

In materia di gare pubbliche come ci si comporta in presenza di 2 offerte uguali ed entrambe aggiudicatarie?

Si deve specificare nel bando che si applica il regio decreto 827/1924 secondo i commi 1-2 dell'art. 77?

L'ipotesi della presentazione di due offerte uguali nel corso di aste pubbliche è disciplinata dall'art. 77 del R.D. maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*.

Tale disposizione prevede:

R.D. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*

Art. 77

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.

Nel caso di presentazione di due offerte risultate uguali la norma in oggetto prevede due distinte fasi:

a) GARA AGGIUNTIVA: si procede ad una «licitazione» limitata ai concorrenti che hanno presentato le suddette offerte ed ai quali è consentito di presentare offerte migliorative (in questo caso risulterebbe aggiudicatario chi effettua la proposta migliore).

b) SORTEGGIO: qualora 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, si procede all'aggiudicazione della gara mediante sorteggio.

Le disposizioni richiamate dall'art. 77 del R.D. n. 827 del 1924, cit., prevedono:

R.D. 23 maggio 1924, n. 827, Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato

Art. 75

Quando l'asta si tiene col metodo delle offerte segrete di cui all'art. 73, lettera b), il limite massimo o minimo che deve essere almeno raggiunto per potersi procedere all'aggiudicazione, viene stabilito preventivamente dal ministro o dall'ufficiale da lui delegato, e indicato in una scheda segreta, chiusa con sigillo speciale.

In tale scheda l'amministrazione può anche prefissare il limite di aumento o di ribasso che le offerte non devono oltrepassare.

Art. 76

Quando l'asta si tiene col metodo di cui alla lettera c) dell'art. 73, si osservano, quanto al metodo di invio o di presentazione delle offerte, le disposizioni del precedente articolo.

L'autorità che presiede l'asta, aperti i pieghi ricevuti e presentati e lette le offerte, aggiudica il contratto a colui che ha presentato l'offerta più vantaggiosa e il cui prezzo sia migliore o almeno pari a quello fissato nell'avviso d'asta.

Se non sono state presentate offerte, l'asta è dichiarata deserta.

L'amministrazione può, anche in questa forma di incanto, prefissare il limite di aumento o di ribasso che le offerte non devono oltrepassare. In tal caso il limite suddetto sarà indicato in una scheda segreta sigillata da deporsi ed aprirsi con le modalità di cui al precedente articolo, e dopo l'apertura saranno eliminate dalla gara le offerte che abbiano oltrepassato il limite segnato nella scheda.

Art. 73

L'asta, secondo che le circostanze, l'importanza o la qualità del contratto lo facciano reputare più vantaggioso per l'amministrazione, e sia stato disposto dal ministro competente o dall'ufficiale delegato, si tiene in uno dei seguenti modi:

- a) col metodo di estinzione di candela vergine;*
- b) per mezzo di offerte segrete da confrontarsi poi col prezzo massimo o minimo prestabilito e indicato in una scheda segreta dell'amministrazione;*
- c) per mezzo di offerte segrete da confrontarsi poi col prezzo base indicato nell'avviso d'asta;*
- d) col mezzo di pubblico banditore, quando trattasi di alienare beni mobili fuori d'uso o derrate, cavalli di rimonta, residui di fabbricazioni o di costruzioni o di manufatti negli opifici dello Stato.*

Inoltre, si rilevi che l'art. 89 del R.D. n. 827 del 1924, cit., estende l'applicazione della norma in questione anche alle licitazioni private («l'art. 77 del regolamento sulla contabilità di Stato approvato con R.D. 23 maggio 1924 n. 827 [...] si applica solo alle aste, e non anche alle trattative private»: Tar Trentino Alto Adige, Trento, 8 settembre 1999 n. 314).

