

L'interpretazione 'plenaria' dell'art. 12 del d.l. n. 52/2012.

di Lucio Scotti

Data di pubblicazione: 26-4-2013

CONSIGLIO DI STATO, Ad. Plen. – sentenza 22 aprile 2013, n. 8
Presidenti Giovannini, Virgilio, Lignani, Baccharini, Pajno; Estensore Meschino

L'obbligo di seduta pubblica per la fase di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche deve ritenersi operativo solo per le gare indette dopo l'entrata in vigore dell'art. 12 del D.L. n. 52 del 2012 giacché la disposizione de qua avrebbe la specifica funzione transitoria di sanare le procedure ad evidenza pubblica concluse o pendenti alla data del 9 maggio 2012, nelle quali si sia proceduto all'apertura dei plichi in seduta riservata.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4 di A.P. del 2013, proposto dalla s.r.l. Co.res. in proprio e quale capogruppo mandataria dell'Ati costituita con la s.r.l. Taletti Costruzioni, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Francesco Migliarotti, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

la s.r.l. G.P.L. Costruzioni Generali, la s.p.a Torelli Dottori, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Marco Bertinelli Terzi, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

nei confronti di

Ente regionale per il diritto allo studio universitario di Ancona (Ersu), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Lucchetti, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;
Intercantieri Vittadello s.p.a., non costituita;

sul ricorso numero di registro generale 5 di A.P. del 2013,

proposto dall'Ente regionale per il diritto allo studio universitario di Ancona (Ersu), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Lucchetti, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

la s.r.l. G.P.L. Costruzioni Generali, la s.p.a. Torelli Dottori, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Marco Bertinelli Terzi, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele, 18;

nei confronti di

s.r.l. Co.res. in proprio e nella qualita' di capogruppo mandataria in Ati con la Taletti Costruzioni; la

s.r.l. Taletti Costruzioni in proprio e nella qualita' di mandante dell'Ati con la s.r.l. Co.res., in persona dei legali rappresentanti pro tempore;

Intercantieri Vittadello s.p.a., non costituita;

per la riforma

quanto al ricorso n. 4 del 2013:

della sentenza del T.a.r. Marche - Ancona: Sezione I, n. 280/2012, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 5 del 2013:

della sentenza del T.a.r. Marche - Ancona: Sezione I, n. 280/2012, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.r.l. G.P.L. Costruzioni Generali, della s.p.a. Torelli Dottori e dell'Ente regionale per il diritto allo studio universitario di Ancona (Ersu);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti delle cause;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2013 il consigliere Maurizio Meschino e uditi per le parti l'avvocato Soprano, per delega dell'avvocato Migliarotti, e l'avvocato Lucchetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La s.r.l. G.P.L. Costruzioni generali, in proprio e quale capogruppo in a.t.i. con la s.p.a. Torelli Dottori, con il ricorso n. 864 del 2011, proposto al Tribunale amministrativo regionale per le Marche, ha chiesto l'annullamento: della deliberazione 30 giugno 2011 n. 15 del Consiglio di Amministrazione dell'Ente regionale per il diritto allo studio universitario di Ancona (in seguito "Ersu") di aggiudicazione in via definitiva della gara indetta a procedura aperta, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento delle opere di recupero e risanamento conservativo dell'immobile denominato "Buon Pastore", da adibire a residenza

universitaria e servizi; della delibera del 22 marzo 2011 n. 8 di nomina della Commissione aggiudicatrice; nonché, in parte qua, degli atti presupposti tra cui i verbali 31/3/2011, 4/4/2011, 7/4/2011, 12/4/2011, 26/4/2011, 2/5/2011, 10/5/2011, 19/5/2011, il bando e il disciplinare di gara.

2. Il Tribunale adito, con la sentenza n. 280 del 2012, respinto il ricorso incidentale proposto dalla s.r.l. Cores controinteressata aggiudicataria, ha accolto il ricorso principale, con l'annullamento, per l'effetto, degli atti con esso impugnati.

