

2. RICORSO CON ISTANZA DI SOSPENSIONE DELL'EFFICACIA EX ART. 55 C.P.A.

proposto da una società che ha partecipato ad un appalto pubblico, si è posizionata prima nella graduatoria provvisoria ed è successivamente stata esclusa dalla gara in quanto, in sede di verifica dell'anomalia, la sua offerta è stata ritenuta nel complesso inaffidabile.

Il ricorso è finalizzato all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della gara ad altra società, in quanto nella gestione del subprocedimento di verifica dell'anomalia, la stazione appaltante avrebbe violato il principio del contraddittorio effettivo con la ricorrente, nonché per difetto di istruttoria ed illogicità.

2.1. Traccia

Con bando n. _____, l'ANAS S.p.a. – Compartimento della Viabilità per la Regione PPP indicava una procedura aperta per l'affidamento della gestione ordinaria degli impianti tecnologici – ivi compresi i servizi annessi di manutenzione.

L'appalto era da aggiudicarsi al prezzo più basso offerto rispetto alla base d'asta superiore a Euro 2.000.000 da determinarsi "secondo le modalità previste dall'art. 82, commi 1 e 2 lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006 mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara".

Il bando, inoltre, prevedeva l'applicazione degli artt. 86 e 88 per la verifica delle offerte anomale.

La Società X partecipava alla descritta gara, presentando un ribasso pari al 57,691 per cento.

Durante la seduta di gara veniva stilata la graduatoria in base ai ribassi presentati dalle concorrenti: la Società X si collocava al secondo posto, dietro la Società Y.

La Società X, insieme alla Società Y ed alla Società Gamma (terza in graduatoria) risultava anomala.

Successivamente, con nota prot. n. _____ del _____ sono stati richiesti alla Società X i giustificativi dell'offerta risultata anomala. La Società X diligentemente produceva le giustificazioni richieste entro i dieci giorni previsti ex lege.

Successivamente, la stessa Società X, con successiva nota prot. ____ del _____ senza che le fosse pervenuta alcuna richiesta di precisazioni o di chiarimenti in ordine alle giustificazioni presentate, veniva convocata presso gli uffici dell'ANAS, ai sensi dell'art. 88, comma 4, D.Lgs. n. 163/2006.

La Società X si presentava alla convocazione tramite il suo legale rappresentante, e rendeva alla stazione appaltante i chiarimenti richiesti.

Successivamente, la Società X riceveva dall'ANAS la nota con cui veniva comunicata l'avvenuta conclusione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia e la fissazione della seduta pubblica per l'individuazione dell'aggiudicatario provvisorio.

Successivamente, alla Società X veniva inviata ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett. b) D.Lgs. n. 163/2006 copia del verbale di tale seduta, e dal medesimo risultava, da un lato, che la Società X era stata esclusa dalla gara in quanto la sua offerta era stata ritenuta nel complesso inaffidabile e, dall'altro, che la gara era stata aggiudicata in via provvisoria alla Società Beta, in quanto anche le Società Y e Gamma (prima e terza classificata) erano risultate anomale e pertanto escluse.

Successivamente, perveniva alla Società X comunicazione di avvenuta aggiudicazione definitiva.

La Società X ritenendo illegittima la propria esclusione dalla gara per anomalia, inviava al Compartimento ANAS PPP informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale avverso l'esclusione e la successiva aggiudicazione definitiva della gara alla Società Beta.

Si evidenzia che il bando ed il disciplinare di gara contenevano entrambi una clausola sulla competenza, che individuava in via esclusiva nel TAR per il Lazio il Tribunale territorialmente competente a decidere delle procedure di ricorso.

Il candidato, assunte le vesti del legale della Società X, rediga l'atto che ritiene più opportuno al fine di tutelare gli interessi della Società X.