R.D. 23 maggio 1924, n. 827, Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato

Art. 89, co. 6

“Sono applicabili alle licitazioni private le norme sancite dagli artt. 67, 68, 69, 72, 75, 76, 77 e 83”

Visto il procedimento previsto dalle disposizioni riportate appare «indubbio che il legislatore abbia voluto privilegiare il metodo della gara anzichè quello del sorteggio, dimodochè appare corretto individuare nell'assenza della possibilità di un immediato miglioramento dell'offerta l'elemento atto a determinare il ricorso alla sorte, ricorso che, pertanto, viene ad assumere carattere meramente residuale restando esso limitato ai soli casi in cui nessuno dei concorrenti pariofferenti sia presente ovvero nessuno di quelli presenti intenda migliorare l'offerta» (Tar Sicilia, Catania, 7 novembre 2002 n. 1892 che richiama Tar Lombardia, Brescia, 4 maggio 1979 n. 187; «la regola fissata dagli artt. 76 e 77 R.D. 23 maggio 1924 n. 827, secondo la quale nei pubblici incanti l'aggiudicazione deve essere effettuata nella stessa seduta in cui si svolge la gara, non ha carattere inderogabile; pertanto, è legittimo il rinvio della seduta di gara nel caso in cui concorrano gravi e imprevedibili ragioni»: Tar Trentino Alto-Adige 25 novembre 1996 n. 347).

La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto l'art. 77 del r.d. n. 827 del 1924, cit., «regola di carattere generale» che trova applicazione qualora nell'ambito di una gara pubblica si verificano le condizioni espressamente indicate nella disposizione medesima, dal momento che la norma in oggetto «fa parte di un corpo normativo (il «regolamento per l'Amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato») suscettibile di applicazione ad ogni tipologia di contratto pubblico» (Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 19 marzo 2002 n. 144). Nel caso di specie si è ritenuta irrilevante «la circostanza che il bando di gara non contenga alcun richiamo alla norma» in oggetto, poiché, «una volta assodato che quest'ultima rappresenta l'unica fonte legislativa disciplinante la concreta fattispecie all'esame», la necessità di eterointegrazione, discendente quindi dall'esistenza di una lacuna nell'ordinamento di settore, impone «il ricorso in via suppletiva alla disciplina di carattere generale regolante l'intera materia contrattuale», vista, inoltre, l'assenza di contraria prescrizione da parte della *lex specialis* (Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., n. 144 del 2002, cit.).

A sostegno della suddetta tesi si è ritenuto che l'art. 77 del R.D. n. 827 del 1924, cit., «trova applicazione generalizzata indipendentemente dal suo richiamo negli atti (compresi i bandi di gara) della pubblica Amministrazione» non essendo stato «nè implicitamente nè esplicitamente abrogato dalla legge Merloni in atto vigente» (Tar Sicilia, Catania, sez. I, 11 gennaio 2005 n. 19 la quale richiama Tar Sicilia 5 agosto 2004 n. 2055; nello stesso senso Tar Sicilia, sez. II, 17 maggio 2001, n. 739; cfr. Tar Sicilia, Catania, 18 febbraio 1997 n. 236). Su tale presupposto si è considerata illegittima la clausola della disciplina di gara «la quale disponga che in caso di offerte uguali si procede al sorteggio e non alla procedura di presentazione di offerte migliorative» (Tar Sicilia, Catania, n. 19 del 2005, cit.), poiché in tal caso l'amministrazione aggiudicatrice è vincolata al rispetto della procedura espressamente indicata dal regolamento richiamato.

In merito all'interpretazione della norma in esame è dato rilevare un recente intervento del Consiglio di Stato secondo il quale l'offerta migliorativa deve essere richiesta anche ove sia presente il rappresentante di una sola impresa, potendo l'amministrazione procedere al sorteggio solo ove nessuno tra i presenti sia disponibile a migliorare l'offerta (Cons. St., sez. V, 22 giugno 2004 n. 4362

che conferma Tar Veneto, sez. I, 15 marzo 2003 n. 1847; cfr. Tar Piemonte 19 dicembre 1997 n. 591; Tar Sicilia Catania, sez. I, 6 febbraio 1992, n. 55; l'art. 77 consente ai presentatori di offerte uguali di effettuare una offerta migliorativa e non una nuova: Cons. St., sez. V, 7 settembre 2004 n. 5856; per ulteriori richiami giurisprudenziali A.CIANFLONE-G.GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 559, nota 20), poichè «l'assenza di un concorrente dalle operazioni di gara non può non avvenire a suo "rischio e pericolo", in relazione appunto al verificarsi di offerte identiche» (Tar Sicilia, Catania, n. 1892 del 2002, cit.). Precedentemente lo stesso giudice si era pronunciato in senso contrario ritenendo che «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» (Cons. St., sez. IV, 12 settembre 2000 n. 4822).

