

Sezione di Salerno del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sentenza n.2414 del 2/11/2015; Sezione I del Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto, sentenza n.327 del 13/3/2014; VIII Sezione del Tribunale Amministrativo della Campania, ordinanza n.1680 del 2015; III Sezione del Consiglio di Stato, ordinanza n.5113 del 2015: L'art.77 del R.D. 23.5.1924 n.827. Il suo secondo comma. I più recenti orientamenti giurisprudenziali

Michele Morone*

È notorio come l'art.77 del R.D. n.827/24 - norma tuttora in vigore e pienamente applicabile perché mai abrogata dal codice degli appalti - si occupi delle ipotesi in cui in una procedura di pubblico incanto due o più concorrenti proponano la medesima offerta; disponendo al suo primo comma che in tal caso si procede ad indire una nuova gara; ed aggiungendo, al secondo comma, che solo nella ipotesi in cui nessuno di coloro che abbiano presentato offerte uguali sia presente o, se presente, non intenda migliorare l'offerta medesima si fa luogo ad estrazione a sorte.

La disposizione parrebbe, *prima facie*, di facile interpretazione e quindi di univoca applicazione: epperò, l'aver essa previsto al primo comma che la nuova licitazione (tra coloro i quali hanno presentato offerte identiche) debba avvenire nella medesima adunanza, ha indotto parte della giurisprudenza (T.A.R. Salerno, sent. n. 2414/15) a ritenere che alla licitazione medesima sia possibile ricorrere soltanto allorché le offerte medesime debbano essere valutate esclusivamente sotto il profilo del prezzo, in base cioè a criteri automatici; mentre l'esperimento di una nuova gara andrebbe obbligatoriamente evitato laddove fosse stato prescelto nel bando il metodo della offerta economicamente più vantaggiosa, che presupponendo la valutazione sia dell'elemento economico che di quello tecnico mancherebbe radicalmente del summenzionato carattere di automaticità. Il dovere infatti migliorare e perfezionare non solo la offerta economica ma anche le sue componenti tecniche renderebbe difficoltoso quando non addirittura impossibile effettuare da parte della stazione appaltante una scelta immediata. Con la conseguenza che in siffatte ipotesi la amministrazione medesima sarebbe legittimata a dare corso onde individuare la ditta aggiudicataria, al sorteggio mancando i presupposti per esperire preventivamente una nuova gara.

Detto indirizzo è stato lungo un considerevole lasso di tempo pressoché unanime (nel senso che fatto proprio dai T.A.R. ha successivamente trovato conferma pure in appello).

Epperò esso più di recente ha subito delle incrinature a seguito di pronunce le quali hanno ritenuto (sez.II T.A.R.Veneto, sent.n.327/14) che pur in presenza di bandi i quali prevedano l'affidamento secondo il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa vada sempre svolto l'esperimento migliorativo; legittimo essendo il ricorso al sorteggio solo quale *extrema ratio* solo cioè allorquando nessuno di coloro che hanno fatto offerte uguali sia presente o, se presente, non voglia migliorare l'offerta stessa.

Nella sentenza,i cui argomenti sono stati di recente ripresi da due ordinanze cautelari (sez. VIII T.A.R. Napoli, ordin. n.1680/15; sez.II, C.d.S., ordin. n.5113/15) le quali hanno ribadito che a parità di punteggio pur se il bando indichi che il vincitore vada prescelto con il metodo della offerta economicamente più vantaggiosa non può essere adottata quale prima soluzione quella del sorteggio;essendo legittimo esperire quest'ultimo solo ove risulti del tutto impraticabile la possibilità di indizione di una nuova gara) sono chiaramente esplicitate le motivazioni di tale scelta ed orientamento. Che paiono per giunta assolutamente condivisibili dal momento che esse poggiano oltre che sulla necessità di attenersi alla norma (che per la sua chiarezza non si presta a dubbi interpretativi: a mente infatti del secondo comma dell'art.77 la scelta a sorte è solo l'ultima opzione a disposizione della P.A.) anche sulla considerazione che l'esperimento migliorativo, da un lato, risponde meglio al principio generale della libera concorrenza e, dall'altro, consente in ogni caso alla amministrazione di ottenere la prestazione oggetto dell'appalto alle migliori condizioni di mercato.

*Avvocato, Giudice Ausiliario presso la Corte di Appello di Roma