2.2. Svolgimento

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

per il/la _____ (Regione PPP)

RICORSO

per

la **Società X**, in persona del legale rappresentante Sig. _____ (partita IVA n. _____), corrente in _____, rappresentata e difesa dall'Avv. _____ – C.F. _____) del foro di _____ – che dichiara, ai sensi dell'art. 136 del c.p.a., di voler ricevere tutte le comunicazioni di cancelleria al seguente numero di fax _____ o alla seguente pec _____ – ed elettivamente domiciliata presso il suo Studio in _____, come da procura speciale in calce al presente ricorso

CONTRO

ANAS S.p.a. – Compartimento della Viabilità della Regione PPP, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

e nei confronti di

Società Beta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*

per l'annullamento, previa sospensione,

- del bando e del disciplinare di gara, nella parte in cui individuano nel TAR per il Lazio l'organo competente a conoscere delle eventuali controversie;
- del verbale di gara con cui la Commissione ha disposto l'esclusione della Società X;
- del provvedimento di comunicazione di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla Società Beta;
- di ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale e comunque connesso alla procedura ivi impugnata

nonché per la condanna di ANAS S.p.a.

– previa declaratoria ai sensi degli artt. 121 e 122 D.Lgs. n. 104/2010 di inefficacia *ex tunc* del contratto nelle more eventualmente sottoscritto e previo accertamento dell'effettiva possibilità della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare nel contratto

– ad aggiudicare la gara alla ricorrente ed a stipulare il relativo contratto secondo l'offerta dalla stessa presentata, da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito nonché, in subordine, per la condanna dell'ANAS S.p.a. al risarcimento del danno per equivalente pecuniario in favore della ricorrente ex art. 30 e 124 D.Lgs. n. 104/2010.

FATTO

Con bando n. ____ l'ANAS S.p.a. – Compartimento della Viabilità per la Regione PPP indiceva una gara aperta per l'affidamento della gestione ordinaria degli impianti tecnologici – ivi compresi i servizi annessi di manutenzione.

L'appalto era da aggiudicarsi al prezzo più basso offerto rispetto alla base d'asta superiore a Euro 2.000.000 da determinarsi *“secondo le modalità previste dall'art. 82, commi 1 e 2 lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006 mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara”*.

Il bando, inoltre, prevedeva l'applicazione degli artt. 86,87 e 88 per la verifica delle offerte anomale.

La Società X partecipava alla descritta gara, presentando un ribasso pari al 57,691 per cento.

Durante la seduta di gara veniva stilata la graduatoria in base ai ribassi presentati dalle concorrenti: la Società X si collocava al secondo posto, dietro la Società Y.

La Società X, insieme alla Società Y ed alla Società Gamma (terza in graduatoria) risultava anomala.

Alla Società X, essendosi collocata al secondo posto in graduatoria, venivano richiesti i documenti ex art. 48 D.Lgs. n. 163/2006, che venivano prodotti, in termini, e verificati con esito positivo dalla stazione appaltante.

Successivamente, con nota prot. n. ____ del ____ sono stati richiesti alla Società X i giustificativi dell'offerta risultata anomala. Specificamente, nella nota veniva precisato il contenuto di tali giustificativi nel senso che gli stessi dovevano contenere due relazioni, una per i servizi e una per i lavori, due schede riassuntive e una scheda riepilogativa, tutti da compilare sulla base di modelli già predisposti dalla stazione appaltante.

La Società X diligentemente produceva le giustificazioni richieste entro i dieci giorni previsti ex lege.

Successivamente, la stessa Società X, con successiva nota prot. ____ del ____ senza che le fosse pervenuta alcuna richiesta di precisazioni o di chiarimenti in ordine alle giustificazioni presentate, veniva convocata presso gli uffici dell'ANAS, ai sensi dell'art. 88, comma 4, D.Lgs. n. 163/2006.

La Società X si presentava alla convocazione tramite il suo legale rappresentante, e rendeva alla stazione appaltante i chiarimenti richiesti.

Il _____ la Società X riceveva dall'ANAS la nota con cui veniva comunicata l'avvenuta conclusione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia e la fissazione della seduta pubblica per l'individuazione dell'aggiudicatario provvisorio.

Successivamente, alla Società X veniva inviata ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett. b) D.Lgs. n. 163/2006 copia del verbale di tale seduta, e dal medesimo risultava, da un lato, che la Società X era stata esclusa dalla gara in quanto la sua offerta era stata ritenuta nel complesso inaffidabile e, dall'altro, che la gara era stata aggiudicata in via provvisoria alla Società Beta, in quanto anche le Società Y e Gamma (prima e terza classificata) erano risultate anomale e pertanto escluse.

