

N. 05060/2014REG.PROV.COLL.

N. 04183/2012 REG.RIC.

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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4183 del 2012, proposto dalla s.p.a. Cofely Italia, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Marcello Mereu e dall'avv. Antonello Rossi, con domicilio eletto in Roma presso lo studio dell'avv. Giovanni Bruno in Roma, via Savoia, 31 int.2

contro

Olicar S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio nonché quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese da essa costituito con il Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro – Cons. Coop., costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta, 142;

nei confronti di

Provincia di Cagliari (Ca), in persona del suo Presidente *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Simonetta Garbati, dell'Avvocatura Provinciale, con domicilio eletto in Roma presso lo studio dell'avv. Andrea Manzi, via Federico Confalonieri 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Sardegna, Sez. I, n. 332 dd. 28 marzo 2012 resa tra le parti e concernente l'affidamento dell'appalto per la gestione degli impianti termici degli edifici scolastici di proprietà della Provincia di Cagliari.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Olicar S.p.a. e della Provincia di Cagliari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'ordinanza collegiale n. 1976 dd. 11 aprile 2013 resa da questa Sezione, recante la parziale definizione del presente grado di giudizio con contestuale rimessione della causa all'Adunanza Plenaria;

Vista la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16 dd. 27 giugno 2013, recante l'ulteriore definizione parziale del presente grado di giudizio;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2014 il Cons. Fulvio Rocco e uditi per l'appellante Cofely Italia S.p.a. l'avv. Marcello Mereu e l'avv. Antonello Rossi, per l'appellata Olicar S.p.a. l'avv. Giuseppe Franco Ferrari e per la Provincia di Cagliari l'avv. Andrea Manzi su delega dell'avv. Simonetta Garbati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1.L'attuale appellata, Olicar S.p.a., ha partecipato quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese da essa costituito con il Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro – Cons. Coop., alla procedura di gara indetta dalla Provincia di Cagliari avente ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione degli impianti termici degli edifici scolastici di proprietà di tale Ente.

All'esito della gara Olicar si è collocata al secondo posto della graduatoria finale, nel mentre l'aggiudicazione della stessa è stata conseguita dalla Cofely Italia S.p.a.

1.2. In dipendenza di ciò, con ricorso proposto sub R.G. 951 del 2011 innanzi al T.A.R. per la Sardegna Olicar ha chiesto l'annullamento della determinazione del dirigente preposto al Settore edilizia della Provincia di Cagliari n. 194 dd. 14 ottobre 2010 recante l'indizione della procedura aperta per la gestione degli impianti termici degli edifici scolastici di proprietà dell'Amministrazione provinciale; del bando, del disciplinare e dei verbali di gara, dell'aggiudicazione provvisoria e dell'aggiudicazione definitiva alla controinteressata; della determinazione del dirigente preposto al Settore edilizia della Provincia di Cagliari n. 198 del 22 settembre 2011 recante l'aggiudicazione definitiva della gara a favore di Cofely; della conseguente nota n. 101258 dd. 23 settembre 2011 recante la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva anzidetta; della nota della Provincia di Cagliari n. 10727 dd. 17 ottobre 2011 riguardante l'istanza di accesso agli atti proposta sempre dalla stessa Olicar; nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso.

Con motivi aggiunti Olicar ha chiesto pure l'annullamento di tutti i verbali di gara e delle operazioni svolte nelle relative sedute, nella parte in cui la Commissione giudicatrice non ha disposto l'esclusione della controinteressata e della sua offerta, e ha chiesto – altresì – la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato tra la Provincia di Cagliari e Cofely e la condanna

della Provincia medesima a disporre l'aggiudicazione della gara e la conseguente stipula del contratto a suo favore ovvero, in subordine, l'accertamento e la declaratoria del proprio diritto al risarcimento del danno per equivalente.

Olicar ha dedotto al riguardo le seguenti censure.

1) Violazione dell'art. 75 del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, in quanto la cauzione provvisoria presentata in gara dalla aggiudicataria Cofely Italia S.p.A. sarebbe stata

sottoscritta da soggetto privo del potere di rappresentanza della società;

2) Violazione dell'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006 , in quanto con riferimento al medesimo soggetto (ove fosse dimostrata la titolarità dei poteri di firma contestati) non sarebbe stata, comunque, presentata la dichiarazione sostitutiva sui requisiti generali; la violazione degli obblighi dichiarativi prescritti dall'art. 38 cit. è stata dedotta da Olicar anche nei confronti di altri procuratori di Cofely, diversi dei quali cessati dalle cariche nel triennio precedente la pubblicazione del bando, ovvero di procuratori di società incorporate per fusione nella Cofely Italia S.p.A. e - quindi - da equiparati ai soggetti cessati dalla carica.