A supporto del più recente orientamento del Consiglio di Stato si è evidenziato che «nel sistema dell'art. 77 il sorteggio assume un carattere meramente residuale, trovando applicazione solo nel caso in cui nessuno dei presentatori di offerte eguali sia presente ovvero, se i presenti non vogliono migliorare la propria proposta negoziale» (Cons. St., sez. V, n. 4362 del 2004, cit.) ed il ricorso ad esso «si pone come *estrema ratio* per la P.A. aggiudicatrice» nei casi espressamente indicati dalla norma (Tar Piemonte 20 maggio 1999 n. 320; il metodo del sorteggio, previsto dall'art. 77 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827, viene legittimamente utilizzato dal seggio di gara nel caso in cui due o più ditte partecipanti abbiano presentato la medesima offerta insuscettibile di miglioramenti (nella specie, tre ditte avevano offerto di svolgere il servizio a costo zero): Tar Sicilia, Catania, sez. II, 14 marzo 1996 n. 367; nel caso in cui il bando di gara preveda il ricorso al sorteggio a norma dell'art. 77, co. 2, del R.D. n. 827 del 1924, in caso di presentazione di due offerte uguali e il seggio di gara dirami apposito invito a presentare entro dieci giorni offerte migliorative, con espressa avvertenza che solo in caso di adesione all'invito da parte di entrambi i concorrenti non si sarebbe proceduto a sorteggio, si è ritenuto che, avendo i concorrenti accettato «la deroga» alla disciplina ordinaria, come disposta dalla Commissione di gara, «non è ammissibile che quello che è un esito scontato alla stregua di tale "deroga", cioè l'effettuazione del sorteggio in caso di mancata adesione di ambedue i concorrenti alle offerte migliorative, possa essere a posteriori contestato, assumendo l'illegittimità di una procedura, di cui hanno goduto entrambi i concorrenti, e nei cui confronti non è stata mai avanzata alcuna riserva»: Cons. St., sez. VI, 17 giugno 1998 n. 985).

Una siffatta soluzione non contrasterebbe con i principi che regolano le gare e, in particolare, con quello della *par condicio* dei concorrenti «perché, nei casi in cui trova applicazione l'art. 77 [...], i concorrenti sono consapevoli delle modalità di aggiudicazione previste da questa norma nell'eventualità, rara ma non impossibile, di parità di offerte e, pertanto, pur non essendo la loro presenza obbligatoria, è una loro libera scelta di partecipare o non partecipare alle operazioni di gara e, nel secondo caso, correre l'alea di non poter proporre una offerta migliorativa» (Cons. St., sez. V, n. 4362 del 2004, cit.; «l'amministrazione [...] e' tenuta ad invitare le imprese a presentare un'offerta

migliorativa e procedere all'aggiudicazione sulla base della stessa, anche se una delle imprese interessate si rifiuti di presentarla, ritenendo per essa economicamente più conveniente affidarsi all'alea del sorteggio, essendo tale modalità di aggiudicazione prevista dall'art. 77, comma 2, del r.d. n. 827/1924 solo se nessuno degli offerenti presenti una offerta migliorativa e non già uno di essi rifiuti di presentarla»: Tar Palermo 17 maggio 2001 n. 739; cfr. Tar Palermo 16 marzo 2000 n. 502; Tar Campania, 22 aprile 1997 n. 1052).

A ciò si aggiunga che la suddetta soluzione appare maggiormente rispettosa del pubblico interesse, «poiché consente all'Amministrazione di conseguire dalla gara un esito per essa più favorevole» dal momento che il sorteggio non comporterebbe alcun miglioramento (Tar Veneto, sez. I, 15 marzo 2003 n. 1847) e impedisce «al singolo concorrente di esercitare un potere unilaterale di veto», con la conseguenza del «ricorso alla formula del sorteggio, la quale potrebbe precludere all'Amministrazione la possibilità di ottenere la prestazione oggetto del contratto alle migliori condizioni rinvenibili sul mercato» (Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., n. 144 del 2002). Infatti, si è rilevato come «l'indisponibilità di uno dei concorrenti all'ulteriore competizione con i pari concorrenti, per assenza alla procedura aggiudicativa, ovvero per palese dissenso al miglioramento dell'offerta, non possa inibire [...] il raggiungimento dell'interesse pubblico al conseguimento delle migliori condizioni possibili» (Tar Piemonte n. 320 del 1999, cit.).