Il primo giudice ha ritenuto fondato il terzo motivo di ricorso, con cui è stata censurata l'intervenuta apertura in seduta non pubblica del Plico B - Offerta tecnica, "contravvenendo così all'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 13/2011". Nella sentenza è anche specificato che il detto motivo "si rivolge anche contro la lex specialis non risultando, sul punto, immediatamente impugnabile per inattualità dell'interesse ad agire prima di conoscere i risultati della gara", essendo stato specificamente impugnato il disciplinare di gara in quanto recante, all'art. 4, la previsione dell'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche in una o più sedute successive "non pubbliche".

3. Con gli appelli, n. 3945 del 2012, proposto dalla s.r.l. Co.res., e n. 4247 del 2012, proposto dall'Ersu, è stato chiesto l'annullamento della sentenza di primo grado, con domanda cautelare di sospensione dell'esecutività.

La G.P.L Costruzioni Generali ha proposto appello incidentale nel giudizio sull'appello n. 3945 del 2012.

Le domande cautelari sono state accolte, rispettivamente, con le ordinanze n. 2377 e n. 2387 del 20 giugno 2012.

4. La VI Sezione di questo Consiglio di Stato, nell'udienza del 16 novembre 2012, in cui le cause sono state trattenute in decisione, riuniti gli appelli, li ha respinti con sentenza parziale "nei termini precisati in motivazione", avendo anche respinto le deduzioni proposte in via incidentale. In particolare nella sentenza non è stata valutata la sola censura "in accoglimento della quale la procedura di gara di cui trattasi è stata annullata in primo grado di giudizio: censura riferita all'apertura dei plichi, contenenti le offerte tecniche, in seduta non pubblica. Tale modalità procedurale, come è noto, risulta oggi non consentita dall'art. 12 del d.l. 7.5.2012, n. 52, convertito in legge 6.7.2012, n. 94 , che – di per sé non applicabile alla procedura di cui trattasi, poiché successivamente emanato – recepisce tuttavia un principio interpretativo, affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 13 del 28.7.2011".

È stata quindi disposto il deferimento delle cause dell'Adunanza plenaria, per la risoluzione dell' "ultima questione dedotta in giudizio (estensione del principio di pubblicità alle offerte tecniche, in caso di contraria prescrizione del bando)".

5. All'udienza del 25 marzo 2013 le cause sono state trattenute per la decisione da parte di questa Adunanza plenaria.

DIRITTO

1. Nell'ordinanza di rimessione la questione "della immediata impugnabilità del bando di gara per ogni vizio rilevato", portata all'esame dell'Adunanza plenaria, è esposta nei termini di seguito sintetizzati.

1.1. Nel caso di specie l'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche in seduta non

pubblica non configura violazione del disciplinare di gara essendo tale procedura ivi prevista (art. 4) e non potendo quindi, la censura di violazione del principio di trasparenza, prescindere dall'impugnazione del bando, proposta nella specie insieme con quella dell'aggiudicazione non favorevole.

Al riguardo sia l'aggiudicataria, s.r.l. Co.res., che l'Ersu hanno eccepito la tardività del gravame, in rapporto ad un atto, in ipotesi, immediatamente lesivo e da contestare entro il termine di decadenza; con prospettazione innovativa dell'indirizzo giurisprudenziale per il quale l'atto amministrativo generale presupposto è da impugnare direttamente nel detto termine soltanto nel caso in cui sia immediatamente lesivo di situazioni soggettive protette e perciò quando il bando contenga una clausola comportante l'esclusione di singoli soggetti dalla partecipazione alla gara.

1.2. Questo indirizzo, espresso nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003 con successiva giurisprudenza conforme, merita di essere riconsiderato, si prospetta nell'ordinanza di rimessione, per i motivi già indicati nelle precedenti ordinanze di rimessione, n. 351 del 2011 e n. 2633 del 2012 (non esaminate per difetto di rilevanza della questione nei casi di specie), con cui è stato osservato, in sintesi, che: a) la limitazione dell'immediata impugnabilità alle sole cause escludenti non ha prodotto l'effetto atteso di deflazione del contenzioso; b) i principi di buona fede e affidamento di cui agli articoli 1337 e 1338 c.c. comportano per le imprese partecipanti l'obbligo dell'attenta disamina del bando e della sua immediata impugnazione se recante cause di invalidità della procedura predisposta, anche come possibile fonte di responsabilità precontrattuale, in linea, inoltre, con la ratio ispiratrice dell'art. 243-bis del codice dei contratti pubblici che richiede l'informativa preventiva dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale.