Successivamente, perveniva alla Società X comunicazione di avvenuta aggiudicazione definitiva.

La Società X ritenendo illegittima la propria esclusione dalla gara per anomalia, inviava al Compartimento ANAS di _____ informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale avverso l'esclusione e la successiva aggiudicazione definitiva della gara alla Società Beta.

L'esclusione comminata alla Società X e i successivi comportamenti dell'ANAS sono illegittimi e gravemente lesivi degli interessi della ricorrente che, pertanto, insorge per i seguenti motivi in

DIRITTO

I. Sulla competenza del TAR della Regione PPP e sulle clausole derogatorie del bando e del disciplinare: nullità/illegittimità delle stesse per violazione di norma imperativa e comunque per illegittima deroga alla competenza individuata per legge dall'art. 13 C.P.A.

Si ritiene che spetti al TAR adito decidere la presente vicenda contenziosa.

L'art. 13 del C.P.A., infatti, ha introdotto nell'ordinamento il principio dell'assoluta inderogabilità della competenza, secondo cui:

“Sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il Tribunale Amministrativo Regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede. Il Tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il Tribunale ha sede”.

Due sono quindi i criteri ora vigenti per individuare la competenza territoriale:

- la sede dell'autorità amministrativa cui è imputabile l'esercizio del potere che ha originato il contenzioso;
- gli effetti prodotti dall'attività amministrativa: criterio che ha carattere prevalente rispetto a quello della sede dell'ente.

Il radicamento della competenza dinanzi al TAR adito rispetta entrambi i criteri.

È, infatti, verificato innanzitutto il criterio della sede della stazione appaltante: come risulta espressamente dal bando di gara, infatti, la gara è stata indetta dall'ANAS S.p.a. Compartimento della Viabilità per la Regione PPP.

Inoltre, il ricorso è rivolto avverso atti i cui effetti sono circoscritti all'ambito della

ricorso, di nominare sostituti, di conciliare e transigere, di rinunciare all'azione ed al diritto controverso.

Ai sensi del D.Lgs. n. 196/2003 e s.m.i. dichiara di essere stato informato del trattamento cui possono essere destinati i suoi dati personali, ai fini dell'espletamento dell'incarico, e di autorizzarne il trattamento.

Elegge domicilio presso il suo Studio in _____

Firma

Per autentica,

_____ (Firma dell'Avvocato)

ATTO DI NOTIFICA

Io sottoscritto Ufficiale Giudiziario dell'UNEP presso la Corte d'appello di (Regione PPP), su istanza dell'Avv. _____ nella sua qualità in atti, ho notificato il suesteso ricorso al TAR della Regione PPP,

all'ANAS S.p.a. – Compartimento della Viabilità della Regione PPP, in persona del legale rappresentante pro tempore, rimettendone copia conforme all'originale presso la sede in _____, ed ivi a mani di

alla Società Beta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rimettendone copia conforme all'originale presso la sede in _____, a mezzo del servizio postale osservate le formalità di legge

2.3. Gli elementi di fatto più rilevanti

Il caso riguarda l'esclusione di una Società da una gara di appalto, in quanto giudicata anomala a seguito dell'espletamento del sub procedimento di verifica dell'anomalia; si tratta di una gara da aggiudicarsi al prezzo più basso, il cui bando richiama espressamente l'applicazione degli artt. 86 e 88 del D.Lgs. n. 163/2006, attinenti all'individuazione delle offerte anormalmente basse.

Dalla traccia, specificamente, risulta che il procedimento di verifica dell'anomalia non è stato condotto in modo conforme a quanto prescrivono le citate disposizioni.

La gara è stata successivamente aggiudicata in via definitiva alla Società Beta, in quanto risultata prima in graduatoria non anomala a seguito del "taglio delle ali".

Importante, ai fini dell'ammissibilità della domanda risarcitoria, l'elemento per cui la Società X si è posizionata seconda nella graduatoria provvisoria, e che anche la Società Y (prima in graduatoria) e la Società Gamma (terza in graduatoria) sono state anch'esse escluse, risultando poi aggiudicataria definitiva la Società Beta (quarta in graduatoria provvisoria). Si potrà, quindi, sostenere il diritto della ricorrente, una volta annullata l'esclusione, a subentrare all'aggiudicatario Beta, in quanto offerta migliore.

