

APPALTI PUBBLICI: ALCUNE PROBLEMATICHE GIURISPRUDENZIALI IN CORSO DI DEFINIZIONE

*Dott.ssa Alma Chiettini**

1. Colgo l'occasione, con questo intervento, per soffermarmi e segnalare alcune questioni giuridiche particolarmente significative rispetto alle sollecitazioni che l'odierno convegno propone. Si tratta di argomenti che recentemente sono stati oggetto di attenzione da parte dei giudici amministrativi nazionali non solo nell'ambito della quotidiana attività giurisdizionale ma anche nel corso di seminari ed incontri a carattere più generale.

Un primo tema riguarda l'ammontare del contributo unificato, che sta ostacolando vieppiù l'accesso alla giustizia amministrativa specie per la parte produttiva della società. Faccio riferimento da ultimo all'incremento del contributo posto a carico di chi vuole ricorrere al Giudice amministrativo dall'art. 1, comma 25, della legge di stabilità 2013 (legge 24.12.2012, n. 228).

Il contributo unificato - introdotto dal Governo Prodi con l'art. 21, comma 4, del D.L. 4.7.2006, n. 223, e innalzato dal Governo Berlusconi con l'art. 37, comma 6, del D.L. 6.7.2011, n. 98, - è oggi rimasto a €300 solo per i ricorsi in materia di accesso ai documenti amministrativi (di cui all'art. 116 c.p.a.), per i ricorsi avverso il silenzio dell'amministrazione (art. 117 c.p.a.), per i giudizi aventi ad oggetto il diritto di cittadinanza, di residenza, di soggiorno e di

* Magistrato presso il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa Sezione Autonoma per la Provincia di Trento. L'articolo propone i contenuti della relazione presentata dall'autore in occasione del convegno organizzato a Trento il 15 marzo 2013 sul tema *Le novità negli appalti di servizi e forniture fra spending review e prospettive di sviluppo: nuove procedure, convenzioni, mercato elettronico.*

ingresso nel territorio dello Stato, nonché per i ricorsi per ottemperanza del giudicato.

Il contributo è di €650 per tutti i ricorsi c.d. “ordinari”. Ammonta a € 1.800 per tutti i giudizi in cui si applica il rito abbreviato con termini ridotti a metà, di cui al lunghissimo elenco dell’art. 119 c.p.a. (fra cui le procedure di occupazione e di espropriazione, i provvedimenti riguardanti la formazione e il funzionamento degli organi degli enti locali, ecc.).

Incrementi più consistenti sono stati apportati, invece, nella materia degli appalti pubblici. In quest’ambito il contributo unificato, già fissato nella misura unica di €4.000 dall’art. 37, comma 6, lettera s), del D.L. n. 98 del 2011, è stato, con la legge n. 228 del 2012, articolato nel modo seguente:

- €2.000 quando il valore dell’appalto (cioè l’importo posto a base d’asta dalle stazioni appaltanti) è pari o inferiore a €200 mila;
- € 4.000 per le cause di valore compreso tra € 200 mila e € 1.000.000;
- €6.000 per quelle di valore superiore a €1.000.000.

Questi importi, poi, aumentano ulteriormente del 50% per il giudizio di appello, per proporre il quale occorre quindi versare, rispettivamente, €3.000, 6.000 e 9.000 (cfr., art. 1, comma 27, della l. n. 228 del 2012).

Con successivi interventi il Legislatore nazionale è intervenuto ritoccando gli importi sopraccitati o introducendo nuove voci di costo. La legge di stabilità 2013, infatti, ha aggiunto il comma 1 quater all’art. 13 del T.U. sulle spese di giustizia (D.P.R. n. 115 del 2002), prevedendo una sorta di sanzione indiretta nel caso di impugnazioni al Consiglio di Stato dichiarate infondate, inammissibili o improcedibili, indipendentemente dalla causa e dai motivi della pronuncia di reiezione o di inammissibilità.

