

La violazione da parte dei concorrenti delle tariffe prefettizie (c.d. tariffe di legalità) può costituire ex se motivo di invalidità della relativa offerta e di esclusione dalla gara, ciò non essendo espressamente previsto dalla ricordata *lex specialis*?

In alcun modo la asserita violazione della tariffa di legalità può comportare l'invalidità dell'offerta dell'aggiudicatario e della controinteressata e tanto meno l'automatica esclusione dalla gara in quanto nell'ordinamento giuridico italiano non si rinviene alcuna specifica disposizione normativa, primaria o secondaria, che autorizzi i Prefetti a fissare, in via preventiva e con caratteri di generalità, tariffe minime ed inderogabili per i servizi di vigilanza, non essendo tali le disposizioni contenute negli articoli 9 e 134 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, e 257 del R.D. 6 maggio 1940, n. 635, tanto più che le (più recenti) circolari del Ministero dell'Interno (che hanno introdotto e configurato il nuovo sistema delle tariffe di legalità) si sono preoccupate di chiarire che l'atto di approvazione delle tariffe, mentre impedisce agli istituti di vigilanza di praticare prezzi più alto di quelli ivi stabiliti, non osta a richiedere prezzi inferiori a quelli minimi; pertanto deve escludersi qualsiasi valenza autorizzativa – prescrittiva dell'atto di approvazione delle tariffe di legalità, con la conseguenza, per un verso, che la violazione di queste ultime non comporta alcun effetto automatico di decadenza dal titolo e non spiega nemmeno effetti sulla valida prestazione dei relativi servizi e, per altro verso, che le predette tariffe costituiscono esclusivamente canoni di congruità dei prezzi praticati dagli istituti, ai diversi fini del controllo sulla serietà e affidabilità dell'impresa.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 4647 del 5 settembre 2007 ci ricorda che:

<in sede di aggiudicazione dei contratti con la pubblica amministrazione la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella *lex specialis* in ordine ai requisiti di partecipazione ovvero alle cause di esclusione, atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, con la conseguenza che se solo in presenza di un'equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara può ammettersi un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti (C.d.S., sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349), d'altra parte la pubblica amministrazione non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'articolo 97 della Costituzione.>

inoltre in tema di verifica delle offerte anomale, è bene sapere che:

<Infatti, secondo le disposizioni della *lex specialis* della gara (riportate nel richiamato paragrafo 5 del foglio illustrativo e che devono essere puntualmente osservate anche dalla stazione appaltante, trattandosi, come si è avuto modo di accennare, di disposizioni poste a presidio dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché di garanzia della par condicio dei concorrenti), ai fini della individuazione dell'offerta manifestamente e anormalmente bassa doveva farsi riferimento all'articolo 25, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, a norma del quale sono sottoposte alla procedura di verifica le offerte che presentano una percentuale di ribasso che superi di un quinto la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, calcolata senza tener conto delle offerte in aumento.

Orbene, in punto di fatto è pacifico tra le parti che l'offerta presentata dalla società aggiudicatario e quella della controinteressata (non raggiungevano la soglia di anomalia, secondo la previsione del ricordato articolo 25 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, così che non sussisteva alcun obbligo per l'amministrazione appaltante di avviare la procedura di verifica di anomalia delle offerte.

Diversamente opinando, del resto, il concetto di offerta anormalmente bassa sarebbe stato rimesso alla mera discrezionalità della stazione appaltante, violando così macroscopicamente i principi di trasparenza, buon andamento, affidamento e par condicio, a garanzia dei quali si pone, come pure rilevato, la lex specialis della gara, cui è vincolata – come sopra accennato - la stessa stazione appaltante, che non può essere disapplicarla.>

A cura di Sonia Lazzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello iscritto al NRG 816 dell'anno 2007 proposto dalla LOTTOMATICA S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Piero d'Amelio, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, via della Vite, n. 7;

