

## **L'adunanza plenaria si pronuncia sulla modalità di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche.**

Tra i temi più dibattuti e controversi relativi alle procedure di gara vi è senza dubbio quello dell'applicazione concreta del principio di pubblicità delle sedute della Commissione giudicatrice, con riferimento all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche (allorquando, ovviamente, il criterio di aggiudicazione dell'appalto sia costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa).

Mentre, infatti, non si è mai dubitato, sulla base di precisi riferimenti normativi, che le buste contenenti la documentazione amministrativa e le offerte economiche dei concorrenti dovessero essere obbligatoriamente aperte nel corso di sedute pubbliche (in modo da consentire ai concorrenti medesimi di verificarne i contenuti), per quanto concerne i plichi contenenti l'offerta tecnica si sono per lungo tempo registrati almeno due opposti orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un primo orientamento, l'obbligo di pubblicità delle sedute di gara riguarderebbe esclusivamente la fase di apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e le offerte economiche. Sarebbe, in altri termini, senz'altro ammissibile che la *lex specialis* della gara disponga che si provveda in seduta riservata, non solo alla valutazione delle offerte tecniche ed all'assegnazione dei relativi punteggi, ma anche alla loro stessa apertura.

Infatti, secondo tale primo orientamento, il rispetto del principio di pubblicità si renderebbe doveroso "solo nei casi in cui le attività che devono essere svolte dal seggio di gara implicino l'adozione di decisioni suscettibili di riverberarsi sulla partecipazione o meno dei concorrenti alla procedura" (C. di Stato, sez. V, 13 ottobre 2010 n. 7470, 14 ottobre 2009 n. 6311, 11 maggio 2007, n. 2355).

In base ad un secondo orientamento, invece, pur non essendo necessario che l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica avvenga in seduta pubblica, occorre quanto meno che in tale sede sia effettuata la verifica dell'integrità di dette buste, avente ad oggetto la regolarità della loro chiusura e della data del ricevimento.

Tale verifica costituirebbe un adempimento idoneo a far salvi i canoni di pubblicità e trasparenza nei pubblici appalti, che andrebbero applicati "sia che si tratti di documentazione amministrativa, sia che si tratti di documentazione afferente l'offerta tecnica" (C. di Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8155, sez. VI, 22 aprile 2007 n. 1856).

Sussisterebbero, per converso, vari argomenti per escludere che occorra procedere all'apertura (con relativa diffusione del contenuto) delle offerte tecniche in seduta pubblica.

E' stato, ad esempio, ritenuto che la stazione appaltante non sarebbe tenuta "anche all'apertura del plico sigillato contenente l'offerta da valutare in separata sede (diffondendone il contenuto), almeno tutte le volte in cui la seduta riservata di valutazione non si svolga in stretta e successiva prossimità, senza apprezzabili pause che potrebbero determinare un pericoloso stallo di buste ormai aperte e prive di sigilli, nell'attesa indeterminata di un loro esame" (cfr. Tar l'Aquila Abruzzo, sez. I, 28 giugno 2010 n. 493).

Ciò in quanto l'apertura dei suddetti plichi, in tale ultima ipotesi, comporterebbe rischi di una loro manomissione, nelle more della valutazione delle offerte tecniche.

Per altro verso, l'apertura in seduta pubblica delle buste in questione, potrebbe anche comportare "anomali riverberi sulla formazione del convincimento dei commissari, al di fuori della contestualità collegiale nel quale tale convincimento deve maturare, in situazione peraltro in cui la cognizione anticipata delle offerte avversarie da parte dei concorrenti potrebbe favorire pressioni indebite sugli stessi commissari, in attesa del momento deliberativo.

Non a caso, il comma 2 lett. c) dell'art. 13 del decreto legislativo 163/06 differisce espressamente l'accesso alle offerte dei partecipanti " fino all'approvazione dell'aggiudicazione", disposizione che sarebbe evidentemente soggetta a violazione, se i contenuti sensibili delle offerte venissero divulgati mediante aperture delle relative buste nella seduta pubblica che precede l'avvio delle operazioni valutative" (cfr. Tar Abruzzo, n. 493/10 cit.).