La nuova disposizione, precisamente, stabilisce che: *“Quando l’impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l’ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale ... Il giudice dà atto nel provvedimento della sussistenza dei presupposti di cui al periodo precedente e l’obbligo di pagamento sorge al momento del deposito dello stesso”*.

C’è da ritenere che l’ammontare di questi importi costituisca un sostanziale deterrente dal ricorrere alla Giustizia amministrativa, soprattutto nella materia degli appalti.

Se consideriamo, ad esempio, la fascia c.d. intermedia di gara, con valore a base d’asta da 200.000 a 1.000.000 € il ricorso in primo grado con il successivo appello costa all’impresa ricorrente €10.000 (4.000 + 6.000), che diventano addirittura €15.000 (6.000 + 9.000) per lo scaglione di valore superiore.

Si consideri, inoltre, che se si propongono motivi aggiunti a quelli già formulati con il ricorso introduttivo, ovvero il ricorso incidentale da parte dell’impresa controinteressata, gli importi del contributo si pagano di nuovo integralmente. Ed è assai elevata la ricorrenza statistica sia dei motivi aggiunti (la cui proposizione è spesso necessaria per non pregiudicare l’impugnazione già proposta, si pensi alla necessità processuale di impugnare, oltre il provvedimento di esclusione dalla gara anche il provvedimento di aggiudicazione, oppure i verbali della Commissione, atti acquisiti successivamente) che di ricorsi incidentali (divenuto uno strumento ordinario di difesa nel giudizio in tema di appalti, utilizzato dall’aggiudicatario per difendersi a seguito del ricorso proposto del secondo classificato nella graduatoria delle offerte).

A queste voci di costo, infine, vanno a sommarsi quelle: per la parcella dell'avvocato, per la condanna in caso di soccombenza, oltre all'ulteriore aggravio del contributo in caso di omessa indicazione - certo non imputabile al privato - dell'indirizzo di posta elettronica o di fax da parte del difensore.

Ora, è evidente solo pochi operatori economici saranno disposti a pagare un importo in molti casi pressoché pari, se non superiore, all'utile sperato per accertare se l'aggiudicatario sia stato scelto legittimamente. Per cui, stante il considerevole aumento del costo della Giustizia, potrà accadere che i piccoli-medi imprenditori siano costretti a prestare acquiescenza a provvedimenti di esclusione dalle gare o di non aggiudicazione dell'appalto.

Lo scenario di riferimento è decisamente differente da quello presente in altri sistemi europei a noi paragonabili: la Spagna e la Germania non prevedono ad oggi alcun "prezzo" per l'accesso alla giustizia, mentre in Francia occorre allegare una marca da €35.

Si tratta di preoccupazioni giustamente e legittimamente crescenti, sia nel mondo delle imprese che tra gli avvocati. Questi ultimi sono comprensibilmente preoccupati degli effetti che certamente produrrà l'aggravio economico del ricorso alla giustizia amministrativa.

Tra le molteplici iniziative assunte dal Foro, occorre ricordare quella, recentissima, attivata dall'Associazione veneta degli Avvocati amministrativisti innanzi alla CEDU - Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per far constare la surrettizia violazione del diritto a un ricorso effettivo combinata con la violazione di fatto del diritto di accesso a un tribunale (articoli 6 e 13 della Convenzione).

Altrettanto rilevante è, poi, la prospettata violazione della convenzione di Strasburgo del 1999 sulla lotta alla corruzione, perché viene

compromessa la possibilità di esperire un ricorso effettivo in grado di far valere le ragioni di chi si sente leso dall'esito di gare pubbliche¹.

Da altro punto di vista, in presenza di legislazione non consolidata e di conseguenti pronunce giurisprudenziali non univoche, l'aumento del contributo unificato rischia di peggiorare la situazione economica anche delle pubbliche amministrazioni. Infatti, è noto che chi soccombe deve sobbarcarsi non solo le spese di giudizio ma anche l'onere di restituire alla parte vittoriosa il contributo unificato (la restituzione alla parte vittoriosa dell'importo versato a titolo di c.u. è dovuta ex lege; cfr., C.d.S., sez. III, 2.8.2011, n. 4546).

