

CUSTODIA DEI PLICHI CONTENENTI I DOCUMENTI DI GARA: L'OMESSA VERBALIZZAZIONE DELLE OPERAZIONI DI CUSTODIA E' IDONEA AD INVALIDARE L'ESITO DELLA GARA?

del Prof. Avv. Enrico Michetti

La sentenza n. 4487 del 27 luglio 2011 del Consiglio di Stato affronta questo tema con un iter argomentativo che si reputa opportuno analizzare in considerazione del contrasto giurisprudenziale che in subiecta materia rende, allo stato, incerto il modus operandi che deve essere seguito dalla commissione giudicatrice affinché venga assicurata l'assenza di vulnus all'integrità della documentazione di gara.

La problematica, in particolare, merita attenzione in quanto si snoda tra una concezione rigida e formalistica che esclude il vulnus all'integrità dei plichi solo laddove la salvaguardia di quest'ultimi sia stata assicurata in astratto ed una concezione meno rigorosa che, ai fini dell'annullamento della gara, non ritiene sufficiente l'omessa indicazione a verbale dell'adozione di misure idonee a tutelare in astratto le possibili manomissioni dei plichi ed ascrive in capo al ricorrente l'onere di fornire un principio di prova che in concreto vi siano state dette manomissioni o quantomeno un reale pericolo in tal senso

Con la sentenza in commento la VI Sezione del Consiglio di Stato è nuovamente tornata ad affrontare la problematica afferente la necessità che venga fatta esplicita menzione nei verbali di gara delle cautele e degli strumenti apprestati dalla commissione aggiudicatrice a tutela dell'integrità della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche ed economiche.

Il caso di specie riguarda l'impugnazione di un'aggiudicazione definitiva di un appalto per dedotta illegittimità del procedimento di gara in quanto le operazioni concorsuali sarebbero state viziate dalla mancata attestazione nel verbale di gara dell'adozione da parte della Commissione giudicatrice di misure per la custodia della documentazione prodotta idonee a prevenire ogni possibile alterazione della consistenza ed integrità della stessa.

I Giudici di Palazzo Spada, pronunciandosi in ultima istanza, richiamando recenti sentenze del medesimo Consiglio di Stato hanno censurato in quanto illegittima l'attività procedimentale sul presupposto che "la commissione giudicatrice deve predisporre particolari cautele a tutela dell'integrità e della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche ed economiche. Delle cautele e stru-

menti apprestati deve essere fatta esplicita menzione nel verbale di gara, omissione che non può essere sanata con attestazioni postume sull'adozione di idonee misure (C.d.S., V, n. 3203 del 2010; n. 7884 del 12.12.2009, n. 7804)".

Sostiene, infatti, il Consiglio di Stato che il principio di non eludibile secretazione degli atti di gara e di prevenzione di ogni rischio di manomissione attraverso l'indicazione nel verbale delle cautele e dei mezzi a tal fine adottati discenderebbe dalla stessa *ratio* che sorregge ed impone il ricorso alla gara pubblica per l'individuazione del contraente cui assegnare l'appalto con la P.A., in quanto l'integrità dei plichi contenenti le offerte delle imprese partecipanti è uno degli elementi sintomatici della segretezza delle stesse e della par condicio di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi sanciti dall'art. 97 della Costituzione di buon andamento e di imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa, che l'art. 2, co. 1 del d. lgs. n. 163 del 2006 ribadisce con riferimento alle procedure finalizzate alla stipula dei contratti pubblici¹.

¹ in tal senso CdS, Sez. V, 20.3.2008, n. 1219; Sez. V, 28.3.2008, n. 1296; Sez. V, 6.3.2006, n. 1068; Sez. IV, 18.3.2002, n. 1612

Ai fini della legittimità della verbalizzazione la sentenza, peraltro, richiede non solo che venga data precipua indicazione delle cautele adottate, ma altresì indicazione, sotto la responsabilità dei verbalizzanti, che le cautele stesse sono state efficaci in quanto i plichi sono integri trattandosi di adempimenti che *"rendono effettivo il canone di correttezza da osservare nelle fasi di evidenza pubblica - cui fa richiamo l'art. 2, co. 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 - che impone alla stazione appaltante di adottare ogni presidio a prevenzione di censure, anche sul piano solo indiziario e sintomatico, della regolarità della procedura di scelta del contraente."*

In tal senso anche nella sentenza del 16.3.2011, n. 1617, la Sez. V del Consiglio di Stato ha affermato che *"l'integrità dei plichi contenenti le offerte delle imprese partecipanti costituisce un elemento sintomatico della segretezza delle stesse e della par condicio di tutti i concorrenti, elementi che, a loro volta, servono ad assicurare il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa...Le misure di cautela relative alla conservazione dei plichi sono volte a salvaguardare la possibilità, e non l'effettività, della manomissione"*.

