvederà a convocare la prima seduta pubblica, dopo il termine di

presentazione delle offerte, mediante comunicazione sul sistema Start...”, mentre l’art. 4 stabiliva che “tutte le comunicazioni nell’ambito della procedura di gara, ad eccezione di quelle previste al successivo punto 15,...avvengono mediante spedizione di messaggi di posta elettronica alla casella di posta elettronica indicata dal concorrente...” (il punto 15 riguardava le comunicazioni ex art. 76 del d.lgs. n. 50/2016).

Ad esito della gara, Aircom s.r.l. e il Consorzio Artigiani Romagnolo si sono classificati primi a pari merito, avendo offerto l’identico ribasso del 27,37%, come risulta dal verbale della seduta pubblica del 5.2.2020, nella quale nessuno dei 2 contendenti era presente.

In data 10.2.2020 l’amministrazione ha pubblicato sul sistema Start un avviso, preannunciante il sorteggio previsto per il giorno 12.2.2020 alle ore 11, ai sensi dell’art. 9 del disciplinare di gara, tra le due offerte uguali.

Alla seduta del 12.2.2020 si è presentato il solo rappresentante del Consorzio Artigiani Romagnolo, il quale ha in quella sede manifestato la volontà di proporre offerta migliorativa ai sensi dell’art. 77 del R.D. n. 827/1924. Il seggio di gara, letta l’offerta migliorativa, ha quindi proceduto ad aggiudicare la gara a detto Consorzio.

La mattina successiva la ricorrente ha chiesto di conoscere il risultato del sorteggio e, avuto poi accesso al verbale del 12.2.2020, è insorta avverso il decreto datato 2.4.2020, 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 migliorativa dell’offerta ex art. 77 del R.D. n. 827/1924 e nella parte in cui non prevedono la convocazione delle

sedute di gara mediante posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

Il ricorso si incentra sulle seguenti censure:

1) Violazione degli artt. 4, 9 e 12 del disciplinare di gara, dell'art. 77 del R.D. n. 827/1924, dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 1 della legge n. 241/1990, dell'art. 97 della Costituzione, dei principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità, par condicio, favor participationis, lealtà, mutua collaborazione e correttezza in materia di pubbliche gare; difetto di istruttoria; eccesso di potere per presupposto erroneo, travisamento, sviamento.

L'art. 9 del disciplinare consente, in caso di offerte uguali, il solo sorteggio, mentre l'art. 12 vieta le modifiche o le integrazioni dell'offerta già presentata. Anche ammettendo l'applicazione dell'art. 77 del R.D. n. 827/1924, la stazione appaltante comunque doveva procedere con il sorteggio, in quanto la norma prevede il sorteggio in caso di assenza, nella seduta di gara (costituita nel caso in esame da quella del giorno 5.2.2020), dei due concorrenti che fecero offerte uguali. Nell'ipotesi in cui si reputi possibile fissare una successiva seduta di gara, la violazione persisterebbe, giacché la ricorrente non ha avuto previa comunicazione della seduta del 12.2.2020, a fronte dell'art. 4 del disciplinare statuente la necessità che le comunicazioni avvengano tramite posta elettronica (norma comunque illegittima in quanto non prevede l'invio dell'avviso con posta elettronica certificata o con posta raccomandata), talché è inidonea una comunicazione la cui pubblicazione è circoscritta alla piattaforma online. E' rilevante il fatto che la comunicazione invocata dall'Ente preannunciava solo il sorteggio.

2) Illegittimità derivata.

Si sono costituite in giudizio l'azienda USL Toscana Nord Ovest e la società cooperativa Consorzio Artigiani Romagnolo.

Con ordinanza n. 309 del 7.5.2020 (riformata dal Consiglio di Stato con pronuncia n. 3496/2020) questo TAR ha accolto l'istanza cautelare.

All'udienza del 9 luglio 2020 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Con la prima censura la ricorrente, premesso che l'art. 9 del disciplinare prevede solo il sorteggio in caso di offerte uguali e il successivo art. 12 vieta offerte modificative o integrative dell'offerta già presentata, deduce la violazione dell'art. 77 del R.D. n. 827/1924 e di principi generali che presiedono al corretto svolgimento delle gare pubbliche.

La doglianza è fondata.

L'art. 77, comma 2, del R.D. n. 827/1924 stabilisce che, ove nessuno di coloro che fecero offerte uguali sia presente, l'aggiudicatario viene individuato mediante sorteggio; la norma esclude in tal modo la possibilità di presentare un'offerta migliorativa.

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 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 impreveduta e imprevedibile (in contrasto coi principi di trasparenza e *par condicio*), oltre che ingiustificata ai sensi della normativa di riferimento.

Inoltre, stante il contrasto della contestata aggiudicazione con l'art. 77 del R.D. n. 827/1924 e con i principi di trasparenza e *par condicio*, non era in essi ravvisabile alcuna eterointegrazione del bando e del disciplinare di gara nel senso auspicato dalla difesa della controinteressata.

La disposta aggiudicazione è quindi illegittima per violazione dell'art. 77 del R.D. n. 827/1924, oltre che degli artt. 9 e 12 del disciplinare di gara.

In conclusione, il ricorso deve essere accolto, restando assorbite le censure non esaminate.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono determinate come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento di aggiudicazione.

Condanna l'USL Toscana Nord Ovest e la controinteressata a corrispondere per ciascuna alla ricorrente l'importo di euro 3.000 (tremila) oltre accessori di legge, a titolo di spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in video conferenza secondo quanto disposto dall'articolo 84, comma 6, del decreto legge 17 marzo 2020 n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Bellucci

IL PRESIDENTE
Saverio Romano

IL SEGRETARIO