Da ciò l'ulteriore contraddittorietà dell'ultima manovra economica: è vero che il contributo va a vantaggio del fondo statale per la giustizia ma di ciò non possono certo avvantaggiarsi le Stazioni appaltanti medio-piccole quando sono tenute a rimborsare al contraente vittorioso non solo le spese di giudizio ma anche l'importo del contributo versato.

2. Ho sopra accennato alla presenza di un apparato normativo non consolidato e di un sistema giurisprudenziale non sempre univoco, per cui è intendimento di questa breve relazione segnalare alcune delle questioni aperte nell'interpretazione delle norme che disciplinano le procedure ad evidenza pubblica e come la più avvertita giurisprudenza le abbia colte e intenda risolverle.

Si tenga in proposito presente che nel 2012 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta con ben 10 decisioni (su 36) su tematiche relative alle gare pubbliche.

Come è noto, se la sezione del Consiglio di Stato a cui è stato assegnato il ricorso rileva che il punto di diritto sottoposto al suo

¹ Il ricorso è consultabile sul sito <http://www.lexitalia.it/vari1/ricassveneta.htm>.

esame ha dato luogo, o può dar luogo, a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata sia su richiesta delle parti che d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'Adunanza plenaria la quale enuncia il principio di diritto e decide la controversia (cfr. art. 99 c.p.a.)

Dunque nel 2012 la Plenaria si è occupata:

- dell'immediata impugnabilità del provvedimento di scelta del promotore in tema di project financing (n. 1),
- della sussistenza della "violazione grave", definitivamente accertata, delle disposizioni in materia previdenziale e assistenziale in presenza di certificazione d.u.r.c. (n. 8),
- della dichiarazione sull'insussistenza di sentenze di condanna con riferimento agli amministratori dell'ultimo triennio di aziende o rami d'azienda ceduti (n. 10) o acquisiti dalla società partecipante alla gara (n. 21),
- della necessità di specificare le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti o consorziati sia per raggruppamenti verticali che orizzontali (22 e 26),
- delle conseguenze della tardività delle richieste di rinnovo delle attestazioni SOA (n. 27),
- degli effetti dell'annullamento giurisdizionale di un'esclusione da gara e sul potere della commissione di gara, senza modifiche della sua composizione, di l'offerta 'ora per allora' (n. 30),
- dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e la verifica dei documenti in esse contenuti in seduta pubblica (n. 31).

Ora, nel febbraio 2012 quattro ordinanze del Consiglio di Stato hanno rimesso alla decisione dell'Adunanza Plenaria ulteriori e importanti problematiche.

Le ordinanze di rinvio rivestono notevole importanza per gli operatori del diritto perché, sulla specifica tematica in trattazione, compiono un'analitica ricognizione delle opinioni espresse dalla giurisprudenza, danno atto dei contrasti esistenti nell'interpretazione e

nell'applicazione di una norma e rinviando dunque all'Adunanza Plenaria la definizione di quale debba essere l'orientamento da seguire.

2.1. Sul *dies a quo* per impugnare - Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 790. Il termine decadenziale per l'impugnativa degli atti delle pubbliche gare è particolarmente breve: art. 120, comma 5, cod. proc. amm.: trenta giorni decorrenti dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. A mente dell'art. 79, comma 5, lett. a), del D.Lgs. n. 163 del 2006: l'amministrazione comunica d'ufficio l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni.

Ciò garantisce che ai soggetti interessati sia data tempestiva comunicazione degli elementi essenziali relativi all'avvenuta aggiudicazione (e dalla comunicazione decorre in via ordinaria il termine di trenta giorni per l'impugnativa); per altro verso, però, residua la possibilità (invero, fisiologica) per cui neppure a seguito di quella comunicazione l'interessato possa avere la piena conoscenza dei profili di possibile illegittimità connessi a quel provvedimento, evidentemente a lui sfavorevole.