E' in tale contesto di oscillanti interpretazioni giurisprudenziali che il Consiglio di Stato (sez. V, ordinanza 17 maggio 2011 n. 2987) ha deciso di rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, al fine di dirimere il contrasto e di individuare la regola da seguire per la fattispecie in esame.

Con la precisazione che la citata ordinanza di remissione ha chiarito di non ritenere convincente nessuno dei due orientamenti sopra brevemente riportati.

Da un lato, infatti, con riferimento al primo orientamento, l'ordinanza ha rilevato che nulla osterebbe a che le commissioni di gara procedano all'apertura delle offerte tecniche in seduta aperta, per poi procedere in seduta riservata alla loro valutazione.

D'altro lato, con riferimento al secondo orientamento, l'ordinanza ha segnalato che la mera verifica dell'integrità dei plichi contenenti le offerte tecniche potrebbe non soddisfare le esigenze di trasparenza e pubblicità, non consentendo ai concorrenti una ricognizione del relativo contenuto (con conseguente assenza di garanzia dal pericolo di manipolazione successiva delle offerte proprie e di quelle altrui, eventualmente dovute ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti).

L'Adunanza Plenaria si è pronunciata con la sentenza 28 luglio 2011 n. 13, del cui contenuto tenterò di dare brevemente conto.

Il Supremo consesso amministrativo ha in via preliminare sottolineato che l'oggetto della sua delibazione non riguarda la fase propriamente valutativa delle offerte tecniche (e cioè la fase in cui la commissione giudicatrice, avvalendosi della discrezionalità tecnica che le è propria, giudica il contenuto delle offerte medesime, assegnando i punteggi del caso): tale fase, infatti, si deve necessariamente svolgere in seduta riservata.

Diversa è, invece, la fase di verifica dell'integrità dei plichi e del contenuto di dette offerte, che a seconda dell'orientamento, come si è

visto, potrebbe svolgersi in seduta riservata o dovrebbe svolgersi in seduta pubblica.

Ai fini della risposta al quesito, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha osservato innanzi tutto che, sia nel diritto nazionale, sia nel diritto comunitario, i principi di pubblicità e trasparenza costituiscono altrettanti cardini del sistema delle procedure di evidenza pubblica (art. 97 Cost., artt. 2 e 10 del D.Lgs. 163/06, Direttiva CE 17/04 e 18/04). Ha, inoltre, osservato che, benché non sussista una norma ad hoc, che imponga espressamente l'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica in seduta pubblica, l'articolo 2 c. 3 del D.Lgs. 163/06 opera un ampio rinvio alla legge generale sul procedimento amministrativo (l. 241/1990) e, per altro verso, rimette al regolamento attuativo la disciplina delle modalità con le quali devono operare le commissioni che procedono alla scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Da tali plessi normativi, e dalla relativa elaborazione giurisprudenziale, secondo l'Adunanza Plenaria dovrebbe desumersi che "onde stabilire la necessità o meno di rendere pubbliche le operazioni compiute in determinate fasi di un procedimento amministrativo finalizzato alla scelta di un contraente, occorre distinguere il momento inderogabile, costituito dall'apertura dei plichi contenenti le offerte, che è operazione preliminare, rispetto alla diversa operazione costituita dalla valutazione delle offerte stesse che, invece, a certe condizioni, può svolgersi senza la presenza delle parti".

In tale prospettiva, ha osservato l'Adunanza Plenaria che secondo la prevalente giurisprudenza amministrativa "la verifica della integrità dei plichi" non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni" ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso 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 e all'imparzialità dell'azione amministrativa".

E tale impostazione è apparsa all'Adunanza Plenaria convincente, al punto da confermarla e farla propria, dato che a suo giudizio l'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica (e non già, dunque, la semplice verifica della loro integrità) costituisce un passaggio "essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento".