3) In via subordinata, violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara, con riguardo alla fase di apertura e controllo della documentazione dell'offerta tecnica, posto che, come risulta dal relativo verbale, la Commissione giudicatrice della gara ha provveduto a tale incombenza in seduta riservata; va – altresì – sin d'ora precisato che al riguardo Olicar ha pure dedotto la mancata verbalizzazione delle cautele osservate dalla Commissione giudicatrice ai fini della **conservazione** dei **plichi** contenenti le offerte tecniche successivamente all'apertura delle relative buste.

4) Violazione dell'art. 79 del D.L.vo 163 del 2006, con conseguente illegittimità della nota n. 101258 dd. 23 settembre 2011, recante la comunicazione ad Olicar l'intervenuta aggiudicazione definitiva a favore di Cofely.

1.3. Si è costituita in giudizio in tale primo grado di giudizio la Provincia di Cagliari, concludendo per la reiezione del ricorso.

1.4. Si è parimenti costituita in giudizio Cofely, formulando analoghe conclusioni, ma proponendo contestualmente ricorso incidentale al fine di ottenere l'esclusione dalla gara della ricorrente.

Cofely ha dedotto in tal senso l'avvenuta violazione dell'art. 23-bis, comma 9, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla L. 6 agosto 2008, n. 133, nonché

dell'art. 113, comma 6, del T.U. approvato con D.L.vo 18 agosto 2000, n. 267: e ciò in quanto sia Olicar, sia la sua mandante Cons Coop risulterebbero affidatarie dirette di servizi pubblici locali e, quindi, non avrebbero potuto partecipare alla procedura di scelta del contraente.

1.5. Con ordinanza n. 504 dd. 14 dicembre 2011, la Sez. I dell'adito T.A.R. ha *“rilevato che in via principale la ricorrente deduce la violazione dell'art. 75 del codice dei contratti pubblici (D.L.vo 163 del 2006), in quanto la cauzione provvisoria presentata in gara dalla aggiudicataria Cofely Italia sarebbe stata sottoscritta da soggetto privo del potere di rappresentanza della società; nonchè, dell'art. 38 del citato codice contratti, in quanto con riferimento al medesimo soggetto non è stata presentata la dichiarazione sostitutiva sui requisiti generali; che, in via subordinata, la ricorrente deduce la violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara, con riguardo alla fase di apertura e controllo della documentazione dell'offerta tecnica, che come risulta dal relativo verbale è stata effettuata in seduta riservata; che costituendosi in giudizio, la Cofely Italia ha contestualmente proposto ricorso incidentale, volto ad escludere dalla procedura di gara la ricorrente principale, per la violazione dell'art. 23 bis del D.L. 112 del 2008, in quanto sia la Olicar che la Cons. Coop sarebbero affidatarie dirette di servizi pubblici locali e quindi non avrebbero potuto partecipare alla procedura di cui trattasi; ciò anche ai sensi dell'art. 113, comma 6, del TUEL; considerato che appare infondato il ricorso incidentale, poiché il servizio di cui trattasi non è qualificabile come servizio pubblico locale; che appaiono infondati anche il primo e secondo motivo, atteso che dalla documentazione depositata dalla controinteressata Cofely Italia risulta rilasciata la procura nei confronti di chi ha sottoscritto la polizza fideiussoria; e che il procuratore, non essendo equiparabile all'amministratore della società, non è tenuto a rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 del codice contratti; considerato che appare meritevole di accoglimento il motivo sulla violazione del principio della pubblicità della gara, dedotto in via subordinata col ricorso principale, in conformità alla giurisprudenza della Sezione confermata dalla recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (28 luglio 2011, n. 13); che, tuttavia, trattandosi di vizio idoneo a travolgere l'intera procedura di*

gara, non consente il subentro nel contratto da parte della ricorrente principale ma esclusivamente il rinnovo integrale della procedura in questione; che, conseguentemente, appare idonea a soddisfare le esigenze cautelari della ricorrente la fissazione, ai sensi dell'art. 119, comma 3, del codice processo amministrativo, dell'udienza per la discussione del merito”.

La causa è stata pertanto trattata nel merito e trattenuta per la decisione alla pubblica udienza dell'8 febbraio 2012.