1.3. Queste osservazioni sono da condividere, si soggiunge nell'ordinanza, dovendosi quindi affermare l'obbligo delle imprese partecipanti a procedure contrattuali ad evidenza pubblica di impugnare entro gli ordinari termini di decadenza qualsiasi clausola del bando ritenuta illegittima. Ciò è conforme al nuovo orientamento definito con la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, in quanto volto al superamento di indirizzi giurisprudenziali che finiscono per determinare una "litigiosità esasperata" senza garantire l'interesse primario di ciascun concorrente all'aggiudicazione dell'appalto, rendendo gravosa l'esecuzione delle opere pubbliche. Ed è altresì in linea con i principi regolatori dell'impugnativa di atti amministrativi generali destinati alla cura di interessi pubblici nei confronti di destinatari indeterminati ma determinabili, poiché, con la domanda di partecipazione alla gara, i concorrenti divengono titolari di una situazione soggettiva di interesse legittimo corrispondente all'esercizio di un potere soggetto al principio di legalità e, perciò, di un interesse protetto al corretto svolgimento della procedura che è leso per effetto di qualsiasi vizio del bando, da impugnare quindi in termini, eliminando l'incertezza di eventuali impugnative per garantire l'interesse pubblico all'efficienza e all'efficacia dell'azione amministrativa.

1.4. Questa conclusione risulta coerente, infine, con i principi affermati in sede comunitaria, per i quali l'effettività della tutela è assicurata anche dalla massima possibile limitazione di ogni margine

di incertezza giuridica sul piano sostanziale o procedurale (cfr. direttive 2007/66/CE e 89/665/CEE,

con particolare riguardo al punto 25 del preambolo della prima).

2. Su questa base è quindi necessario stabilire nel caso di specie, si conclude nell'ordinanza,

se l'originaria ricorrente in primo grado (s.r.l G.P.L Costruzioni generali) dovesse impugnare immediatamente la clausola del bando sull'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta

non pubblica, che immediatamente la esponeva alla violazione del principio di trasparenza procedurale, e non dopo l'esito finale della gara per essa sfavorevole.

3. Nell'appello dell'Ersu, e nelle memorie difensive proposte dall'Ente in entrambe le cause, la sentenza di primo grado è censurata per violazione di legge in relazione all'art. 12 del decreto legge 7 maggio 2012, n. 52 (convertito in legge 6 luglio 2012, n. 94), in vigore dal 7 luglio 2012.

Con tale articolo è stato disposto che:

<<1. Al comma 2 dell'articolo 120 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, è premesso il seguente periodo: «La commissione, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti.»

2. Al comma 2 dell'articolo 283 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, è premesso il seguente periodo: «La commissione, costituita ai sensi dell'articolo 84 del codice, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di

procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti» e dopo le parole: «In una o più sedute riservate, la commissione» le parole: «, costituita ai sensi dell'art. 84 del codice,» sono soppresse. >>.

Al riguardo l'appellante deduce che tale intervento legislativo esclude l'applicabilità al caso in esame del principio dell'apertura in seduta pubblica dei plichi delle offerte tecniche, valendo a tenere fermi gli effetti delle procedure chiuse o pendenti se le buste siano state già aperte in seduta riservata alla data del 9 maggio 2012 e dovendo perciò essere riformata la sentenza impugnata.

4. L'Adunanza plenaria reputa che la fondatezza della censura, sulla quale manca una statuizione decisoria nell'ordinanza di rimessione, evidenzia la legittimità della clausola del bando e, quindi, esima il Collegio dall'approfondimento della questione processuale della tempestività della relativa impugnazione.