C O N T R O

ALFA. S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Enzo Robaldo e Pierfrancesco Della Porta, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, via Lorenzo Valla, N. 2;

e nei confronti di

SOCIETA' BETA S.P.A., in persona del legale rappresentate in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo De Vincenti e Corrado Morrone, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, viale XXI Aprile, n. 11;

nonchè

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato ope legis in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

e

*****;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. II, n. 326 del 17 gennaio 2007;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli ALFA. S.p.A. e della società BETA S.p.A., che hanno spiegato anche appello incidentale, nonché del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 325 del 29 maggio 2007;

Relatore alla pubblica udienza del 29 maggio 2007 il consigliere Carlo Saltelli;

Uditi per le parti gli avvocati D'Amelio, Robaldo, Morrone e l'Avvocato dello Stato Urbani Neri;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con la sentenza n. 326 del 17 gennaio 2007, resa nell'udienza in camera di consiglio fissata per la decisione sulla istanza cautelare, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. II, ha accolto il ricorso proposto dalla società ALFA d'Italia – ALFA. S.p.A. (che aveva partecipato alla gara di appalto indetta dalla Lottomatica S.p.A., quale concessionaria del Ministero delle finanze per il servizio del gioco del lotto automatizzato, per l'affidamento del servizio – suddiviso in sette lotti - di vigilanza non armata, ponte radio e reception, giusta bando di gara spedito in data 30 giugno 2006 per la pubblicazione sulla G.U.C.E.) ed ha annullato, per quanto attiene al lotto 5, il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto alla società BETA & S.p.A. (e non Serenissima Vigilanza Privata Soc. Coop., come erroneamente indicato nella sentenza stessa), con salvezza degli atti ulteriori in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta della stessa aggiudicataria e della Centrapol S.r.l.(e non N.E.S. S.p.A., come pure erroneamente indicato in sentenza).

Secondo il tribunale, le offerte presentate rispettivamente dalla società aggiudicataria e dalla controinteressata era ingiustificatamente inferiori alle tariffe minime prefettizie in base alle quali avevano ottenuto la licenza, non risultando alcuna autorizzazione a praticare importi inferiori: sebbene ciò non rendesse di per sé invalide dette offerte, tuttavia, vertendosi in materia di pubblico incanto da aggiudicare al massimo ribasso senza limite predefinito, esse integravano gli estremi dell'offerta ictu oculi anomala, indipendentemente dai limiti indicato dall'articolo 25 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, con conseguente obbligo dell'amministrazione appaltante di avviare il procedimento di verifica della congruità delle offerte, ingiustificatamente ed inopinatamente omissso nel caso di specie, al fine di evitare che si potesse verificare un effetto di dumping vietato dall'ordinamento comunitario al pari delle restrizioni della concorrenza.

Con rituale e tempestivo atto di appello la Lottomatica S.p.A. ha chiesto la riforma di tale statuizione alla stregua di un unico articolato motivo di gravame, rubricato "Violazione, per errata applicazione, degli artt. 9 e 134 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773 e dell'art. 257 del r.d. 6 maggio 1940, n. 635 – violazione delle norme e dei principi in materia di anomalia delle offerte nelle gare pubbliche (art. 25, d. lgs. n. 157/1995, art. 37 direttiva 92/50/CE e art. 55, direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio) – Violazione dell'art. 97 Cost. – Violazione delle norme di gara, in particolare del punto 5 del Foglio illustrativo – Eccesso di potere per illogicità manifesta, errore sui presupposti di fatto, difetto di motivazione e di istruttoria".

Secondo l'appellante, essendo stata notoriamente abolita la previgente disciplina delle tariffe autoritativamente imposte, la violazione delle c.d. tariffe di legalità, indicate dall'autorità prefettizia, non solo non poteva comportare alcuna invalidità della relativa offerta economica (anche per la mancanza di un'espressa disposizione che ricollegasse alla predetta violazione l'esclusione dalla gara), per quanto essa, diversamente da quanto frettolosamente e superficialmente rilevato dai primi giudici, non integrava neppure gli estremi dell'anomalia della relativa offerta e non imponeva per l'amministrazione appaltante l'obbligo di avviare la procedura di verifica delle offerte anomale (obbligo che conseguiva solo al superamento della soglia di anomalia indicata nell'articolo 25 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, che nel caso di specie non era stata neppure raggiunta, atteso che le offerte presentate dalle imprese concorrenti erano del tutto simili tra di loro); diversamente opinando, seguendo cioè il

ragionamento dei primi giudici, si affermava la vigenza di una norma (implicita) che rendeva obbligatoria la verifica di tutte le offerte che superassero le tariffe di legalità, considerando quest'ultime alla stregua di veri e propri minimi tariffari, in insanabile contrasto con i principi comunitari e con le decisioni della Corte di Giustizia sull'argomento.