1.6.1. Con sentenza n. 332 dd. 28 marzo 2012, la medesima Sezione I dell'adito T.A.R. ha respinto il ricorso incidentale proposto da Cofely, nel mentre ha accolto il ricorso principale proposto da Olicar, annullando, per l'effetto, la determinazione del dirigente Settore edilizia n. 198 del 22 settembre 2011, nonché gli atti della procedura di gara nei limiti di cui in motivazione e il verbale di esecuzione anticipata del contratto dell'8 novembre 2011, concluso tra la Provincia di Cagliari e la società Cofely.

1.6.2. Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso incidentale proposto da Cofely, affermando che il servizio di c.d. “*gestione calore*” a suo tempo affidato dal Comune di Rivoli (To) a Olicar deve qualificarsi come un appalto di servizio strumentale all'ente affidante e non già quale servizio pubblico locale destinato all'utenza, posto che il servizio medesimo non è reso direttamente alla collettività, ma è fornito alle strutture gestite dall'ente proprietario, e si traduce pertanto in un servizio di supporto o strumentale ad una diversa attività principale.

Ad avviso del T.A.R., pertanto, risulta evidente la diversità del servizio predetto rispetto – ad esempio - al servizio di pubblica illuminazione delle strade comunali, la cui utilità si rivolge – per contro - all'intera comunità di riferimento e che consente pertanto di qualificarlo come servizio pubblico locale.

In dipendenza di ciò, quindi, lo stesso giudice di primo grado ha concluso nel senso che l'avvenuto affidamento a Olicar del servizio anzidetto non costituisce presupposto per l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 23-bis del D.L. 112

del 2008, convertito con modificazioni dalla L. 133 del 2008, e delle preclusioni ivi previste.

1.6.3. Il T.A.R. ha accolto il ricorso principale proposto da Olicar, avuto riguardo, in via assorbente, al motivo proposto da quest'ultima in via subordinata e con il quale è stata dedotta l'avvenuta violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara nelle quali sono state compiute le operazioni di verifica del contenuto delle offerte tecniche presentate dai concorrenti.

Il giudice di primo grado ha avuto riguardo, in tal senso, al verbale di gara n. 1 della seduta svoltasi il 20 aprile 2011 in forma pubblica, dal quale consta che la Commissione di gara si è limitata in tale frangente a verificare la correttezza formale e il confezionamento dei **plichi**, nonché la correttezza formale del confezionamento delle buste interne contenenti l'offerta tecnica, nel mentre dai verbali successivi consta che le successive sedute dedicate alla apertura ed esame delle offerte tecniche si sono svolte in forma riservata.

Lo stesso giudice ha precisato che dall'accoglimento di tale motivo di ricorso discendeva la necessità per l'Amministrazione di rinnovare il procedimento di gara a partire dalla fase di presentazione delle offerte, trattandosi di aggiudicazione basata sugli apprezzamenti tecnico-discrezionali connessi all'impiego del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.6.4. Il T.A.R. ha - per contro - respinto tutte le censure dedotte da Olicar in ordine all'asserita violazione dell'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006, precisando peraltro al § 14 della propria sentenza che *"l'accoglimento del primo motivo, per gli ampi effetti che – come visto – produce, giustifica altresì l'assorbimento delle ulteriori censure dedotte dalla ricorrente principale"*.

In dipendenza di ciò è stata pertanto assorbita la censura dedotta da Olicar circa la mancata verbalizzazione delle cautele osservate dalla Commissione giudicatrice ai fini della **conservazione** dei **plichi** contenenti le offerte tecniche successivamente

all'apertura delle relative buste.

1.6.5. Il giudice di primo grado ha respinto le domande di risarcimento del danno proposte da Olicar, nel rilievo *“che la ricorrente non assolve in alcun modo all'onere della prova sui danni subiti, che incombe a suo carico ai sensi dell'art. 2697 del codice civile”* (cfr. § 15 della sentenza impugnata).

1.6.6. Lo stesso T.A.R. ha condannato la Provincia di Cagliari e Cofely al pagamento a favore di Olicar delle spese di tale primo grado di giudizio, liquidandole nella misura di € 2.500,00.- (duemilacinquecento/00) a carico di ciascuna parte, oltre, in solido, alla rifusione del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, e successive modifiche.

2.1. Con l'appello in epigrafe Cofely chiede la riforma di tale sentenza.

L'appellante ha censurato la sentenza resa dal T.A.R. riproponendo nella sostanza le tesi del ricorso incidentale da essa proposto in primo grado e criticando le argomentazioni contenute nella sentenza medesima segnatamente riguardanti l'apertura della busta contenente l'offerta tecnica avvenuta non in seduta pubblica.

2.2. Si sono costituite anche nel presente grado di giudizio la Provincia di Cagliari e Olicar, concludendo per la reiezione dell'appello.