L'Adunanza plenaria condivide infatti le conclusioni già definite da questo Consiglio, secondo cui il

sopra citato art. 12 non ha portata ricognitiva del principio affermato con la pronuncia n. 13 del 2011 ma ha la specifica funzione transitoria di salvaguardare gli effetti delle procedure concluse o pendenti alla data del 9 maggio 2012, nelle quali si sia proceduto all'apertura dei plichi in seduta riservata, recando in sostanza, per questo aspetto, una sanatoria di tali procedure (Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978 e giurisprudenza ivi citata).

Ciò sulla base delle seguenti argomentazioni:

- il principio di pubblicità, pur di derivazione comunitaria, non è direttamente cogente ma ha un contenuto programmatico, restando perciò agli Stati membri la sua concreta declinazione in coerenza con altri valori, a cominciare da quello dell'affidamento incolpevole da parte dell'aggiudicatario che abbia confidato sulla vigenza di determinate regole procedurali che, nella

specie, nella maggior parte dei casi, prevedevano l'apertura dei plichi in seduta riservata;
- con il citato art. 12, di conseguenza, è stata normata la regola di diritto definita dall'Adunanza plenaria ma è stato al contempo precisato che l'obbligo della seduta pubblica decorre dal 9 maggio 2012, confermando per il passato l'inesistenza di una disposizione cogente di tale contenuto;

- questa disciplina transitoria ha lo scopo di evitare il travolgimento di numerosissime gare in corso,

con i conseguenti oneri economici e amministrativi particolarmente gravosi nella presente fase di crisi economica;

- né appare logico, si deve concludere, attribuire alla norma *altra ratio*; non vi sarebbe ragione infatti per un intervento normativo che obbliga all'apertura pubblica dei plichi soltanto a partire da

una certa data "anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati

ancora aperti", se non allo scopo di tenere esente dall'obbligo l'intervenuta, antecedente apertura

dei plichi.

5. Le considerazioni fin qui esposte trovano applicazione al caso in esame, poiché:

- il procedimento gara è stato avviato nel gennaio 2011, con la pubblicazione del bando e del disciplinare di gara, essendo stato previsto in quest'ultimo che <<La Commissione di gara procede, quindi, in una o più sedute successive non pubbliche, all'apertura dei Plichi "B-Offerta Tecnica">>

(art. 4);

- la commissione ha eseguito la verifica della documentazione contenuta nei Plichi B nella seduta non pubblica del 7 aprile 2011;

- la delibera di aggiudicazione definitiva è di data 30 giugno 2011 (delibera n. 15), con l'invio il giorno successivo della comunicazione prevista dall'art. 79, comma 5 e seguenti, del codice dei contratti pubblici;

- essendosi quindi concluso il procedimento di cui si tratta ben prima dell'entrata in vigore della normativa disposta con l'art. 12 del decreto legge n. 52 del 2012 e restando perciò valida ed efficace, alla luce di tale norma, l'apertura delle buste delle offerte tecniche in seduta non pubblica in conformità con la previsione del disciplinare di gara.

6. La fondatezza della censura esaminata conduce all'annullamento della sentenza di primo grado, in quanto basata sul solo accoglimento del motivo di ricorso relativo all'apertura delle dette buste in

seduta non pubblica, con accoglimento degli appelli.

La complessa articolazione dei profili di fatto e di diritto della controversie giustifica la compensazione tra le parti delle spese dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) accoglie, come da motivazione, gli appelli riuniti in epigrafe, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, n. 280 del 2012 del Tribunale amministrativo regionale per le Marche (sezione prima), respinge il ricorso n. 864 del 2011.

