

L'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche in seduta pubblica. Misure di prevenzione per evitare l'alterazione delle offerte tecniche.

di Vito Quintaliani

Data di pubblicazione: 23-3-2018

Nelle recenti Linee Guida, aggiornate dal Consiglio di ANAC con deliberazione n. 4 del 10 gennaio 2017, n. 5 di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n.50 recanti "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici", al punto 8 del paragrafo 1 si legge quanto segue: "[...] *In generale la commissione i) apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica dell'integrità e della presenza dei documenti richiesti nel bando di gara ovvero della lettera di invito*";

La delineata procedura, nell'ambito dei contratti affidati col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attiene alle operazioni preliminari da svolgersi in seduta pubblica e s'inserisce nell'alveo del principio di "trasparenza" che informa, unitamente ai principi di imparzialità, parità di trattamento, pubblicità, l'intera procedura di affidamento dei contratti.

L'apertura delle "offerte tecniche", in seduta pubblica, che rende concreto il principio della "verifica della integrità dei plichi" con la constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, consente di potenziare ulteriormente detto principio al fine di garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara. Ciò consente, inoltre, di riscontrare, opportunamente, nell'interesse pubblico alla "trasparenza" e all'"imparzialità" dell'azione amministrativa, la regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano in seguito intervenute indebite alterazioni^[1] le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post* una volta rotti i sigilli e aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato.^[2]

Gli individuati principi di "trasparenza" e di "integrità", in una agli altri principi che regolano il codice dei contratti, sono la proclamazione di un valore che rappresenta la caratterizzazione assiologica del quadro normativo codicistico dei contratti pubblici in attuazione dei principi di diritto comunitario e anche quello dei principi costituzionali del "*buon andamento e dell'imparzialità*".^[3]

In termini generali i principi non sono altro che obiettivi da raggiungere (un valore da tutelare, ecc.) perché sono ritenuti importanti. In questo specifico senso, l'importanza dei principi consiste nel positivizzare un valore o un diritto morale. I principi per la loro struttura hanno un notevole grado di generalità, astrattezza: sono norme con fattispecie aperta, o addirittura senza fattispecie. I principi sono immanenti nell'ordinamento, ne rappresentano l'essenza^[4]. Non sempre i principi per il loro grado di indeterminatezza poiché proclamanti, esclusivamente,

un valore, un fine, senza stabilire precisamente in che modo essi dovranno essere realizzati, sono in grado di assicurare, per l'appunto, la propria realizzazione, svilendo e depotenziando l'impianto normativo cui il principio stesso presiede.

Ne consegue che i principi hanno bisogno di regole che li specifichino, li concretino. Le regole hanno quindi un'importanza strumentale e diventano importanti nella misura in cui riescono ad assicurare la realizzazione di quel principio, di quel valore.

Questa premessa concettuale consente di affrontare la tutela del principio di "trasparenza", di "integrità", di "imparzialità", nell'ambito della procedura delineata nelle linee guida di Anac, per il quale principio non si rinvengono regole che delineino un meccanismo di protezione dei plichi dopo che, in seduta pubblica, si è accertata e constatata la loro integrità e la regolarità formale degli atti prodotti, così da far rimanere prive di garanzie effettive la documentazione successivamente all'apertura delle buste e in particolare nel corso dell'esame in seduta riservata delle offerte tecniche.

L'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato^[5], chiamata a dirimere due controversi pensieri giurisprudenziali: uno rigoroso nel ritenere che le cautele adottate per garantire la conservazione e l'integrità dei plichi contenenti le offerte, siano menzionate nel verbale di gara; l'altro meno formale nel ritenere che non costituisce di per sé motivo di illegittimità delle operazioni di gara la mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la conservazione e l'integrità delle offerte, purché in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione, non detta né un "principio di diritto", né delinea una misura concreta.