L'art. 79, comma 5 quater, del Codice dei contratti, prevede inoltre l'accesso agli atti del procedimento entro dieci giorni dall'invio della comunicazione, mediante visione ed estrazione di copia.

Ora, sostiene l'ordinanza di rinvio che dall'interpretazione di questo quadro normativo sembrerebbe che il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non debba

decorrere sempre e solo dal momento della ricezione della comunicazione di cui all'art. 79, ma che possa essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto che si ritenga leso dall'aggiudicazione possa avere la piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità (sempre che questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione) e – comunque – entro il limite dei dieci giorni che il comma 5 quater dell'art. 79 fissa per esperire l'accesso semplificato ed accelerato.

Su questo punto, l'ordinanza richiama la sentenza della Corte di giustizia 28 gennaio 2010, in causa C-406/08 (Uniplex -Regno Unito) secondo la quale il termine per la proposizione di impugnative in materia di procedure di affidamento relative ad appalti c.d. sopra soglia deve decorrere dalla data in cui l'interessato sia stato posto in condizione di conoscere della illegittimità dell'atto (segnatamente: dell'aggiudicazione), con obbligo per il Giudice nazionale di disapplicare l'eventuale disposizione processuale di diritto interno che connetta il decorso di tale termine da un momento diverso (e, in particolare, dal momento anteriore in cui è stata resa nota la sola aggiudicazione con la generica indicazione delle relative caratteristiche) (cfr., sull'interpretazione del termine "ragionevole" per impugnar, da ultimo Corte di Giustizia 28.1.2013, in causa C-334/12). Pertanto, secondo l'ordinanza di rinvio il punto di equilibrio fra le richiamate esigenze (accelerazione e piena conoscenza) può essere individuato in una lettura del quadro normativo per cui il dies a quo per il decorso del termine decadenziale d'impugnativa possa ritenersi posticipato sino al massimo del decimo giorno dalla comunicazione di aggiudicazione ex art. 79 (ossia al momento in cui il concorrente, agendo in modo diligente, può avere conoscenza integrale della documentazione di gara di proprio interesse)

Quindi, in definitiva, l'ordinanza chiede alla Plenaria: se si ritenga compatibile con i principi costituzionali di pienezza ed effettività della

tutela giurisdizionale (art. 24, Cost.), e con il principio di derivazione comunitaria dell'"effetto utile", il quadro normativo nazionale in tema di impugnativa degli atti relativi a procedure di aggiudicazione di gare ad evidenza pubblica, per la parte in cui – per un verso – assoggetta a un termine notevolmente accelerato l'impugnativa degli atti in questione e – per altro verso – determina una ulteriore, sostanziale, riduzione dei termini per l'impugnativa in tutte le ipotesi in cui la presunta violazione non sia direttamente percepibile dal contenuto della comunicazione di cui al richiamato art. 79 e sia resa palese solo a seguito dell'accesso agli atti (in tal modo ponendo a carico del soggetto ricorrente lo sfavorevole effetto processuale dell'ulteriore riduzione del termine effettivamente a disposizione ai fini dell'impugnativa e per un numero di giorni pari a quello necessario per avere piena conoscenza degli atti della gara possibile oggetto di impugnativa e dei relativi profili di illegittimità).

Nel frattempo, da ultimo, vedasi: C.d.S., sez. V, 28.2.2013, n. 1204 secondo la quale nel sistema previsto dall'art. 79 del Codice dei contratti pubblici, la mera pubblicazione dell'aggiudicazione di un appalto sull'albo pretorio non può essere ritenuta idonea a determinare la decorrenza del termine di impugnazione in caso di mancata comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a tutti gli interessati secondo la prescrizione della citata disposizione normativa.

2.2. Sulla regolarità fiscale - Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 766. In proposito, occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163/2006, è causa di esclusione dalle gare di appalto la commissione di violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse.

Il D.L. n. 70/2011 ha aggiunto la precisazione che si deve trattare di violazioni "gravi"; il successivo D.L. n. 16/2012 ha dato una definizione normativa di "definitività" dell'accertamento, avendo stabilito che "costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle

relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili”.