Da ultimo pare opportuno segnalare una pronuncia del Consiglio di Stato secondo la quale «la norma in esame, prevedendo che l'aggiudicazione debba necessariamente avvenire con immediatezza, in base a criteri automatici, si applica solo nelle ipotesi in cui la procedura di gara originaria rientri fra quelle, di carattere automatico, nelle quali il progetto esecutivo dell'opera è già predisposto e resta da valutare solo l'elemento prezzo» (Cons. St., sez. VI, 20 maggio 1997 n. 740). Ha ritenuto il giudice d'appello che «l'ambito di applicazione delle norme è, pertanto, ristretto ai sistemi di aggiudicazione per asta pubblica o licitazione privata disciplinate dalla normativa vigente alla data del regolamento di contabilità di Stato n. 824 del 1924 e a quelle gare, per asta pubblica e licitazione privata, i cui metodi di aggiudicazione, disciplinati dalla normativa successiva, presentino i medesimi caratteri di automaticità». Ciò sarebbe «confermato dall'art. 91 del R.D. n. 827 del 1924, il quale esclude espressamente che il procedimento necessario di aggiudicazione previsto dall'art. 77 si applichi all'appalto concorso, che rappresentava - all'epoca - l'unica ipotesi di gara pubblica con metodo di aggiudicazione non automatico, ma “negoziato”, dovendosi valutare il profilo tecnico al pari di quello economico dell'offerta». Secondo il principio enunciato dal giudice amministrativo, ne deriva che «il procedimento necessario di aggiudicazione prescritto dall'art. 77 del R.D. n. 824 del 1924 non si applichi nell'ipotesi della licitazione privata con il metodo di aggiudicazione della “offerta economicamente più vantaggiosa” disciplinata dall'art. 24 lett. b), della legge n. 584 del 1977 [...]. Infatti, tale metodo di aggiudicazione, prescrivendo che le offerte debbano essere valutate non solo sotto il profilo economico (prezzo), ma anche sotto quello tecnico, non presenta il carattere di automaticità proprio delle altre ipotesi di gara a licitazione privata, essendo - sotto tale profilo -

assimilabile all'appalto concorso» (Cons. St., sez. VI, n. 740 del 1997, cit. il quale ha ritenuto, altresì, che, nel caso in esame, «la stazione appaltante non era tenuta ad effettuare una nuova gara pubblica a licitazione privata per procedere all'aggiudicazione definitiva dell'appalto, ben potendo [...] procedere alla stipulazione del contratto previa trattativa privata con le sole imprese risultate migliori offerenti *ex aequo* al termine del primo esperimento di gara»; cfr. Tar Sicilia Catania 14 febbraio 2003 n. 225; Tar Calabria, Catanzaro, 4 aprile 2003 n. 1015; Tar Puglia Lecce sez. II, 1 marzo 1999 n. 160; Tar Calabria, Reggio Calabria, 8 luglio 1998 n. 753; si è ritenuto che «l'affidamento di un appalto pubblico, a mezzo di sorteggio, abbia carattere eccezionale e possa ammettersi solo quando la scelta del privato contraente avvenga mediante l'applicazione di criteri automatici, in presenza di una pluralità di offerte equivalenti [...]. Tale principio [...] vale in particolare per la trattativa privata, che, anche quando è preceduta da gara ufficiosa (nella specie sulla base di progetti migliorativi e al di fuori di rigidi automatismi), per sua natura implica sempre una contrattazione diretta con il soggetto o i soggetti che hanno presentato l'offerta migliore [...] e risulta quindi tendenzialmente estranea a sistemi di individuazione demandati alla sorte»: Cons. giust. ammin., sez. giurisdiz., 31 maggio 2002 n. 287).

In conclusione, ferma restando la possibilità per il bando di gara di fare espresso riferimento all'art. 77 del R.D. n. 827 del 1924, cit., pare che in caso di asta pubblica o di licitazione privata le disposizioni in esso contenute trovino applicazione quando vengano presentate due offerte uguali, indipendentemente dal richiamo che ad esse faccia la *lex specialis* di gara. Inoltre, parrebbe potersi escludere l'applicabilità della norma in esame quando si proceda alla scelta del contraente con i sistemi della trattativa privata, dell'appalto-concorso e, più in generale, quando si proceda all'aggiudicazione dell'appalto con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.