Olicar ha riproposto al riguardo, a' sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm. le domande non esaminate in primo grado e che risultavano pertanto assorbite nella sentenza resa dal T.A.R.

2.3. La causa, assegnata a questa Sezione, è stata pertanto trattenuta per la prima volta in decisione alla pubblica udienza del 22 marzo 2013.

2.4. Con ordinanza collegiale n. 1976 dd. 11 aprile 2013 (avente natura di sentenza parziale), questa Sezione ha respinto il motivo d'appello con il quale Cofely ha censurato la sentenza impugnata nel capo recante la reiezione del ricorso incidentale fondato sull'asserita violazione dell'art. 23-bis, comma 9, del D.L. 112

del 2008 convertito dalla L. 133 del 2008 e dell'art. 113, comma 6, del T.U. approvato con D.L.vo 267 del 2000.

2.5. Con la stessa ordinanza la Sezione ha quindi rimesso all'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, a' sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm., la trattazione della questione relativa alla pubblicità delle operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, formulando al riguardo i seguenti quesiti:

1) se l'obbligo di apertura in seduta pubblica dei **plichi** contenenti le offerte tecniche sia operativo solo per le gare indette dopo l'entrata in vigore dell'art. 12 del D.L. 7 maggio 2012, n. 52, convertito con modificazioni dalla L. 6 luglio 2012 n. 94, ovvero se tale regola è applicabile anche per le gare indette prima di tale data;

2) se l'anzidetto art. 12 abbia salvaguardato, e quindi sanato, gli effetti delle procedure già concluse alla data del 9 maggio 2012 e di quelle, ancora pendenti alla detta data, nelle quali si sia già proceduto, prima della medesima data, all'apertura dei **plichi** contenenti le offerte tecniche non in seduta pubblica;

3) se il principio positivizzato dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 13 dd. 28 luglio 2011 (obbligo di apertura in seduta pubblica dei **plichi** contenenti le offerte tecniche) si applichi solo ai **plichi** aperti dopo il 28 luglio 2011, data della sua pubblicazione.

2.6. Nella stessa ordinanza la Sezione ha precisato che, *“per quanto riguarda la riproposizione, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., delle domande non esaminate dal Giudice di prime cure relative all'illegittimità degli atti impugnati per violazione dei principi di segretezza, intangibilità e non conoscibilità delle offerte (per omessa verbalizzazione delle cautele osservate dalla Commissione giudicatrice ai fini della **conservazione** dei **plichi** contenenti le offerte tecniche successivamente all'apertura delle relative buste), la stessa non può essere qui decisa, dipendendo dalla soluzione che la Plenaria intenderà adottare sui quesiti proposti”* (cfr. ordinanza collegiale n.1976 del 2013 cit., pag. 13 e ss.)

2.7. La liquidazione delle spese e degli onorari del presente grado di giudizio sono state riservate alla sentenza definitiva.

3. Con sentenza n. 16 dd. 27 giugno 2013, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato si è pronunciata nel senso che l'anzidetto art. 12 del D.L. 52 del 2012, convertito con modificazioni dalla L. 94 del 2012, non ha portata ricognitiva del principio affermato con la pronuncia della medesima Adunanza Plenaria n. 13 del 28 luglio 2011, ma assolve alla specifica funzione transitoria di salvaguardare gli effetti delle procedure concluse o pendenti alla data del 9 maggio 2012, nelle quali si è proceduto all'apertura dei **plichi** in seduta riservata, recando in sostanza, per questo aspetto, una sanatoria di tali procedure.

Pertanto, sempre secondo la stessa sentenza n. 16 del 2013 resa dall'Adunanza Plenaria, deve riconoscersi natura sanante all'anzidetto art. 12 proprio in quanto diretto a contenere gli oneri amministrativi ed economici che sarebbero derivati dalla caducazione, altrimenti inevitabile, di numerose gare, le quali diversamente sarebbero state di fatto travolte per il mero mancato rispetto dei canoni di pubblicità dell'apertura dei **plichi** contenenti le offerte tecniche in assenza di qualsivoglia indizio circa la manomissione o l'occultamento degli stessi da parte dell'amministrazione procedente.