Compensa tra le parti le spese dei due gradi del giudizio

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2013, con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccarini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Salvatore Cacace, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

E' stata deferita alla cognizione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato una controversa procedura ad evidenza pubblica, annullata dai Giudici di prime cure, nella quale la commissione giudicatrice, in ossequio a quanto previsto dalla lex specialis di gara, aveva proceduto in sede riservata all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche dei partecipanti ed alla verifica della regolarità formale del loro contenuto. Il supremo Consesso di Palazzo Spada ha operato un revirement rispetto al decisum della precedente Adunanza n. 13 del 2011, affermando che tale modalità procedurale risulta attualmente consentita dall'art. 12 del decreto legge n. 52 del 2012, il quale avrebbe natura di clausola di salvaguardia delle procedure precedenti alla sua entrata in vigore.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

L'Adunanza Plenaria muove la propria indagine da un'interpretazione teleologica della novità positiva di cui all'art. 12 del decreto legge n. 52 del 2012 (convertito in legge 6 luglio 2012, n. 94). Tale norma statuisce che la commissione aggiudicatrice deve procedere in seduta pubblica per l'apertura non solo dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e le offerte economiche ma anche di quelli contenenti l'offerta tecnica. Si tratta del recepimento, a livello normativo, del principio di diritto affermato dalla precedente Adunanza del Consiglio di Stato. La norma prosegue stabilendo testualmente che "la commissione, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti".

Il Collegio giudicante, tuttavia, non ha ritenuto di arrestarsi all'interpretazione letterale dell'art.

12, attribuendogli portata meramente ricognitiva del principio affermato con la pronuncia n. 13 del 2011, ma ha affermato la necessità di procedere ad un'interpretazione "teleologica", finalizzata ad individuare la reale ratio legislativa. In questo modo, è pervenuto alla conclusione che il legislatore, nel prevedere l'obbligatorietà per le commissioni aggiudicatrici di svolgere in seduta pubblica l'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica, in realtà abbia inteso limitarne gli effetti alle procedure già concluse o pendenti alla data del 9 maggio 2012, indicata esplicitamente nella norma. In altri termini, le procedure chiuse o nelle quali si sia già proceduto in seduta segreta ad aprire i plichi contenenti le offerte tecniche prima del 9 maggio 2012 sarebbero fatte salve in quanto l'art. 12, interpretato teleologicamente, altro non è che una clausola di salvaguardia degli effetti delle procedure preesistenti.

La Plenaria, successivamente, motiva in maniera estremamente sintetica e lacunosa il carattere "sanante" della disposizione de qua.

In primis, il supremo Consesso ha ritenuto che una siffatta previsione, se interpretata letteralmente, sarebbe in palese contrasto con i principi di buona fede e di affidamento incolpevole di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. Sarebbe, pertanto, ingiusto "punire" il concorrente che, incolpevolmente, si sia attenuto pedissequamente alle regole procedurali previste dalla commissione giudicatrice e che prevedessero l'apertura dei plichi in seduta riservata.

Un ulteriore argomento prodotto dall'Adunanza è di natura processuale: intendendo la disciplina come clausola sanante transitoria, si eviterebbe il travolgimento di numerosissime gare in corso, con un'innegabile azione di deflazione del contenzioso amministrativo.

Infine, i Giudici hanno ravvisato che sarebbe illogico un intervento normativo che obbligasse la commissione giudicatrice a procedere all'apertura pubblica anche per i plichi non ancora aperti ma solo a partire da una data prestabilita, a meno che non si interpreti tale disposizione come teleologicamente indirizzata a tener esente dall'obbligo in questione le procedure antecedenti in cui sia già avvenuta l'apertura degli stessi.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La vexata quaestio della "duttività temporale" della latitudine dell'obbligo di seduta pubblica per la fase di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche sta lacerando la giurisprudenza e la dottrina e, pertanto, appare assolutamente conferente la rimessione all'Adunanza Plenaria. Tuttavia, la sentenza in commento sembra orientarsi verso la deflazione del contenzioso amministrativo, risparmiando alle P.A. oneri amministrativi e quelli potenzialmente risarcitori che conseguirebbero al travolgimento delle numerose gare, tuttora in corso, nelle quali si sia proceduto all'apertura privata.

