

Parere n.102 del 27/06/2012

PREC 61/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Consorzio Parco Naturale Regionale Molentargius Saline - "Conclusione di un Accordo Quadro, con un unico operatore economico, per l'affidamento del servizio di somministrazione lavoro temporaneo, nel cui ambito affidare successivamente contratti specifici di somministrazione lavoro temporaneo per le figure professionali di cui al vigente C.C.N.L. - Comparto Regioni ed Autonomie Locali da impiegare per le necessità di carattere temporaneo dell'Ente " - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 80.000,00 - S.A.: Consorzio Parco Naturale Regionale Molentargius Saline (CA).

Offerte uguali - Esperimento migliorativo - Sorteggio

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9 febbraio 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale il Consorzio Parco Naturale Regionale Molentargius Saline, in qualità di S.A. per l'affidamento dell'Accordo Quadro in oggetto, ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito a quanto segue.

Entrambe le ditte partecipanti alla procedura in esame hanno offerto il medesimo miglior ribasso e pertanto il Presidente di gara, preso atto che il disciplinare nulla prevedeva in caso di *ex aequo*, ha proceduto alla lettura dell'art. 77 del R.D. n. 827/1924 e alla lettura della sentenza n. 733 del 9.5.2005 del TAR Sicilia, la quale dispone che, in caso di offerte uguali, il sorteggio è un metodo di aggiudicazione meramente residuale, sicché non è necessaria la presenza di tutti i concorrenti classificatisi in parità per procedere all'esperimento migliorativo. Il Presidente della commissione quindi ha proceduto alla richiesta di una offerta migliorativa al solo rappresentante della ditta presente, il quale ha dichiarato di offrire un ribasso. L'altra ditta, non presente alla seduta, sostiene viceversa che l'esperimento previsto dall'art. 77 del R.D. n. 827/1924 sarebbe dovuto avvenire in presenza di entrambe i concorrenti classificatisi *ex aequo*.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la correttezza dell'operato della stazione appaltante, che, a fronte dei medesimi ribassi offerti da due delle ditte concorrenti alla procedura in esame, ha proceduto alla richiesta di una offerta migliorativa al solo rappresentante della ditta presente alle operazioni di gara.

Ai sensi dell'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.

Pertanto, la norma prevede che si proceda all'esperimento immediato della migliororia e ciò avviene o in presenza di tutte le ditte offerenti o in presenza anche di una sola tra esse, trattandosi in entrambe le fattispecie di ipotesi nelle quali non ha ragione d'essere negata la possibilità del miglioramento.

Di fronte a tale previsione normativa, la scelta di una delle concorrenti di non presenziare alla seduta di gara con un proprio rappresentante abilitato a procedere all'offerta suppletiva non può andare a detrimento della posizione dell'altra concorrente che si è predisposta ad offrire, *ad nutum*, un ulteriore ribasso, ancorché nel silenzio della *lex specialis* di gara sul punto.

Ad avviso di questa Autorità, pertanto, priva di pregio è la doglianza della ditta controinteressata, non presente alla seduta di gara, in conformità all'orientamento giurisprudenziale consolidato in materia, di cui sono autorevole espressione, fra le tante: C.G.A., 28 luglio 2006 n. 456; 15 febbraio 2005, n. 61; 8 maggio 2006, n. 182; 22 giugno 2006, n. 309; 19 marzo 2002, n. 144.

Alla stregua del suddetto orientamento, infatti, l'esperimento del tentativo di migliororia 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.

Infatti, un'effettiva e definitiva parità tra le offerte - che è l'unica condizione che normativamente

legittima l'affidamento alla sorte della scelta dell'aggiudicatario - deve ritenersi realizzata solo ove non si siano avute, per qualsiasi causa, offerte migliorative, ovvero che queste ultime siano risultate di pari importo tra loro.

Solo in difetto di offerte migliorative e, se anomale, in difetto di valida giustificazione, potrà quindi procedersi al sorteggio.

La disposizione in parola, che è contenuta nel regolamento di contabilità generale dello Stato - che trova applicazione indipendentemente dal suo richiamo nei bandi di gara - non è stata peraltro abrogata né implicitamente né esplicitamente dalla successiva normativa in materia di appalti, con la conseguenza che deve trovare applicazione in tutte le procedure di gara.

Ne consegue che, in caso di offerte uguali, il sorteggio è un metodo di aggiudicazione meramente residuale, esperibile solo qualora non sia possibile l'esperimento migliorativo, il quale deve ritenersi rispondente ad un principio generale, in quanto consente all'Amministrazione, nel rispetto anche della libera concorrenza, di ottenere la prestazione oggetto dell'appalto alle migliori condizioni di mercato.

In virtù di tale principio, non è necessaria la presenza di tutti i concorrenti classificatisi in parità per procedere all'esperimento migliorativo, stante che il su richiamato art. 77 inibisce tale procedura solo " *ove nessuno di coloro che fecero offerte uguali sia presente, o i presenti non vogliono migliorare l'offerta* ".

Applicando tali principi di diritto, espressi dal T.A.R. di Palermo-2^a Sezione, con sentenza 9 maggio 2005, n. 733 cit., alla quale espressamente rinvia, l'operato della S.A. va condiviso. In questo senso è anche il parere di questa Autorità 19/11/2009 n. 133.

In base a quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della S.A. sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito