

L'obbligo delle sedute pubbliche di gara

Nel presente lavoro si cercherà di approfondire l'obbligo di svolgere in seduta pubblica buona parte delle fasi della gara vera e propria poste all'interno del più ampio procedimento di scelta del contraente. I principi di pubblicità e trasparenza; La pubblicità delle sedute di gara; Il principio di pubblicità nelle gare informali; Le sedute pubbliche di gara nel Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice; Aggiudicazione al prezzo più basso; Aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa; Le sedute pubbliche di gara nel procedimento di verifica delle offerte anomale; La fase di qualificazione delle procedure ristrette, negoziate con bando e dialogo competitivo; Il principio di continuità della gara e sedute pubbliche; Il principio di pubblicità nei settori speciali; La presenza degli operatori economici nelle sedute pubbliche di gara.

A cura di Massimo Urbani

1. I PRINCIPI DI PUBBLICITÀ E TRASPARENZA

I principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa costituiscono principi cardine del diritto comunitario degli appalti; di conseguenza, il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente è conforme alla normativa comunitaria in materia, la quale è orientata a privilegiare i principi di concorrenza, pubblicità e trasparenza nella scelta del contraente della pubblica amministrazione, come anche dei soggetti alla stessa equiparati.

Occorre premettere che **il principio di trasparenza è un fine per il quale sono strumentali la pubblicità e il diritto di accesso**, ma, a sua volta, costituisce uno strumento per evitare elusioni del principio di concorrenza ed accordi illeciti o corruttivi.

Il principio di pubblicità di cui all'**art. 2, comma 1**, del Codice dei contratti di cui al D. Leg.vo n. 163/2006 è, infatti, preordinato a tutelare le esigenze di trasparenza ed imparzialità che devono guidare l'azione amministrativa:

«1. L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice.»

La pubblicità è un mero stato di fatto dell'atto, dell'organizzazione o del procedimento, mentre la trasparenza è chiarezza e comprensibilità dell'azione amministrativa.

In buona sostanza, la trasparenza è un concetto decisamente più ampio sia rispetto alla pubblicità sia rispetto al diritto di accesso, imponendo all'Amministrazione il dovere di agire correttamente, non solo nel rispetto formale della norma, ma nella convinzione che la buona azione amministrativa ha bisogno di un uso chiaro e comprensibile del potere.

Come per la pubblicità, anche l'accesso è stato ritenuto un sinonimo del principio di trasparenza, ma si ritiene più corretto distinguere le due fattispecie, attribuendo al principio di trasparenza un carattere ben più forte, che coincide con la visibilità, conoscibilità e comprensibilità dell'azione amministrativa, dei suoi atti e della sua organizzazione. La conseguenza di tale impostazione è che il diritto di accesso costituisce uno degli elementi della trasparenza, che rimane un concetto ben più ampio.

Il principio di pubblicità negli appalti pubblici impone che tutta la documentazione di gara (sia della stazione appaltante sia degli operatori economici) trovi correttamente ingresso nel procedimento con le garanzie della seduta pubblica, anche in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa, che ha ricevuto esplicito riconoscimento sin dall'art. 89 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827, rappresentando uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, affinché sia assicurato a tutti i concorrenti di assistere direttamente alla verifica dell'integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto.

La pubblicità è la principale manifestazione della trasparenza amministrativa e costituisce un'essenziale garanzia partecipativa dei concorrenti, la quale contribuisce a qualificare un procedimento di evidenza pubblica come «giusto» e rispettoso della par condicio, mentre la verbalizzazione opera su un piano eminentemente probatorio, derivandone l'irrelevanza di quest'ultima in tutte le ipotesi in cui sia stato violato il principio di pubblicità.

Ne deriva che **la violazione del principio di pubblicità costituisce vizio insanabile della procedura, il quale si ripercuote sul provvedimento finale di aggiudicazione, invalidandolo, anche ove non sia comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti o manipolazione della documentazione prodotta** (Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 22 aprile 2008, n. 1856; Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 20 marzo 2006, n. 1445; Tar Basilicata, Sezione I, sentenza 28 marzo 2008, n. 72; Tar Lombardia, Sezione I, sentenza 16 ottobre 2008, n. 1329).

Nel presente lavoro si cercherà di approfondire l'obbligo, ormai pacifico e generale, di svolgere in seduta pubblica buona parte delle fasi della gara vera e propria poste all'interno del più ampio procedimento di scelta del contraente, che va dalla programmazione alla stipula del contratto, tralasciando gli aspetti del principio di pubblicità legati alle azioni necessarie a rendere conoscibili al mercato degli operatori economici le iniziative della stazione appaltante in materia di contrattualistica pubblica (pubblicazione degli avvisi di preinformazione, dei bandi di gara, degli avvisi per estratto e degli avvisi sui risultati della procedura di affidamento).