Importante, ai fini della redazione del ricorso, è poi, la clausola del bando derogatoria della competenza della Regione ove ha sede il Compartimento della Viabilità dell'ANAS s.p.a. banditore; è necessario, infatti, prestare particolare attenzione alla legittimità o meno di tale clausola, in modo tale da individuare esattamente il Tribunale competente a ricevere il ricorso.

2.4. Le norme ed i principi applicabili

Art. 13 del C.p.a. che ha introdotto – espellendo dall'ordinamento la disposizione di cui all'articolo 31, comma 4, l. n. 1034/71 – l'assoluta inderogabilità della competenza, anche con riferimento alle misure cautelari; specificamente la norma prevede che *“Sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede. Il tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede”*.

Art. 86, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 secondo cui *“Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.*

Art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006 secondo cui *“1. La stazione appaltante richiede, per iscritto, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni.[...]*

2. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a cinque giorni per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste.

3. La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1-bis, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite.

4. Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile.

5. Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione.

7. La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala. In alternativa, la stazione appaltante, purché si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5. All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala”

Art. 121 del C.p.a. per cui *“1. Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle*

parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva: [...] c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”.

Art. 122 del C.p.a. per cui *“1. Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”.*

2.5. Questioni giuridiche poste dalla traccia

Anche la presente traccia porta il candidato a redigere un ricorso, la cui disciplina è contenuta, come si è detto, negli artt. 40, 119 e 120 del D.Lgs. n. 104/2010.

La traccia, innanzitutto, pone la questione dell'individuazione del TAR territorialmente competente a decidere della vertenza che, nella specie, è stata unilateralmente determinata dalla stazione appaltante (nella specie da un Compartimento territoriale di Anas S.p.a. che ha sede legale in Roma).

Com'è noto, l'art. 13 del C.P.A. ha introdotto nell'ordinamento il principio dell'assoluta inderogabilità della competenza.

La disposizione prescrive, infatti, che: *“Sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il Tribunale Amministrativo Regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede. Il Tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il Tribunale ha sede”.*

La competenza territoriale diviene, pertanto, inderogabile, rilevabile d'ufficio lungo tutto il primo grado e ridondante in motivi di impugnazione della sentenza del TAR.

Specificamente, due sono quindi i criteri ora vigenti per individuare la competenza territoriale:

- la sede dell'autorità amministrativa cui è imputabile l'esercizio del potere che ha originato il contenzioso;
- gli effetti prodotti dall'attività amministrativa.

La disposizione, in particolare, attribuisce espressa priorità logica al criterio della sede dell'autorità emanante, rispetto a quello dell'efficacia spaziale dell'atto, nel senso che si ricorre al secondo criterio solo allorché gli effetti diretti dell'atto si svolgono al di fuori della Regione dove ha sede l'autorità emanante.

Dall'esame delle singole ipotesi giurisprudenziali si evince che, in tema di controversie concernenti l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici, per determinare la sfera di efficacia di un provvedimento rileva *in primis* l'ambito territoriale ove l'opera o il servizio va svolto.

In particolare, il caso di specie non può prescindere dalla circostanza che ad indire la gara è stato l'ANAS – Compartimento per la viabilità della Regione PPP: la società, nella sua veste di soggetto privato, ma concessionario per gestione e la manutenzione delle strade e autostrade statale, rappresenta, allo stato della legislazione ed a prescindere da incerte forme soggettive privatistiche, un organo indiretto dell'amministrazione centrale (Ministero delle infrastrutture e dei trasporti), così che ai fini della individuazione del giudice competente a conoscere degli atti in questione deve stabilirsi se essi abbiano o meno un'efficacia limitata al luogo in cui saranno realizzati i lavori.

Di conseguenza, spetta al TAR territoriale la cognizione della controversia concernente l'esecuzione di un'opera pubblica rientrante interamente nell'ambito territoriale regionale, allorché gli atti impugnati sono destinati a produrre i propri effetti esclusivamente sull'esecuzione dell'opera in questione.

Pertanto, nei casi come quello previsto nella traccia, in cui le attività da realizzare sono destinate ad esaurirsi nel delimitato e circoscritto ambito territoriale della stessa Regione, si ritiene che la competenza a decidere della controversia sia del Tribunale regionale, anche alla luce della già citata sentenza del Consiglio di Stato, n. 4821/2009.

