La pubblicità delle sedute di gara: contrasti giurisprudenziali in attesa del nuovo regolamento

Il caso che ci occupa verte sulla disciplina inerente la pubblicità delle sedute di gara – *rectius* – il momento dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e le offerte rispettivamente tecnica ed economica.

Com'è noto, nella giungla normativa relativa agli appalti pubblici non è possibile scorgere una disposizione chiara in merito, pertanto si è assistito nel corso del tempo al susseguirsi di vari interventi giurisprudenziali, a volte in contrasto tra loro.

Sul punto si evidenziano in particolare due pronunce di merito, una del Consiglio di Stato e l'altra del Tar Lombardia, Milano.

Con sentenza n. 6311 del 14 ottobre 2009, il Consiglio di Stato, sez. V, nell'esaminare l'aggiudicazione di un appalto aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, affermava l'esistenza, in capo alla stazione appaltante, di un potere discrezionale, riveniente dalla *lex specialis*, circa l'apertura della busta contenente l'offerta tecnica da espletarsi in seduta riservata anziché in seduta pubblica.

Il Consesso evidenziava che "i principi di pubblicità e trasparenza delle sedute della commissione di gara non sono assoluti, ma derogabili dalla *lex specialis*, la quale, ove trattasi di gara svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ben può prevedere la valutazione in seduta riservata dell'offerta tecnica e, per esigenze di economicità della procedura, anche che tanto sia effettuato previa apertura delle relative buste nel corso della seduta stessa", precisando, altresì, che "l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti, e non anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche".

A prescindere ora dalla condivisibilità o meno di tale orientamento, è appena il caso di esaminare una successiva e recente pronuncia del Tar Lombardia di Milano (Sez. I, 11/01/2010 n. 11) con la quale il medesimo Tar, muovendo dalle censure poste in essere dalla ricorrente del relativo giudizio, in ordine alla violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara avendo, la Commissione, proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche in seduta riservata, sembra aver superato l'orientamento giurisprudenziale più recente.

Infatti, ponendosi in ambito diametralmente opposto alla precitata sentenza del Consesso, il Tar meneghino ha inteso estendere l'ambito di applicazione del principio della pubblicità delle gare pubbliche stabilendo di fatto che non può essere derogato, in qualsiasi tipo di gara, il principio secondo cui tutti gli adempimenti relativi alla verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta devono svolgersi in seduta pubblica.

A sancire l'inderogabilità del principio dell'apertura in seduta pubblica dei plichi sono, a parere dei giudici amministrativi milanesi, i principi di trasparenza e

imparzialità che devono presiedere all'esplicazione dell'attività amministrativa in materia di pubbliche gare "in quanto trattasi di un adempimento posto a tutela anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze amministrative sono difficilmente apprezzabili *ex post,* una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (ad es. regolarità della chiusura ei plichi, data di ricevimento dei plichi, regolarità e completezza della documentazione prodotta, lettura del prezzo offerto)" (Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427).

Sotto altro profilo, il Tar Lombardia con la decisione in esame estende il concetto di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa evidenziando, altresì, che nessun rilievo può assumere la circostanza che la procedura oggetto del giudizio de quo ricada nell'ambito di applicazione dell'art. 20 del D. Lgs. n. 163/2006 in quanto è pacificamente riconosciuto in giurisprudenza che la riconducibilità del servizio oggetto dell'appalto all'allegato II B non esonera le amministrazioni aggiudicatici dall'applicazione dei principi generali in materia di affidamenti pubblici desumibili dalla normativa comunitaria e nazionale.

Invero, appare ragionevole quest'ultimo orientamento ove si consideri il dettato costituzionale rinvenibile dall'art. 97 in base al quale *"I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".*

Pertanto, ne consegue che "*è principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica, e conseguentemente è illegittima l'apertura in segreto dei plichi*" (cfr. ex multis: Cons. Stato: sez. IV, 8 ottobre 2007, n. 5217; sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1369; sez. V, 27 aprile 2006, n. 2370, 11 gennaio 2006, n. 28 e 30 agosto 2005, n. 3966; sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3030; sez. V, 16 marzo 2005, n. 1077, 11 febbraio 2005, n. 388, 18 marzo 2004, n. 1427 e 9 ottobre 2002, n. 5421)". (Cons. Stato, Sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).

Ad ogni buon fine, si rileva il recente intervento legislativo che pare possa di fatto superare la diatriba giurisprudenziale in merito. Infatti, dalla lettura dell'emanando regolamento attuativo del codice degli appalti si scorge il comma 2 dell'art. 120 (Offerta economicamente più vantaggiosa – Commissione giudicatrice) il quale, nello stabilire che "*In una o più sedute riservate, la commissione valuta le offerte tecniche….*" lascia desumere in via presuntiva, menzionando esclusivamente il momento della valutazione delle offerte, che la fase dell'apertura delle buste debba avvenire sempre in seduta pubblica.

l'Ufficio Consulenza