In conseguenza di ciò l'Adunanza Plenaria ha affermato che - nel caso di procedimento di gara conclusosi prima dell'entrata in vigore dell'art. 12 del D.L. 52 del 2012 - va considerata legittima l'apertura delle buste delle offerte tecniche in seduta non pubblica, effettuata in conformità con la previsione del relativo disciplinare di gara e - a sua volta - pronunciandosi parzialmente sull'appello in epigrafe, ha conseguentemente accolto il motivo d'appello proposto da Cofely relativo alla pubblicità delle operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e ha rinviato la causa a questa stessa Sezione per la decisione sulle residue questioni controverse tra le parti, che si identificano - come si legge a pag. 10 della

medesima sentenza n. 16 del 2013 – con *“le domande, non esaminate dal giudice di primo grado e riproposte da Olicar s.p.a. ai sensi dell’art. 101, comma secondo, cod. proc. amm. relative alla (asserita) illegittimità degli atti impugnati per violazione dei principi di segretezza, intangibilità e non conoscibilità delle offerte, per avere la commissione di gara omissivo di verbalizzare le cautele osservate ai fini della **conservazione** dei **plichi** contenenti le offerte tecniche successivamente all’apertura delle relative buste”*.

In dipendenza di ciò, la medesima Adunanza Plenaria ha rinviato alla sentenza definitiva la statuizione sulle spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

4. In prossimità dell’udienza di trattazione dell’anzidetta questione residuale innanzi a questa Sezione, Olicar ha insistito con propria memoria per l’accoglimento della censura da essa dedotta in primo grado, replicando quindi con ulteriore memoria alle opposte e parimenti argomentate conclusioni rassegnate al riguardo dalla Provincia di Cagliari e da Cofely.

5. Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2014 la causa è stata nuovamente trattenuta per la decisione.

6.1. Tutto ciò premesso, il Collegio preliminarmente evidenzia che - per effetto dell’avvenuto accoglimento dell’appello proposto da Cofely in ordine alla pubblicità delle operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche - risulta caducata la statuizione resa dal giudice di primo grado in ordine alla necessità per l’Amministrazione di rinnovare il procedimento di gara a partire dalla fase di presentazione delle offerte in dipendenza della mancata apertura in seduta pubblica delle offerte recanti le offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti.

Pertanto, a seguito dell’avvenuta riproposizione nel presente grado di giudizio da parte di Olicar, a’ sensi dell’art. 101, comma 2, cod. proc. amm., del motivo di ricorso relativo alla mancata verbalizzazione delle cautele osservate ai fini della **conservazione** dei **plichi** contenenti le offerte tecniche successivamente all’apertura delle relative buste (motivo già da essa proposto in primo grado e

rimasto assorbito nella sentenza impugnata), questo giudice è tenuto a pronunciarsi anche su tale questione, stante l'effetto devolutivo che per tale iniziativa processuale della parte appellata si è pertanto determinato nell'economia del presente giudizio (cfr. sul punto, *ex plurimis* e tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2026, secondo la quale l'effetto devolutivo proprio del giudizio d'appello comporta *ex se* l'integrale rivalutazione delle questioni controverse che vengano in tale sede riproposte, con modifica o integrazione della motivazione della sentenza impugnata, ove necessario) e il ben evidente effetto caducante per la gara di cui trattasi nell'ipotesi che tali censure di Olicar dovessero essere accolte.

6.2. Posto ciò, Olicar ha qui dedotto a sostegno della propria tesi (secondo la quale l'anzidetta mancanza inficerebbe *ex se* l'esito del procedimento di scelta del contraente) la circostanza che in tutti verbali di gara non sarebbe dato di rinvenire riferimenti di sorta in ordine alle modalità di **conservazione** delle offerte tecniche già aperte nel lasso di tempo intercorrente tra la conclusione della relativa seduta della Commissione di gara e quella successivamente tenuta da quest'ultima: circostanza, questa, confortata dalla stessa lettura del doc. 2 del fascicolo di primo grado.

Olicar, in particolare, richiama a conforto della propria tesi la sentenza n. 978 dd. 18 febbraio 2013 resa da questa stessa Sezione, laddove tra l'altro – e per quanto qui segnatamente interessa – si afferma che “*se il verbale indica che i **plichi** sono conservati in luogo chiuso, senza ulteriori specificazioni, e se in ciascun verbale si dichiara che i **plichi** pervenuti risultano tutti integri e debitamente sigillati e firmati sui lembi di chiusura, facendo il verbale prova fino a querela di falso, si deve escludere che sia avvenuta una manomissione e che le operazioni di gara siano illegittime*”.

Ad avviso dell'appellata, quindi, l'enunciazione giurisprudenziale surriferita indicherebbe le circostanze minimali che dovrebbero essere menzionate nel

verbale delle operazioni di gara al fine di garantire l'osservanza dei principi di segretezza, di intangibilità e di non conoscibilità delle offerte, assolutamente essenziali per il legittimo svolgimento dei procedimenti ad evidenza pubblica e che nella specie risulterebbero - per contro - palesemente violati a causa dell'omissione riscontrata al riguardo nel verbale che è stato redatto.