Da ultimo, il Consiglio di Stato si è dato carico delle obiezioni che le parti del giudizio avevano mosso nei confronti dell'orientamento testè enunciato. Così, da un lato, ha confutato la tesi che l'apertura dei suddetti plichi comporterebbe un aggravio procedimentale (con possibile violazione dell'art. 1 della l. 241/90). A dire del Supremo Consesso, infatti, tale operazione avrebbe una scarsa incidenza sui termini di espletamento della procedura. D'altro lato, ha anche escluso che potesse configurarsi la violazione dell'art. 13 D. Lgs. 167/06 (che vieta l'ostensione delle offerte tecniche sino all'aggiudicazione definitiva), dal momento che l'operazione non deve andare al di là del mero riscontro degli atti prodotti dall'impresa concorrente, restando esclusa ogni facoltà degli interessati presenti di prenderne visione del contenuto". La garanzia di trasparenza richiesta in questa fase si considera assicurata quando la Commissione, aperta la busta del singolo concorrente, abbia proceduto ad un esame della documentazione leggendo il solo titolo degli atti rinvenuti, e dandone atto nel verbale della seduta".

Queste sono, dunque, le conclusioni cui è giunto il Consiglio di Stato, che tuttavia ad una primissima impressione non paiono totalmente persuasive.

E' evidente che la principale preoccupazione del Supremo Consesso amministrativo è stata quella di definire una regola idonea ad evitare anche il solo potenziale rischio di manipolazione delle offerte tecniche. Tant'è che la sentenza qui commentata ha avuto cura di chiarire che, proprio per tale limitata finalità, l'apertura delle buste contenenti dette offerte in seduta pubblica non deve in ogni caso consentire ai concorrenti presenti di prendere visione del relativo contenuto (pena la violazione dell'art. 13 D. Lgs. 163/06).

A me pare, nondimeno, che la soluzione prospettata per far fronte a detta preoccupazione (manomissione dei plichi) possa finire per condurre ad esiti non del tutto in linea (per non dire opposti) a quelli sperati.

A mio avviso, infatti, la semplice lettura, da parte della Commissione in seduta pubblica, del "titolo degli atti rinvenuti" nelle buste dei vari concorrenti, riduce ma non elimina il pericolo di una qualche manipolazione di detti atti, dal contenuto spesso voluminoso e complesso (ad esempio, mediante sostituzione del documento, con altro avente titolo identico, ovvero mediante rimozione o aggiunta di pagine).

Sicché la suddetta lettura, pur introducendo senza dubbio un elemento di trasparenza aggiuntivo, risolve solo apparentemente il problema.

Per altro verso, invece, l'apertura dei plichi in seduta pubblica paradossalmente finisce con il rendere (sempre, beninteso, sul piano teorico) più agevole l'eventuale manomissione dei relativi contenuti. Il che, peraltro, era stato segnalato anche da parte della giurisprudenza, sulla base di argomenti convincenti e dei quali, a mio avviso, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria non si è data compiutamente carico. Come già ricordato in precedenza, infatti, qualche sentenza aveva sottolineato come, perlomeno nei casi in cui la seduta riservata di valutazione delle offerte tecniche non dovesse svolgersi in stretta e successiva prossimità con la seduta (aperta) di apertura dei plichi, detta apertura sia suscettibile di "determinare un pericoloso stallo di buste ormai aperte e prive di sigilli, nell'attesa indeterminata di un loro esame" (Tar l'Aquila n. 493/10 cit.).

Tale rischio non pare essere stato preso in esame dalla pronuncia qui commentata (che, infatti, non suggerisce in quale modo vi si potrebbe ovviare).

In altri termini, si corre il rischio che l'orientamento dell'adunanza plenaria, che indubbiamente ha messo in luce esigenze pienamente condivisibili, possa nondimeno nella prassi quotidiana generare qualche problema concreto di non poco conto.

Avv. Luca Griselli  
(Studio legale Griselli Salina)

Publicato su Rivista "Teme" (Mensile di tecnica ed economica sanitaria) n. 9/11