Si segnala, comunque, che la giurisprudenza e la dottrina non sono univoche sul punto: si registra infatti la già citata pronuncia del Supremo Consesso n. 1003/2006 che ha ritenuto che le eventuali controversie in tema di gare bandite dell'ANAS devono essere sempre fatte rientrare nella competenza del TAR del Lazio, in quanto gli atti di gara dispiegano sempre effetti sull'intero territorio nazionale, in quanto finalizzati alla scelta del contraente, alla quale sono interessate sicuramente tutte le imprese del settore operanti in ambito nazionale ed anche comunitario.

In tal senso, in dottrina R. Garofoli – G. Ferrari, Codice del Processo amministrativo, Roma, 2010.

Un secondo aspetto sostanziale attiene più specificamente alla materia degli appalti, e riguarda un importante principio, ormai consolidato in giurisprudenza, in ordine al meccanismo di esclusione dell'offerta ritenuta anomala, e cioè che solo a seguito di un effettivo contraddittorio con l'impresa, la stazione appaltante può legittimamente procedere all'esclusione della stessa dalla gara.

Com'è noto, infatti, la necessità di una procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente, da svolgersi in contraddittorio con il soggetto interessato al provvedimento finale, è un principio generale, ormai assodato nel nostro ordinamento.

In particolare, il procedimento di individuazione delle offerte anomale nelle pubbliche gare si articola in quattro distinti momenti: *in primis* l'individuazione delle offerte sospettate di anomalia, cui segue la richiesta delle giustificazioni dell'offerta da parte dell'amministrazione, la presentazione dei chiarimenti, precisazioni ed eventuali ulteriori elementi giustificativi dell'offerta da parte della ditta la cui offerta è stata sospettata di anomalia ed, infine, la verifica e la valutazione delle giustificazioni e dei chiarimenti da parte dell'amministrazione.

Specificamente, l'art. 88 delinea, nel dettaglio, un *sub* procedimento di verifica delle offerte anomale di cui disciplina la fase istruttoria, prevedendo in particolare:

- le modalità per la richiesta di giustificazioni da parte della stazione appaltante;
- i termini concessi all'interessato per fornire le proprie giustificazioni;
- le modalità di svolgimento in contraddittorio della fase di verifica.

Il procedimento di verifica dell'anomalia deve essere ispirato al principio dell'effettività del contraddittorio, il quale esige che l'impresa assoggettata allo scrutinio di congruità venga edotta dall'Amministrazione o dagli organi di gara di tutti gli elementi di giudizio, oltre che dei parametri di raffronto che la commissione intenda utilizzare per la formulazione del suo sindacato e sui quali l'impresa deve poter misurare le sue stesse valutazioni ed esporre le sue controdeduzioni.

Il contraddittorio, in sostanza, per essere tale deve essere effettivo, e mettere l'impresa nella posizione di poter conoscere specificamente i profili su cui si basa la presunzione di anomalia, al fine di poter fornire idonee giustificazioni proprio su tali aspetti.

D'altra parte, non potrebbe che essere così: l'elaborazione giurisprudenziale formatasi a livello comunitario sull'art. 30 comma 4 della direttiva 37/1993/CEE e sull'art. 55 della Direttiva 18/2004/CEE (che sostanzialmente riproduce la previsione della precedente direttiva), è tesa a sottolineare l'essenzialità che ogni offerente sospettato di aver presentato un'offerta anormalmente bassa disponga della facoltà di far valere utilmente il suo punto di vista al riguardo, conferendogli la possibilità di presentare ogni giustificazione sui vari elementi della sua offerta.

2.6. La giurisprudenza

– *Sulla della competenza territoriale del TAR periferico.*

Conformi:

– **Ad. Pl.n. 33 del 24.9.2012 e n. 34 del 19.11.2012**, proprio con riferimento alla fattispecie dei procedimenti di affidamento di contratti pubblici, hanno affermato che l'art. 13 Cod. Proc. Amm. va interpretato nel senso che il criterio principale della sede dell'Autorità emittente il provvedimento impugnato, va sostituito con quello inerente agli effetti diretti del provvedimento, quando essi, come nella specie, si estrinsecano esclusivamente nella circoscrizione territoriale appartenente ad un TAR diverso da quello della sede legale della stazione appaltante.