6.3.1. Il Collegio, per parte propria, rileva che nella stessa sentenza riferita da Olicar a sostegno della propria tesi si dà atto che la giurisprudenza non risulta essersi unanimemente pronunciata sulla questione.

6.3.2. Un primo orientamento risulta invero rigoroso in ordine all'individuazione delle misure da adottare per garantire la **conservazione** e l'integrità dei **plichi** contenenti le offerte, in modo che ne sia assicurata la segretezza, e richiede che le cautele adottate siano menzionate ed indicate nel verbale di gara (cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2011, n. 4487; Sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203, e 12 dicembre 2009, n. 7804).

Secondo tale indirizzo "*rigorista*", l'integrità dei **plichi** contenuti le offerte costituisce garanzia della segretezza delle stesse e della parità di trattamento tra tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa (così la Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2010 n. 3203; cfr., altresì, negli stessi termini Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2008 n. 1219).

L'adesione a tale ordine di argomenti comporta le seguenti conseguenze:

- 1) l'individuazione di un soggetto responsabile della custodia dei **plichi** o di un consegnatario degli stessi;
- 2) l'insufficienza di verbalizzazioni con generico riferimento ai locali di custodia dei **plichi**, senza precisare se gli stessi – e, in particolare, proprio le buste recanti l'offerta tecnica – siano stati nuovamente risigillati o comunque richiusi in modo adeguato così da evitare qualsivoglia ipotesi di manomissione (cfr. sul punto

l'anzidetta sentenza di Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2010 n. 3203);

3) l'obbligo della commissione di adottare le cautele idonee a garantire la segretezza degli atti di gara ed a prevenire rischi di manomissioni, indicando nel verbale tali cautele e dando atto a verbale della integrità dei **plichi**;

4) nel verbale deve risultare il nominativo di colui cui siano materialmente consegnati i **plichi**, che ne assume le conseguenti responsabilità, ovvero – con chiarezza e univocità – deve essere indicato l'ufficio cui sono consegnati e all'interno del quale essi vanno conservati, con individuazione immediata del suo responsabile; in qualsiasi momento, ogni autorità giurisdizionale o amministrativa (e, a seconda dei casi e delle relative funzioni, anche di vigilanza) dalla lettura dei verbali di consegna deve poter agevolmente accertare quali siano stati i passaggi dei **plichi**, ove essi siano stati collocati nel corso del tempo, chi abbia posto mano su di essi e ogni altra circostanza attinente alla loro integrità e **conservazione**.

Va soggiunto che, sempre in coerenza con tale indirizzo della giurisprudenza, le cautele osservate possono reputarsi idonee allo scopo soltanto se con esse si verifica la **conservazione** dei **plichi** in luogo chiuso, non accessibile al pubblico, e con l'individuazione di un soggetto o ufficio responsabile dell'inaccessibilità del luogo a terzi; e che, sebbene non necessitano formule sacramentali, la verbalizzazione è legittima se, oltre ad elencare le cautele adottate, indica, sotto la responsabilità dei verbalizzanti, che le cautele sono state efficaci in quanto i **plichi** sono integri (cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 23 giugno 2011, n. 3803, 30 giugno 2011, n. 3902, e 27 luglio 2011, n. 4487).

Sempre secondo l'orientamento giurisprudenziale ora in esame, le garanzie a cautela della integrità dei **plichi** integrerebbero una fattispecie di pericolo, non una fattispecie di danno.

In conseguenza di ciò, quindi, sarebbe 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, e senza che a carico dell'interessato possa configurarsi un onere di provare un concreto evento di danno (così Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203).

Detto altrimenti, al fine di inficiare le operazioni di gara sarebbe pertanto di per sé condizione necessaria e sufficiente la mera esposizione al rischio di manomissione della documentazione oggetto di valutazione da parte della Commissione giudicatrice della gara medesima (Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2011, n. 1617).

6.3.3. Un secondo indirizzo giurisprudenziale reputa – per contro - che la mancata emersione dagli atti di gara dell'osservanza delle sopradescritte cautele assume soltanto un profilo indiziario rispetto alla dimostrazione di elementi che facciano dubitare della c.d. “*genuinità*” dei **plichi**, necessitando comunque la prova che vi sia stata una violazione dell'integrità e segretezza dei **plichi** medesimi.