Partendo da tale quadro normativo l'ordinanza di rinvio ha osservato che vi possono essere più interpretazioni:

- non è chiaro se un debito tributario possa essere considerato di per sé definitivo una volta che vi sia stato l'accertamento e che sia emessa la cartella di pagamento,
- o, invece, se il debito diventi definitivo solo se sia decorso il termine assegnato dalla cartella di pagamento senza che essa venga impugnata o vi sia istanza di rateizzazione (come sembra evincersi da pareri dell'Autorità di vigilanza e da giurisprudenza citata nell'ordinanza) infatti, se la cartella esattoriale assegna un termine per il pagamento, fino alla scadenza di quel termine il debito non può essere ritenuto definitivamente accertato, né scaduto né esigibile, sicché, se alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione il termine assegnato per pagare il debito tributario è ancora in corso, non sembrerebbe potersi ritenere sussistente una violazione definitivamente accertata. Tale interpretazione parrebbe suffragata dalla novella operata con il D.L. 16/2012, che fa riferimento a debiti tributari scaduti ed esigibili: infatti, tale riferimento sembrerebbe da interpretarsi nel senso che se la cartella esattoriale non è scaduta, il debito non è scaduto ed esigibile, ed è pertanto corretta una dichiarazione di non aver commesso violazioni tributarie gravi definitivamente accertate.

A quest'ultima interpretazione altre ne seguono:

- la cartella esattoriale, infatti, ingiunge il pagamento di un debito già insorto ed esigibile, e solo se l'istanza di rateizzazione viene accolta il debito viene differito e dunque non è esigibile immediatamente per intero; sicché, si potrebbe pensare che, al fine della regolarità fiscale, entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione non basta che sia

stata presentata istanza di rateizzazione, ma occorre anche l'accoglimento di essa;

- ed ancora: se alla data di presentazione della domanda di partecipazione è stata notificata al concorrente una cartella esattoriale di cui pendono i termini (di impugnazione, di pagamento, di istanza di rateizzazione), l'impresa potrebbe limitarsi a dichiarare di non avere violazioni gravi definitivamente accertate, e contestualmente dichiarare che è pendente cartella di pagamento, e che ha presentato impugnazione o istanza di rateizzazione? Tutto ciò al fine di consentire alla stazione appaltante di verificare se l'istanza di rateizzazione venga accolta, e l'impugnazione respinta, alla data di aggiudicazione e stipulazione (momenti in cui i requisiti di cui all'art. 38 codice appalti devono comunque essere posseduti).

Pertanto, si chiede alla Plenaria: la definizione del contrasto esegetico sulla portata dell'art. 38, comma 1, lett. g), del Codice degli appalti².

Il 5 giugno 2013 la pronuncia dell'Ad. Plenaria (15/2013) ha stabilito che *“il requisito della regolarità fiscale, che deve sussistere per la*

² Nel frattempo, da ultimo, vedasi C.d.S., sez. III, 5.3.2013, n. 1332, che, a fronte di una pronuncia di primo grado che aveva ritenuto che la rateizzazione, così come la stipula di un accordo di ristrutturazione, avesse estinto la situazione di debito tributario: entrambe le operazioni, infatti, avrebbero posto il debitore nella condizione di non potere più essere considerato un soggetto che aveva commesso violazioni di natura fiscale definitivamente accertate, ha invece ritenuto che dalla relazione acquisita dall'Agenzia delle Entrate era emerso che il presupposto della rateizzazione e della transazione risiedeva proprio nella definitività degli accertamenti compiuti per i quali erano stati irrogate sanzioni e calcolati interessi per debiti con l'erario pacificamente ammessi dalla società e ai quali la stessa non era stata tuttavia in grado di far fronte, per cui i benefici che erano stati concessi non solo non facevano venir meno l'inadempimento agli obblighi tributari ma anzi lo presupponevano, avendo il solo scopo di indirizzare verso forme meno invasive e sostanzialmente concordate con il contribuente l'attività di esazione.

partecipazione alle gare d'appalto, sussiste anche quando - prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara – sia stata formalmente accolta una istanza di rateizzazione o di dilazione del debito tributario, ai sensi dell'art. 19 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602”.