– **TAR Basilicata, Potenza, Sez. I, 12 novembre 2014, n. 783** secondo cui "l'art. 13 Cod. Proc. Amm. va interpretato nel senso che il criterio principale della sede dell'Autorità emittente il provvedimento impugnato, va sostituito con quello inerente agli effetti

diretti del provvedimento, quando essi, come nella specie, si estrinsecano esclusivamente nella circoscrizione territoriale appartenente ad un TAR diverso da quello della sede legale della stazione appaltante”.

– **Cons. Stato, Sez. VI, ord. 16 febbraio 2011, n. 1018** secondo cui *“Ritenuto di dover ribadire l’ormai prevalente orientamento che afferma la competenza del T.A.R. locale a giudicare sulle controversie aventi a oggetto atti della procedura di evidenza pubblica relativi ad appalti o affidamenti che devono eseguirsi nel territorio di una Regione, risultando indifferente che vengano impugnati bandi nazionali o altri atti generali interni alla procedura ancorché emessi da organi centrali dello Stato, ovvero che la gara si sia svolta a Roma”.*

– **Tar per il Lazio, Sez. III, ord. n. 3122 del 09 luglio 2010** secondo cui *“Considerato che si controverte nella specie in ordine ad una gara ANAS, indetta dal Compartimento per la viabilità della Lombardia, per lavori stradali localizzati nell’ambito della predetta Regione, sicché i provvedimenti impugnati, ad avviso di questo Tribunale, sono destinati a produrre i loro effetti esclusivamente sull’esecuzione dell’opera stradale in questione e quindi a svolgere “efficacia limitata territorialmente” alla circoscrizione del TAR per la Lombardia [...]. Considerato infatti che “per determinare la sfera di efficacia di un provvedimento (riguardante la programmazione, la progettazione o l’esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ovvero riguardante lo svolgimento di un pubblico servizio), e anche quando si tratti di un atto di un’authority centrale statale, rileva in primis l’ambito territoriale ove l’opera o il servizio va svolto”*

– **Cons. Stato, Sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 7649** secondo cui *“Per determinare la sfera di efficacia di un provvedimento (riguardante la programmazione, la progettazione o l’esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ovvero riguardante lo svolgimento di un pubblico servizio), e anche quando si tratti di un atto di un’authority centrale statale, rileva in primis l’ambito territoriale ove l’opera o il servizio va svolto. Ove vi sia una incidenza sull’opera o sul servizio in un ambito più vasto, per ravvisare l’insussistenza della competenza del TAR territoriale non basta un generico collegamento tra l’opera, il servizio o l’intervento da effettuare e le ipotizzate conseguenze, ma occorre che emerga ragionevolmente un nesso di diretta causalità”.*

Contrarie:

– **Cons. Stato, Sez. IV, 8 novembre 2011, n. 5904** secondo cui il ricorso proposto avverso il provvedimento adottato dall’organo periferico dell’ANAS rientra nella competenza territoriale inderogabile del TAR nella cui circoscrizione detto organo ha sede.

– **Cons. Stato, Sez. IV, 1 marzo 2006, n. 1003** per cui *“Gli atti di gara dispiegano effetti riguardanti l’intero territorio nazionale (e addirittura coinvolgenti l’intero ambito comunitario, in forza dei noti principii in esso operanti della libera prestazione di servizi e della libera concorrenza), in quanto finalizzati alla scelta del contraente, alla quale sono interessate sicuramente tutte le imprese del settore operanti in ambito nazionale e comunitario. Pertanto le eventuali controversie in tema di gare bandite dall’ANAS, in*

il profilo tecnico ed economico, conseguendone oltretutto anche un risparmio procedimentale”.

– **Cons. Stato, Sez. VI, 7 marzo 2008, n. 1007** in base al quale “il procedimento di verifica di anomalia è avulso da ogni inutile formalismo e deve invece essere improntato alla massima collaborazione tra stazione appaltante e impresa, all'effettività del contraddittorio e alla ricerca della sostanza, per la quale non vi sono preclusioni di genere alle giustificazioni presentabili, con il solo doveroso limite dell'impossibilità di modificare sostanzialmente l'offerta. Segnala al riguardo il Collegio quanto la Sezione ha già chiarito, ossia che “in sede di verifica delle offerte anomale, è consentito solo un lieve rimaneggiamento degli elementi dell'offerta, a condizione che la proposta contrattuale non venga modificata o alterata la sua logica complessiva; non può invece ritenersi ammessa la modifica sostanziale dell'offerta”.