Il leitmotiv della ricostruzione operata dal supremo Consesso di Palazzo Spada è costituito dal tentativo di addivenire ad un'interpretazione teleologica in grado di adattare il tenore letterale dell'art. 12 del decreto legge n. 52 del 2012. La soluzione adottata dal Collegio può, tuttavia, apparire "disancorata" dalle modalità di svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica. Infatti, qualora la stazione appaltante decida di optare per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'offerta economica e quella tecnica sono inevitabilmente intimamente connesse, in quanto la commissione giudicatrice dovrà tener conto non soltanto del ribasso percentuale (offerta economica), bensì anche della relazione illustrativa delle modalità con le quali il concorrente, in caso di aggiudicazione, eseguirà le prestazioni in oggetto (offerta tecnica). Pertanto, una corretta applicazione del canone ermeneutico finalistico

sembrerebbe rafforzare il tenore letterale della disposizione de qua, la quale consentirebbe alle stazioni appaltanti di correggere in itinere le modalità operative di procedimenti di gara preesistenti, optando per l'apertura in seduta pubblica anche laddove il bando avesse previsto diversamente: pertanto, sulla scorta di tale ragionamento, l'art. 12 non può costituire una sanatoria ma dovrebbe rappresentare il recepimento, a livello positivo, di quanto statuito nel 2011 dal Consiglio di Stato in funzione nomofilattica.

Ma anche nell'ipotesi in cui si volesse ammettere il carattere sanante dell'art. 12, tale assunto potrebbe determinare un'antinomia con il principio di pubblicità, di derivazione comunitaria e recepito dal legislatore italiano nell'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici. Tale principio risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere consentito di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost. In questo senso, pertanto, l'elusione dell'obbligo di pubblicità delle sedute comporterebbe un contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., che stabilisce che "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario", nonché con il sopra citato art. 97 Cost.

Atteso il rango costituzionale dei principi di pubblicità, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, appare peraltro difficile concludere nel senso di una loro compressione in favore della tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole del concorrente, in quanto tali valori sono codificati agli artt. 1337 e 1338 c.c., e, quindi, di rango inferiore nella gerarchia delle fonti.

Si rileva, invece, che potrebbe costituire un valido argomento a sostegno del carattere transitorio e sanante dell'art. 12 il ricorso agli ordinari principi probatori. Secondo questa ricostruzione, sarebbe irragionevole e ingiusto ascrivere alla P.A. un qualsivoglia sospetto circa un'avvenuta manomissione dei documenti di gara annullando sic et simpliciter l'intera procedura. A tal riguardo, pertanto, applicando anche alla fattispecie in oggetto gli ordinari principi in tema di riparto dell'onere della prova, non dovrebbe essere astrattamente priva di pregio l'affermazione dell'incombenza del relativo onere su chi lamenta una doglianza, il quale sarà tenuto a fornire almeno un principio di prova idoneo a far desumere l'irregolare svolgimento della procedura, consentendo al giudice di decidere iuxta alligata et probata. A tal proposito si segnala che in una fattispecie affine, vale a dire l'omessa verbalizzazione, da parte della stazione appaltante, delle cautele adottate per la conservazione dei plichi di gara, la giurisprudenza è addivenuta ad una sorta di tipizzazione delle ipotesi di presunzioni iuris tantum di irregolarità della procedura (ex plurimis, Consiglio di Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1815), che potrebbe tornare utile anche nel caso di specie.

Infine, si segnala che il Consiglio di Stato, con l'ordinanza 11 aprile 2013, n. 1976, ha deferito ex novo alla Plenaria la medesima questione di diritto. Tale rinvio può costituire l'occasione per l'apposizione di un punto definitivo sulla questione, decretando così la fine delle "ostilità" tra i sostenitori dei due diversi orientamenti giurisprudenziali.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

- F. Bartolini, Codice Amministrativo, CELT CasaEditriceLaTribuna, 2012;
- R. Galli, Corso di diritto amministrativo, V ed., Cedam, 2011;

- L. Scotti, Di nuovo in Plenaria la vexata quaestio dell'operatività dell'obbligo di seduta pubblica per la fase di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche, in questa Rivista;
- L. Scotti, L'omessa verbalizzazione delle cautele adottate dalla stazione appaltante per la conservazione dei plichi contenenti le offerte non costituisce un vizio ex se invalidante della procedura di gara, in questa Rivista;
- T. F. Massari, L'interpretazione del Consiglio di Stato sulle questioni inerenti l'apertura delle offerte tecniche, in questa Rivista.