2.3. Sull'immediata impugnabilità del bando di gara - Consiglio di Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 634. Dopo aver ricordato i principi stabiliti dall'Adunanza Plenaria n. 1/2003, che ha limitato l'immediata impugnabilità dei bandi di gara (ammissibile solo con riferimento alle clausole impeditive dell'ammissione di soggetti interessati alla selezione, ovvero clausole impositive di oneri sproporzionati per la partecipazione, o di condizioni non comprensibili, in quanto, in ogni altro caso, manca la lesione diretta ed attuale dell'interesse protetto per cui il bando è impugnabile solo con i relativi atti applicativi), l'ordinanza 634 ritiene che le imprese partecipanti a procedure contrattuali ad evidenza pubblica dovrebbero ritenersi tenute ad impugnare qualsiasi clausola del bando ritenuta illegittima, entro gli ordinari termini decadenziali, in quanto:

- la volontà deflattiva del contenzioso, sottostante all'indirizzo di immediata impugnabilità delle sole clausole escludenti, non ha trovato rispondenza nei fatti, dovendosi assistere ad impugnazioni che, dopo la conclusione delle procedure di gara, richiedono l'annullamento del bando e quindi l'azzeramento dell'intera procedura, con notevole aggravio di spese per l'amministrazione e danno per le imprese aggiudicatarie incolpevoli;
- i principi di buona fede e affidamento, di cui agli articoli 1337 e 1338 cod. civ., dovrebbero implicare che le imprese, tenute a partecipare alla gara con attenta disamina delle prescrizioni del bando, siano non solo abilitate ma anche obbligate a segnalare tempestivamente, tramite impugnazione del bando stesso, eventuali cause di invalidità della procedura di gara così come predisposta, anche come possibile fonte di responsabilità precontrattuale.

Pertanto, rimette alla Plenaria: la questione della immediata impugnabilità del bando di gara per ogni vizio rilevato.

2.4. Ulteriore specificazione del principio stabilito con la Plenaria 36/2012 sul giudizio di anomalia e r.u.p. - Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 761.

La pronuncia della Plenaria n. 36/2012 ha chiarito che nelle gare d'appalto da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è legittima la verifica di anomalia dell'offerta eseguita, anziché dalla commissione aggiudicatrice, direttamente dal responsabile unico del procedimento, avvalendosi degli uffici e organismi tecnici della stazione appaltante, perché è attribuita al responsabile del procedimento la facoltà di scegliere, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla commissione aggiudicatrice.

Ora, è stato chiesto alla Plenaria di puntualizzare il principio di diritto, chiarendo se:

- il r.u.p., nella verifica di anomalia, indipendentemente che sia obbligatoria o facoltativa, abbia la facoltà di scegliere non solo tra l'alternativa se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla commissione aggiudicatrice
- ma anche, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, tra le altre alternative previste dal combinato disposto dei commi 4, 5 e 10 dell'art. 121 del D.P.R. n. 207/2010, se avvalersi di uffici e organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della specifica commissione di cui all'art. 88, comma 1bis, del Codice degli appalti,
- e, ancora, se tale competenza sia inderogabile da parte degli atti di gara, che non potrebbero attribuirli a diversi organi, sì che gli atti di gara ambigui siano da interpretarsi nel senso che la competenza spetti comunque al r.u.p.

Stanto all'ordinanza di rinvio, l'ordine delle competenze è stabilito dalla legge o in base alla legge (art. 97, comma 2, Cost.) e non è derogabile dagli atti di gara, sicché le competenze di r.u.p., commissione di gara e commissione speciale in materia di verifica di anomalia non sarebbero a geometria variabile e interscambiabili; per cui, la competenza primaria è del r.u.p. e sono in via ausiliaria e su specifica richiesta e scelta del r.u.p., della commissione di gara o della commissione speciale.