2.7. Schema dello svolgimento

- 1) INTRODUZIONE: individuazione del Giudice competente.
- 2) INDICAZIONE DELLE PARTI: in particolare, indicazione dei dati identificativi del ricorrente, del suo difensore nonché delle parti nei cui confronti il ricorso è proposto.
- 3) OGGETTO DEL RICORSO: indicazione dei provvedimenti impugnati.
- 4) ESPOSIZIONE SOMMARIA DEI FATTI.
- 5) ESPOSIZIONE DEI MOTIVI su cui si fonda il ricorso, con indicazione degli articoli di legge o di regolamento che si ritengono violati.
- 6) CONCLUSIONI.
- 7) DATA E FIRMA, da apporre a conclusione dell'atto.
- 8) PROCURA SPECIALE.
- 9) ATTO DI NOTIFICA.

2.8. Analisi dello svolgimento

Di seguito si riporta l'atto redatto, evidenziando gli elementi strutturali e gli argomenti utilizzati.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

per il/la _____ (Regione PPP)

RICORSO
per

la **Società X.** in persona del legale rappresentante Sig. _____ (partita IVA n. _____), corrente in _____, rappresentata e difesa dall'Avv. _____ ed elettivamente domiciliata presso il suo Studio in _____, come da procura speciale in calce al presente ricorso,

INTESTAZIONE

(individuazione giudice competente ed indicazione dell'atto proposto)

Indicazione della parte ricorrente

CONTRO

ANAS S.p.a. – Compartimento della Viabilità della Regione PPP, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
e nei confronti di

Società Beta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*

per l'annullamento, previa sospensione,

– del bando e del disciplinare di gara, nella parte in cui individuano nel TAR per il Lazio l'organo competente a conoscere delle eventuali controversie;

– del verbale di gara con cui la Commissione ha disposto l'esclusione della Società X;

– del provvedimento di comunicazione di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla Società Beta;

– di ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale e comunque connesso alla procedura ivi impugnata nonché per la condanna di ANAS S.p.a.

– previa declaratoria ai sensi degli artt. 121 e 122 D.Lgs. n. 104/2010 di inefficacia *ex tunc* del contratto nelle more eventualmente sottoscritto e previo accertamento dell'effettiva possibilità della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare nel contratto

– ad aggiudicare la gara alla ricorrente ed a stipulare il relativo contratto secondo l'offerta dalla stessa presentata, da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito nonché, in subordine, per la condanna dell'ANAS S.p.a. al risarcimento del danno per equivalente pecuniario in favore della ricorrente ex art. 30 e 124 D.Lgs. n. 104/2010.

FATTO

Con bando n. ____ l'ANAS S.p.a. – Compartimento della Viabilità per la Regione PPP indiceva una gara aperta per l'affidamento della gestione ordinaria degli impianti tecnologici – ivi compresi i servizi annessi di manutenzione.

L'appalto era da aggiudicarsi al prezzo più basso offerto rispetto alla base d'asta superiore a Euro 2.000.000 da determinarsi "*secondo le modalità previste dall'art. 82, commi 1 e 2 lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006 mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara*". Il bando, inoltre, prevedeva l'applicazione degli artt. 86,87 e 88 per la verifica delle offerte anomale.

La Società X partecipava alla descritta gara, presentando un ribasso pari al 57,691 per cento.

Durante la seduta di gara veniva stilata la graduatoria in base ai ribassi presentati dalle concorrenti: la Società X si collocava al secondo posto, dietro la Società Y.

La Società X, insieme alla Società Y ed alla Società Gamma (terza in graduatoria) risultava anomala.

Indicazione dell'Amministrazione resistente

Indicazione del soggetto controinteressato

Indicazione dei provvedimenti impugnati

PREMESSA IN

FATTO: narrazione sintetica, ma esaustiva dei fatti ritenuti rilevanti ai fini dell'accoglimento del ricorso a supporto delle tesi sostenute