Si è costituita in giudizio la società ALFA d'Italia – ALFA. S.p.A. che, oltre a resistere all'appello principale, chiedendone il rigetto, ha anch'essa spiegato appello incidentale alla stregua di due mezzi di gravame, rubricati rispettivamente “Violazione di legge (articoli 9 e 134 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773 – T.U.L.P.S. e articolo 257 R.D. 6 maggio 1940, n. 635 – regolamento di esecuzione del T.U.L.P.S.) – violazione dei principi generali in tema di gare pubbliche – eccesso di potere per travisamento dei fatti e omessa istruttoria” e “Violazione della disciplina comunitaria in materia di offerte anomale (articoli 37 della Direttiva n. 92/50/CE e 55 della Direttiva n. 2004/18/CE) – erronea e falsa applicazione di legge (articolo 25 comma 3 del D.Lgs. n. 157/1995) – Violazione della lex specialis di gara – violazione del principio generale del buon andamento della pubblica amministrazione – eccesso di potere per illogicità e omessa istruttoria”: in sintesi, secondo detta società, l'aggiudicataria della gara (BETA S.p.A.) e la società GAMMA S.r.l. con le proprie offerte economiche avevano palesemente ed irrimediabilmente violato le tariffe di legalità approvate dal Prefetto (tariffe che la stessa stazione appaltante aveva espressamente affermato di porre a base delle proprie valutazioni) e ciò avrebbe dovuto comportare la loro esclusione dalla gara, indipendentemente dall'esistenza di una apposita clausola del bando, non potendosi condividere una interpretazione del bando di gara che avesse ritenuto ammissibile le offerte così presentate; in via subordinata, la società ALFA. S.p.A. ha sottolineato la correttezza della decisione di prime cure, atteso che la evidente violazione delle tariffe di legalità imponeva quanto meno l'avvio della procedura di verifica dell'anomalia delle offerte.

Si è costituita in giudizio anche la società BETA S.p.A., la quale ha dedotto l'erroneità della sentenza, contestando che la propria offerta fosse anormalmente basse, discostandosi di soli 44 euro mensili rispetto a quella più alta e solo dello 0,40% rispetto alla c.d. tariffa di legalità, così che non poteva ritenersi che la stazione appaltante dovesse avviare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Si è costituita in giudizio anche il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Con ordinanza n. 1483 del 20 marzo 2007 la Sezione ha accolto l'istanza incidentale cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

Tutte le parti costituite hanno ampiamente illustrato le proprie tesi difensive.

DIRITTO

I. L'appello principale è fondato e deve essere accolto.

I.1. Deve innanzitutto respingersi la preliminare eccezione di improcedibilità dell'appello principale, sollevata dagli ALFA d'Italia S.p.A., sul rilievo che la Lottomatica S.p.A. avrebbe dato esecuzione alla sentenza impugnata, avendo chiesto con la nota in data 19 gennaio 2007 alla impresa aggiudicataria BETA S.p.A. e alla controinteressata GAMMA S.r.l. precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta proprio in relazione alla deroga alla tariffa di legalità autorizzata dal Prefetto.

E' noto infatti che l'esecuzione della sentenza immediatamente esecutiva, qual è quella di primo grado (sospesa solo per effetto del decreto cautelare presidenziale n. 835 del 14 febbraio 2007, sostanzialmente confermato dalla successiva ordinanza n. 1482 del 20 marzo 2007), esclude che possa integrare la fattispecie di acquiescenza, tanto più che la società Lottomatica S.p.A. nella predetta nota

del 19 gennaio 2007 ha espressamente rappresentato la volontà di non accettare la sentenza di cui si tratta, precisando che era in corso la relativa impugnazione.