2. LA PUBBLICITÀ DELLE SEDUTE DI GARA

La pubblicità degli atti di gara è funzionale non solo al rispetto del principio di parità di trattamento di tutti i concorrenti, ma anche a presidio della correttezza, della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa (**Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 13 luglio 2010 n. 4520**).

L'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara è, in ogni caso, a prescindere cioè da una esplicita previsione del bando di gara, inderogabile per quanto riguarda la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti (**Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 13 ottobre 2010, n. 7470**).

La regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte, implica, peraltro, necessariamente l'obbligo della stazione appaltante di **portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara**, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante, atteso che tale adempimento risulta implicitamente necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta (**Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 28 maggio 2004, n. 3471**).

È principio generale dell'ordinamento quello per il quale le sedute della commissione di gara preordinate all'aggiudicazione di appalti pubblici, devono essere caratterizzate dalla pubblicità delle relative operazioni, come chiaramente esposto da numerosa giurisprudenza, tra cui:

Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 9 novembre 2009, n. 6988: *«la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere consentito di effettuare gli opportuni controlli sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni o sostituzioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili dopo una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi in mancanza di un riscontro immediato (ad es. regolarità della chiusura dei plichi, data di ricevimento dei plichi, regolarità e completezza della documentazione prodotta)».*

T.A.R. Sardegna, Sezione I, sentenza 19 marzo 2010, n. 345: «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 di plichi. Il predetto principio di pubblicità delle gare pubbliche impone che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica; ciò anche in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa, che ha ricevuto esplicito riconoscimento sin dall'art. 89, r.d. 23 maggio 1924 n. 827, rappresentando uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, affinché sia assicurato a tutti i concorrenti di assistere direttamente alla verifica di integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto (ex plurimis, Consiglio Stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856). In definitiva, la mancata pubblicità delle sedute di gara per l'aggiudicazione di contratti con la pubblica amministrazione comporta l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, compreso il provvedimento finale di aggiudicazione, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra i concorrenti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 28 luglio 2008, n. 3046)».

In definitiva, **il mancato rispetto del principio di pubblicità delle sedute di gara rileva come vizio della procedura**, senza che occorra dimostrare una effettiva lesione della trasparenza della gara e della par condicio tra i concorrenti, trattandosi di un aspetto della selezione posto a tutela non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla competizione, ma ancor prima dell'interesse pubblico all'imparzialità dell'azione amministrativa (**AVCP: parere di precontenzioso n. 30 del 31 gennaio 2008 e deliberazione di precontenzioso n. 25 del 6 febbraio 2007**).

In particolare, con tale parere l'Autorità ha evidenziato che le comunicazioni effettuate in seduta pubblica, possono supplire qualsiasi altro mezzo di trasmissione, esclusivamente nel caso in cui tutti gli operatori economici che hanno presentato offerta siano presenti alla seduta stessa. Nel caso di specie, atteso che non tutti i partecipanti alla gara erano presenti alla prima seduta, e tenuto conto che non sussiste alcun obbligo, per gli operatori economici, di presenziare alle sedute di gara, la Stazione appaltante ha posto in essere una pubblicità imperfetta, in quanto si è limitata a comunicare esclusivamente ai concorrenti presenti la data della successiva seduta di apertura delle offerte. L'unico tratto differenziale di rilievo è costituito dal fatto che nelle gare pubbliche, per l'applicazione del principio di pubblicità delle sedute, occorre distinguere tra le procedure di aggiudicazione automatica (prezzo più basso) e quelle che richiedano una valutazione tecnico-discrezionale (offerta economicamente più vantaggiosa); per le prime, la pubblicità delle sedute è generalmente totale, e ciò al fine di consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo, in tale caso, alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare (**Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 17 settembre 2010, n. 6939**); per le seconde, invece, la pubblicità non si estende alla seduta della Commissione giudicatrice riservate all'esame tecnico e valutativo delle offerte pervenute.

In ogni caso, però, la verifica pubblica dell'integrità dei plichi contenenti le buste con le offerte e la loro successiva apertura in pubblico è un adempimento doveroso e preliminare all'attività discrezionale e valutativa del seggio di gara, sia che si svolga in seduta riservata sia pubblica (**Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 3 dicembre 2008, n. 5943**).

Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la giurisprudenza è stata chiamata più volte a valutare il rispetto degli obblighi generali di trasparenza che gravano sull'amministrazione in relazione alla fase di apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica.

In proposito si erano formati **due diversi indirizzi** in materia: un primo orientamento più radicale sosteneva che l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguardasse 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; un secondo orientamento più garantista sosteneva che l'obbligo di pubblicità dovesse intendersi esteso anche agli adempimenti relativi alla verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa sia che si tratti di documentazione in materia di offerta tecnica.