Tornando alla sentenza in commento il Collegio, infine, chiarisce i motivi della non percorribilità dell'opposto orientamento giurisprudenziale, che di seguito verrà meglio esposto, il quale assegna alla mancanza delle necessarie cautele un ruolo indiziario rispetto alla dimostrazione di elementi che facciano dubitare della corretta conservazione. Sul punto la sentenza evidenzia che la fattispecie in esame va qualificata non come fattispecie di danno, ma di pericolo di guisa che è sufficiente che dalle risultanze processuali emerga che, per inosservanza di norme precauzionali, la documentazione di gara sia rimasta esposta al rischio di manomissione per ritenere invalide le operazioni di gara, senza che a carico dell'interessato possa configurarsi un onere di provare un concreto evento di danno.

Sul punto giova richiamare la sentenza resa dal Consiglio di Stato, Sez. V, 22.2.2011, n. 1094 laddove più correttamente il Collegio

sostiene che *"costituirebbe inutile e formalistica decisione quella di annullare la gara solo sulla base della considerazione che non è stato dato atto a verbale della adozione di misure idonee a contrastare la astratta possibilità che le buste in questione venissero manomesse"*.

Secondo tale diverso indirizzo giurisprudenziale² la mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sè motivo di illegittimità del verbale e della complessiva attività posta in essere dalla commissione di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione.

Da ultimo il Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 7.7.2011, n. 4055 ha ribadito che *"la mancata indicazione nei verbali delle modalità di custodia dei plichi e dei documenti non costituisce causa di illegittimità della gara quando non si sia verificata l'alterazione della documentazione"*³.

A parere dello scrivente, fermo il principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità cui deve uniformarsi la Pubblica Amministrazione, non può una mera omissione quale quella della mancata verbalizzazione di cui trattasi, in assenza di una puntuale norma che sancisca l'obbligatorietà di siffatta indicazione nei verbali di gara, equivalere a qualificare come negligente o scorretta la custodia operata dall'amministrazione.

Giova sul punto, infatti, evidenziare, che effettivamente l'art. 78 del d. lgs. n. 163 del 2006 non menziona le operazioni di custodia della documentazione di gara tra gli elementi che non possono essere omessi nella redazione del verbale con la conseguenza che in assenza di un obbligo di legge che imponga a carico della stazione appaltante l'adempimento delle suddette formalità, risponde ad una logica quantomeno di buon senso ritenere assolutamente abnorme, ingiustificato ed irrazionale annullare la complessa attività proce-

² in tal senso si veda anche CdS, Sez. IV, 5.10.2005, n. 5360; Sez. V, 20.9.2001, n. 4973; Sez. v, 10.5.2005, n. 2342; Sez. V, 25.7.2006, n. 4657

³ in tal senso anche CdS, Sez. V, n. 6729/2007

dimentale posta in essere dalla P.A..

Correttamente il Consiglio di Stato nella sentenza n. 1094/2011 citata si e' premurata di rilevare che non basta insinuare un generico sospetto di condotte idonee ad inquinare lo svolgimento della procedura, ma occorre dedurre circostanze oggettive suscettibili di generare il ragionevole dubbio circa la sussistenza di uno scorretto o negligente assolvimento del dovere di custodia dei plichi contenenti le offerte tecniche ed economiche da parte della commissione di gara.

Allo stato pertanto, in attesa che sulla questione intervenga in termini chiarificatori l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in considerazione dei continui contrasti giurisprudenziale sopra rappresentati, sicuramente appare opportuno che le Commissioni giudicatrici procedano ad inserire nel verbale di gara l'indicazione sia delle cautele adottate che della loro efficacia ai fini dell'integrità e della salvaguardia della documentazione di gara.

«.....GA.....»