I.2. Passando all'esame del merito del gravame, la Sezione ritiene indispensabile premettere in punto di fatto che, come emerge dalla documentazione in atti (ed in particolare dal paragrafo 5 del foglio illustrativo dell'oggetto della gara, delle modalità di partecipazione e di aggiudicazione, nonché della stipula del contratto), la *lex specialis* disciplinante la gara per l'affidamento del Servizio di vigilanza non armata, ponte radio e reception prevedeva espressamente che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta in favore del concorrente che avesse offerto il prezzo più basso, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 157 del 1995, valutato in relazione al corrispettivo mensile per lo svolgimento del citato servizio di vigilanza non armata, ponte radio e reception, esposto nella dichiarazione d'offerta, e che, in caso di offerta manifestamente ed anormalmente bassa, ai sensi dell'art. 25, comma 2, del ricordato decreto legislativo n. 157 del 1995, e dell'articolo 37, comma 1, della direttiva 92/50/CEE, la Commissione aggiudicatrice avrebbe chiesto al concorrente, prima dell'aggiudicazione, le necessarie giustificazioni e, qualora queste non fossero state ritenute valide, il concorrente sarebbe stato escluso; era precisato che nella valutazione della anomalia dell'offerta, la Commissione avrebbe considerato le tariffe prefettizie (c.d. tariffe di legalità) come parametri di congruità.

Inoltre l'esclusione dalla gara era prevista: a) per i componenti che avessero ommesso di presentare anche uno solo dei documenti richiesti o che avessero presentato riserva in merito al loro contenuto o che comunque non si fossero attenuti alle modalità di cui ai precedenti paragrafi 2, 3 e 4; b) per le offerte nelle quali fossero state sollevate eccezioni o apposte condizioni di qualsiasi natura alle modalità di esecuzione del servizio specificate nello Schema di contratto e/o nel Capitolato Tecnico; c) per le offerte irregolari nella forma o nel contenuto ovvero difformi dalle specifiche del Contratto o del Capitolato Tecnico; d) per le imprese che avessero presentato situazioni di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., con altre imprese offerenti nella presente gara.

Giova poi ricordare che, com'è noto, in sede di aggiudicazione dei contratti con la pubblica amministrazione la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella *lex specialis* in ordine ai requisiti di partecipazione ovvero alle cause di esclusione, atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, con la conseguenza che se solo in presenza di un'equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara può ammettersi un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti (C.d.S., sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349), d'altra parte la pubblica amministrazione non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'articolo 97 della Costituzione.

I.3. Ciò precisato, deve innanzitutto escludersi che (come del resto sul punto correttamente rilevato dai primi giudici) la violazione da parte dei concorrenti delle tariffe prefettizie (c.d. tariffe di legalità) poteva costituire ex se motivo di invalidità della relativa offerta e di esclusione dalla gara, ciò non essendo espressamente previsto dalla ricordata *lex specialis*.

D'altra parte, secondo un indirizzo giurisprudenziale di questa stessa Sezione, da cui non vi è motivo per discostarsi (sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4816), nell'ordinamento giuridico italiano non si rinviene alcuna specifica disposizione normativa, primaria o secondaria, che autorizzi i Prefetti a fissare, in via preventiva e con caratteri di generalità, tariffe minime ed inderogabili per i servizi di vigilanza, non essendo tali le disposizioni contenute negli articoli 9 e 134 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, e 257 del R.D. 6 maggio 1940, n. 635, tanto più che le (più recenti) circolari del Ministero dell'Interno (che hanno introdotto e configurato il nuovo sistema delle tariffe di legalità) si sono preoccupate di chiarire che l'atto di approvazione delle tariffe, mentre impedisce agli istituti di vigilanza di praticare prezzi più alto

di quelli ivi stabiliti, non osta a richiedere prezzi inferiori a quelli minimi; pertanto deve escludersi qualsiasi valenza autorizzativo – prescrittiva dell'atto di approvazione delle tariffe di legalità, con la conseguenza, per un verso, che la violazione di queste ultime non comporta alcun effetto automatico di decadenza dal titolo e non spiega nemmeno effetti sulla valida prestazione dei relativi servizi e, per altro verso, che le predette tariffe costituiscono esclusivamente canoni di congruità dei prezzi praticati dagli istituti, ai diversi fini del controllo sulla serietà e affidabilità dell'impresa.