2.5. Sull'ordine di esame dei motivi di ricorso - Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 761. In una procedura concorsuale la parte ricorrente propone generalmente una pluralità di motivi contro i diversi atti del procedimento, pertanto:

- occorre esaminare per primi i motivi che si dirigono contro gli atti più a monte nella procedura e il cui accoglimento meglio soddisfa l'interesse pubblico alla legittimità dell'azione amministrativa? quindi, nel caso di vizi dedotti sia contro il bando che contro l'aggiudicazione, occorre esaminare per primi i vizi contro il bando e dopo gli altri motivi?
- oppure, il giudice è vincolato alla graduazione indicata dalla parte (sempre che non vi siano questioni rilevabili d'ufficio), in funzione della effettività e satisfattività della tutela richiesta? per cui, nell'esempio fatto dell'impugnazione sia del bando che dell'aggiudicazione, occorre esaminare prima i motivi contro l'aggiudicazione e poi quelli contro il bando, perché per la parte ricorrente è più satisfattivo ottenere l'annullamento della sola aggiudicazione (così potendo concorrere essa all'aggiudicazione), piuttosto che l'annullamento del bando (che implica il rifacimento della gara ed impedisce alla parte di ottenere quell'aggiudicazione, dandole solo la chance di partecipare ad una nuova gara, se e quando l'amministrazione la bandirà)?

L'ordinanza espone le due tesi e rimette la soluzione della questione all'Adunanza Plenaria.

2.6. Sulla custodia dei plichi e sulle modalità di verbalizzazione, vedasi Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 761. L'ordinanza afferma che la giurisprudenza che sembra prevalente richiede un certo rigore in ordine alle misure da adottare per garantire la conservazione e integrità dei plichi contenenti le offerte in modo che ne sia assicurata la segretezza.

La stessa giurisprudenza esige non solo rigore nelle misure ma anche che le cautele adottate siano puntualmente indicate in ogni verbale (fra cui, nel verbale deve risultare il nominativo di colui a cui sono stati materialmente consegnati i plichi, che ne assume le conseguenti responsabilità, ovvero – con chiarezza e univocità – deve risultare l'ufficio cui sono consegnati e all'interno del quale essi vanno conservati ... si devono 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) e che in ogni verbale di seduta deve essere riscontrata l'integrità dei plichi. Tutto ciò perché le garanzie poste a cautela dell'integrità dei plichi integrano una fattispecie di pericolo e non una fattispecie di danno.

L'ordinanza prosegue citando la giurisprudenza meno severa, definita minoritaria ma di recente avallata anche da sezioni del Consiglio di Stato, secondo la quale la mancanza delle citate cautele assume solo un ruolo indiziario rispetto alla dimostrazione di elementi che facciano dubitare della corretta conservazione, occorrendo allora provare che vi sia stata una violazione dell'integrità e della segretezza dei plichi. In questo caso, se il verbale indica che i plichi sono stati conservati in luogo chiuso, senza ulteriori specificazioni, e 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.

Ebbene, in presenza dei due orientamenti riportati, con l'ordinanza n. 761 è stato chiesto alla Plenaria:

- se nella verbalizzazione, sia sufficiente affermare genericamente che i plichi sono stati custoditi in luogo adeguato, o se bisogna specificare in quale luogo sono stati custoditi e quale sia il soggetto responsabile della custodia;
- se nella verbalizzazione sia sufficiente affermare che i plichi sono integri, o occorra necessariamente affermare che sono stati debitamente custoditi;
- e se la dichiarazione sulle modalità di custodia debba essere fatta solo nel primo verbale o debba essere ripetuta in ogni verbale, e se dunque sia o meno sufficiente che nei verbali successivi al primo si constati la integrità dei plichi, senza ripetere quali sono le modalità della custodia.

Sulla verbalizzazione, da ultimo, vedasi C.d.S., III sez., 5.2.2013, n. 688 e V sez., 18.2.2013, n. 978.