Precisa, invece, che per eccepire una dolosa manomissione alla documentazione originaria non è sufficiente reclamare che le modalità di conservazione, come verbalizzate, risultino non rigorose, autorizzando a presumere che la manipolazione vi sia stata negli intervalli fra un'operazione e l'altra, ma deve essere suffragata da 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. L'orientamento giurisprudenziale su riferito evidenzia che l'accurata verbalizzazione delle modalità di conservazione, preconstituente una prova dotata di fede privilegiata (artt. 2699 e 2700 cod. civ.), per quanto dettagliata, sia atta a prevenire o rendere più difficili future contestazioni, non impedirà mai a chi vi abbia interesse a dare la prova dell'avvenuta manipolazione (passando anche attraverso il procedimento di querela di falso, ove necessario). Allo stesso modo la mancanza o l'incompletezza delle stesse annotazioni, ovvero la scarsa (in ipotesi) efficacia delle modalità di custodia, avranno solo l'effetto di rendere meno arduo il compito di chi voglia raggiungere quella prova, o rappresentare quegli indizi.

Preferendo, chi scrive, la verbalizzazione in cui si dia atto delle modalità di conservazione della documentazione, in assenza di una specifica misura di prevenzione dell'integrità e della genuinità dei documenti introdotti dai partecipanti alla gara successivamente all'apertura, in seduta pubblica, delle offerte tecniche, l'attenzione si sposta sulla sua individuazione.

Tale misura in concreto deve prevenire future contestazioni di manipolazione delle offerte

tecniche garantendo che, nel corso della fase riservata in cui si valutano le offerte tecniche, una di queste non sia sostituita in modo da far ottenere alla ditta che s'intende favorire, il risultato dell'aggiudicazione.

Perciò l'individuazione delle concrete misure cautelari, per preservare gli atti concernenti le offerte delle diverse ditte concorrenti, non può che non essere rimessa, in via prioritaria, al prudente apprezzamento dell'Amministrazione in seno al bando di gara, ovvero, in mancanza, alla commissione nella seduta preliminare.

Vale, per tanto, in conclusione segnalare quali potrebbero essere le idonee concrete misure da adottare al termine della seduta pubblica in cui si sono aperte le buste contenenti le offerte tecniche per la verifica della presenza dei documenti richiesti nel bando di gara ovvero nella lettera di invito :

- a. verificata la corrispondenza delle offerte tecniche, i commissari e almeno un rappresentante delle ditte firmano alcune pagine delle offerte;
- b. inserire le offerte tecniche, siglate, nelle loro buste originarie e poi inserirle in una busta con scritto all'esterno "Offerte tecniche", sigillare la busta con apposte le firme dei commissari sui lembi di chiusura;
- c. raccogliere in un unico plico la busta delle offerte tecniche unitamente alle buste contenenti le offerte economiche, sigillare il plico con striscia di carta gommata e apporre su di esso le firme dei commissari;
- d. nelle successive sedute ripetere le operazioni prima descritte prestando attenzione di inserire in buste separate le offerte tecniche esaminate e rimaste da esaminare e così a seguire fino al termine dell'esame delle offerte tecniche.

Siffatte modalità di conservazione annotate a verbale, si ritiene che possano costituire una prova oltre ogni ragionevole dubbio, cioè, con un grado di affidabilità inconfutabile, atta a rendere attendibile la genuinità delle offerte tecniche e, nel contempo, atta a impedire qualsiasi iniziativa di chi voglia eccepire l'avvenuta manipolazione.

E ciò in ossequio all'obbligo di predisporre cautele a tutela dell'integrità delle buste concernenti le offerte delle imprese partecipanti, che è uno degli elementi sintomatici della trasparenza, della *par condicio* di tutti i concorrenti, in modo da assicurare il rispetto dei principi -consacrati dall'art. 97 della Costituzione- di buon andamento e imparzialità cui deve uniformarsi l'azione amministrativa.

[1] Cons. Stato n.3266/2016.

[2] Cons. Stato, Ad.Plen.,13/2011.

[3] La trasparenza era stata inserita dal Legislatore costituzionale nell'art.97 la cui riforma, a seguito del referendum, non è stata confermata.

[4] Si pensi ai principi costituzionali.

[5] Cfr. Cons. Stato, Ad.Plen., 3 febbraio 2014, n.8.