Si è affermato in tal senso che la mancanza di una dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei **plichi** e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce - di per sé - motivo di illegittimità delle operazioni di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione (così Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2011 n. 1094, 25 luglio 2006 n. 4657, 10 maggio 2005 n. 2342 e 20 settembre 2001 n. 4973; Sez. IV, 5 ottobre 2005 n. 5360).

Questo diverso indirizzo non condivide pertanto il più rigoroso orientamento precedentemente descritto, reputandolo espressione di un indirizzo meramente formalistico, con la conseguenza che la mancata indicazione in dettaglio, nei verbali di gara, delle specifiche modalità di custodia dei **plichi** e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituirebbe - di per sé motivo - di illegittimità del verbale medesimo e della complessiva attività posta in essere dalla Commissione di gara, laddove il concreto andamento di quest'ultima, ovvero ulteriori elementi non inducano a dubitare della corretta **conservazione**.

6.3.4. La questione sottoposta all'esame del Collegio attiene dunque agli adempimenti della Commissione giudicatrice della gara che devono accompagnare le determinazioni di valutazione delle offerte, ove queste non si esauriscano in un'unica seduta: adempimenti che, come rilevato innanzi, investono le modalità di **conservazione** e di custodia dei **plichi** a prevenzione di manomissioni da cui possa derivare l'alterazioni di atti del procedimento quali inizialmente introdotti dai partecipanti alla gara.

Va evidenziato al riguardo che si tratta di operazioni materiali che non coinvolgono la volontà negoziale dell'Amministrazione, ma che sono finalizzate a garantire la genuinità della documentazione sulla quale la Commissione giudicatrice della gara è chiamata ad esprimersi.

Invero, sul punto vi è una evidente lacuna normativa: le oscillazioni giurisprudenziali – che hanno evidenziato come possano esservi diverse soluzioni ragionevoli della questione – si sono verificate poiché sia il D.L.vo 163 del 2006, sia il suo regolamento attuativo approvato con D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, non recano sul punto disposizioni di dettaglio.

IL regolamento reca, al suo art. 117, un limitato riferimento alle sedute di gara, per le quali, in particolare, è prevista la possibilità di sospensione e di aggiornamento a data successiva, con esclusione della fase di apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

6.3.5. In assenza di disposizioni espresse (che in materia risulterebbero essenziali per ridurre il contenzioso e rendere più certi gli esiti delle gare), e poiché l'ordinamento si sta senz'altro evolvendo verso l'affermazione di regole che non si basino su soluzioni formalistiche, il Collegio ritiene, quindi, che la mancata indicazione nel verbale di operazioni singolarmente prese in considerazione (quali, a titolo di esemplificazione, l'identificazione del soggetto responsabile della custodia dei **plichi**, ovvero il luogo di custodia dei **plichi** stessi nel tempo che

separa ogni seduta dalla successiva) non possa essere di per sé elevato a vizio del procedimento nel profilo della violazione di legge, stante l'acclarata assenza al riguardo di specifiche regole procedurali a livello di disciplina generale.

In assenza di disposizioni statali di rango legislativo o regolamentare, peraltro, le singole amministrazioni possono disciplinare le modalità di **conservazione** dei **plichi** con proprie regole generali ed astratte, volte ad evitare che i singoli funzionari possano liberamente decidere il da farsi.

Non dovendosi applicare nella gara *de qua* specifiche disposizioni di *ius scriptum*, il Collegio deve pertanto a questo punto soffermarsi sugli adempimenti complessivamente compiuti dalla Commissione a salvaguardia della segretezza delle offerte, dell'integrità degli atti di gara e del pericolo di manomissione.

L'atto da esaminare per verificare se vi sono state idonee operazioni di salvaguardia della genuinità e della *interità dei plichi* è ovviamente il verbale che deve accompagnare le operazioni di gara.

Il verbale è redatto in via ordinaria per ogni adunanza dell'organo collegiale ed ha funzione ricognitiva e documentale delle operazioni compiute e delle deliberazioni assunte.

L'art. 78, comma 1, del D.L.vo 163 del 2006 indica gli elementi informativi essenziali e minimali da cui deve essere assistito il verbale da redigersi per "ogni contratto".

Ivi, peraltro, come sopra osservato, il legislatore non ha preso in alcuna considerazione le modalità di custodia dei **plichi** nella fase che intercorre fra una seduta e l'altra: ossia, ancora una volta non si rinviene nell'ordinamento un puntuale dato normativo al quale raccordare il giudizio di sufficienza della verbalizzazione e ricavare, quindi, il contestato elemento invalidante della gara.