Pertanto in alcun modo la asserita violazione della tariffa di legalità poteva comportare l'invalidità dell'offerta dell'aggiudicatario e della controinteressata e tanto meno l'automatica esclusione dalla gara.

I.4. Diversamente da quanto affermato dai primi giudici, la violazione della tariffa di legalità non implica automaticamente una fattispecie dell'anomalia dell'offerta.

Infatti, secondo le disposizioni della *lex specialis* della gara (riportate nel richiamato paragrafo 5 del foglio illustrativo e che devono essere puntualmente osservate anche dalla stazione appaltante, trattandosi, come si è avuto modo di accennare, di disposizioni poste a presidio dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché di garanzia della par condicio dei concorrenti), ai fini della individuazione dell'offerta manifestamente e anormalmente bassa doveva farsi riferimento all'articolo 25, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, a norma del quale sono sottoposte alla procedura di verifica le offerte che presentano una percentuale di ribasso che superi di un quinto la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, calcolata senza tener conto delle offerte in aumento.

Orbene, in punto di fatto è pacifico tra le parti che l'offerta presentata dalla società aggiudicatario (BETA S.p.A.) e quella della controinteressata (GAMMA S.r.l.) non raggiungevano la soglia di anomalia, secondo la previsione del ricordato articolo 25 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, così che non sussisteva alcun obbligo per l'amministrazione appaltante di avviare la procedura di verifica di anomalia delle offerte.

Diversamente opinando, del resto, il concetto di offerta anormalmente bassa sarebbe stato rimesso alla mera discrezionalità della stazione appaltante, violando così macroscopicamente i principi di trasparenza, buon andamento, affidamento e par condicio, a garanzia dei quali si pone, come pure rilevato, la *lex specialis* della gara, cui è vincolata – come sopra accennato - la stessa stazione appaltante, che non può essere disapplicarla.

Sotto altro profilo, poi, non può non rilevarsi che, seguendo la tesi dei primi giudici, verrebbe surrettiziamente reintrodotta sotto altra veste il valore prescrittivo ed inderogabile delle tariffe prefettizie di legalità che, invece, possono costituire solo parametro di valutazione nel giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta anomala, come risulta dalla stessa *lex specialis* della gara di cui si tratta (la cui clausola non è stata neppure oggetto di impugnativa).

II. Alla stregua delle considerazioni svolte deve essere accolto anche l'appello incidentale proposto dalla impresa aggiudicatario BETA S.p.A., mentre deve essere respinto siccome infondato l'appello incidentale proposto dagli ALFA d'Italia S.p.A. (fondato sulla asserita erroneità della sentenza impugnata per non aver annullato l'impugnato provvedimento di aggiudicazione per la mancata esclusione delle offerte della aggiudicatario e della interessata).

A ciò consegue la riforma della sentenza impugnata ed il rigetto del ricorso proposto in primo grado dagli ALFA d'Italia – ALFA. S.p.A..

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quarta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla Lottomatica S.p.A. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. II, n. 326 del 27 gennaio 2007, così provvede:

- accoglie l'appello principale della Lottomatica S.p.a. e l'appello incidentale della società BETA S.p.A.;
- respinge l'appello incidentale proposto dagli ALFA d'Italia – ALFA. S.p.A.;
- per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado dagli ALFA d'Italia – ALFA. S.p.A.;
- dichiara compensate le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 29 maggio 2007, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

| | | |
|-----------|-----------|-------------------------|
| CARLO | SALTELLI | - Presidente F.F., est. |
| SALVATORE | CACACE | - Consigliere |
| SERGIO | DE FELICE | - Consigliere |
| SANDRO | AURELI | - Consigliere |
| VITO | CARELLA | - Consigliere |

IL PRESIDENTE f.f., est.

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

Giacomo Manzo

Depositata in Segreteria
Il 05/09/2007

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Il Dirigente

Dott. Antonio Serrao

N.R.G. 816-2007

MN