Queste notazioni di fondo, pertanto, inducono il Collegio a concludere nel senso che – fermi restando sul piano funzionale i principi di sufficienza e di esaustività

del verbale - la mancata e pedissequa indicazione in ciascun verbale di gara delle operazioni specificatamente finalizzate alla custodia dei **plichi** non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante del procedimento di scelta del contraente, non potendosi pertanto collegare per implicito all'insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed all'integrità delle offerte.

Tale conclusione risulta, del resto, coerente al generale principio di **conservazione** degli atti giuridici, il quale porta ad escludere che l'atto deliberativo possa essere viziato per incompletezza dell'atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, salvo i casi in cui puntuali regole dettate dall'Amministrazione aggiudicatrice indichino il contenuto essenziale del verbale.

Ne consegue che ogni contestazione del concorrente - volta ad ipotizzare una possibile manomissione, o esposizione a manomissione dei **plichi**, idonea ad introdurre un *vulnus* alla regolarità del procedimento di selezione del contraente - non può trovare sostegno nel mero dato formale delle indicazioni che si rinvencono nel verbale redatto per ogni adunanza della Commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata dall'allegazione di puntuali circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla c.d. "genuinità" dell'offerta, che va preservata in corso di gara.

Né va sottaciuto che, per quanto le modalità di **conservazione** siano state accurate e rigorose (ad es. chiusura in cassaforte o altro) non si potrà mai escludere che vi sia stata una dolosa manipolazione, ad esempio ad opera di chi conosceva la combinazione per aprire la cassaforte), e - nondimeno - che chi sia interessato a farlo possa darne la prova; e —per contro, e altrettanto ragionevolmente - il fatto che le modalità di **conservazione** siano state meno rigorose non autorizza a presumere che la manipolazione vi sia stata, a meno che non vengano prodotte in tal senso prove o quanto meno indizi.

In linea di principio tutto quanto sopra consente pure di affermare che sussiste un

vizio invalidante del procedimento di scelta del contraente soltanto qualora esso sia positivamente provato (se del caso all'esito o nel corso di un processo penale), o quanto meno vi siano seri indizi, che la documentazione di gara sia stata manipolata negli intervalli fra un'operazione e l'altra, e che in tale ordine delle cose dalla menzione a verbale delle modalità di **conservazione** della documentazione medesima discende il mero effetto della precostituzione di una prova dotata di fede privilegiata, a' sensi degli artt. 2699 e 2700 cod. civ., idonea quindi a prevenire o a rendere comunque più difficoltose future contestazioni: ma, per quanto detto innanzi, tali menzioni a verbale, ancorchè accurate nel loro contenuto, comunque non impediranno l'esercizio dei poteri della autorità giudiziaria ovvero, a chi vi abbia interesse, il fornire la prova dell'avvenuta manipolazione, se del caso anche con il procedimento di querela di falso di cui all'art. 77 e ss. cod. proc. amm. e di cui alla disciplina dell'art. 221 cod. proc. civ. ivi presupposta; e - allo stesso modo - la mancanza o l'incompletezza della verbalizzazione medesima, ovvero l'eventuale inadeguatezza delle modalità di custodia prescelte avranno soltanto l'effetto di rendere meno arduo il compito di chi voglia raggiungere quella prova, ovvero rappresentare quegli indizi.

6.3.6. Applicando le considerazioni suesposte al caso di specie, deve pertanto concludersi nel senso che le prospettazioni di Olicar non possono essere accolte, poichè essa in concreto non comprova che nella specie sia stata manomessa l'integrità della documentazione di gara, né fornisce indizi in proposito o alcun elemento suscettibile di ulteriori approfondimenti.

6.4. Dalla reiezione del sopradescritto motivo di ricorso proposto in primo grado da Olicar, consegue che la sentenza qui impugnata va riformata e che, per l'effetto, l'impugnativa già ivi complessivamente proposta da tale parte va respinta.

La reiezione del ricorso di primo grado comporta pure il rigetto delle domande di risarcimento del danno ivi parimenti proposte.

7. Le spese e gli onorari di entrambi i gradi di giudizio possono essere integralmente compensati tra tutte le parti, stante la quantità e la complessità delle diverse questioni trattate.

Vanno, peraltro, poste a integrale carico di Olicar le somme corrisposte nei due gradi di giudizio a titolo di contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie come da motivazione (ricorso: n. 4183 del 2012) e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata respinge il ricorso proposto in primo grado dalla Olicar S.p.a.(ricorso: n. 951 del 2011).

Compensa integralmente tra tutte le parti le spese e gli onorari di entrambi i gradi di giudizio.

Pone a integrale carico di Olicar S.p.a. le somme corrisposte nei due gradi di giudizio a titolo di contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **14/10/2014**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)