Considerate le perplessità suscitate da entrambi gli orientamenti e la necessità di fornire indirizzi operativi unitari, la questione è stata rimessa all'Adunanza plenaria con l'ordinanza della Sezione V del Consiglio di Stato del 17 maggio 2011, n. 2987.

Di conseguenza, tale divergenza è stata definita una volta per tutte (ma purtroppo continuano a riscon-

trarsi errori da parte di alcune stazioni appaltanti) con l'autorevole ed ormai famoso intervento del **Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza n. 13 del 28 luglio 2011**, con il quale è stato chiarito che *«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 ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Consiglio di Stato, Sezione V, sentenze 17 settembre 2010, n. 6939, 10 novembre 2010, n. 8006, 3 dicembre 2008, n. 5943, 4 marzo 2008, n. 901 e 18 marzo 2004, n. 1427; Sezione VI, sentenza 22 aprile 2008, n. 1856; Sezione IV, sentenza 11 ottobre 2007, n. 5354). L'Adunanza plenaria ritiene che la regola affermata dalla giurisprudenza appena richiamata costituisca corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno sopra ricordati in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti e, come tale, meriti di essere confermata e ribadita con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica. Tale operazione, infatti, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituisce 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».*

Il Consiglio di Stato sostiene, quindi, che la verifica dell'integrità dei plichi in seduta pubblica, non esaurisce la sua funzione nell'accertamento che non hanno subito manomissioni, ma è preordinata a garantire che il materiale documentale in esso contenuto non subisca alterazioni con conseguenze non facilmente apprezzabili una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi.

Pertanto, i principi di trasparenza in materia di apertura della busta contenente l'offerta tecnica, devono essere garantiti mediante un riscontro degli atti prodotti dal concorrente, esclusa ogni facoltà degli interessati di prendere visione del contenuto. A ciò non osta quanto dispone l'art. 13 del Codice in materia di accesso agli atti, in quanto la verifica dei documenti consiste in un **semplice controllo preliminare** degli atti inviati che non può eccedere la funzione di ufficializzare l'acquisizione dei documenti di cui si compone l'offerta tecnica.

L'operazione non deve andare, quindi, oltre il **mero riscontro dei documenti prodotti senza facoltà degli interessati di prendere visione del loro contenuto**. La garanzia di trasparenza, secondo l'Adunanza si considera assicurata quando la Commissione giudicatrice, 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. Ciò posto, è assodato ormai che **la mancata pubblicità delle sedute di gara per l'aggiudicazione di contratti con la pubblica amministrazione comporta l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, compreso il provvedimento finale di aggiudicazione**.

Recentemente, è intervenuta anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici a margine del **parere di precontenzioso n. 137 del 25 luglio 2012** ribadendo che si debba comunque svolgere in pubblico la verifica della integrità di tutti i plichi contenenti l'offerta presentata, con esplicita menzione anche di quello riguardante l'offerta tecnica, essendo la stessa destinata, altresì, a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara.

Inoltre, l'AVCP di fronte alla paventata ostensione di documenti al pubblico presente, in pretesa violazione dell'art. 13 del Codice dei contratti, ha precisato che *«la verifica dei documenti contenuti nella busta consiste in un semplice controllo preliminare degli atti inviati, che non può eccedere la funzione, che ad essa riconosce la giurisprudenza, di ufficializzare l'acquisizione della documentazione di cui si compone l'offerta tecnica. L'operazione, pertanto, 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».*

3. IL PRINCIPIO DI PUBBLICITÀ NELLE GARE INFORMALI

La portata generale ed obbligatoria del principio in esame comporta che lo stesso opera, indipendentemente dalla sua previsione nei documenti di gara, in tutte le ipotesi in cui all'aggiudicazione si pervenga con un'attività di tipo procedimentale, ancorché semplificata.

Pertanto, anche nel caso di **procedura negoziata di cottimo fiduciario** si applica il principio di pubblicità di seduta, come da tempo è stato sostenuto dal **Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 16 giugno 2009, n. 3902**: «*Va invero in proposito rilevato che il principio di pubblicità delle gare ad evidenza pubblica vale in termini assoluti solo per la fase di apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e le offerte economiche e può, viceversa, essere derogato quando la Commissione debba effettuare la valutazione delle offerte tecniche, che opportunamente avviene, di norma, in seduta riservata*».

Costituisce infatti principio inderogabile, in qualunque tipo di gara indetta per l'aggiudicazione di appalti con la P.A., sopra o sotto la soglia di rilievo comunitario, che devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la fase della verifica dell'integrità dei plichi e la fase dell'apertura degli stessi, sia che si tratti di documentazione amministrativa e sia che si tratti di documentazione tecnica, trattandosi di obbligo imposto alla Commissione di gara al fine di impedire o limitare sviste, disattenzioni, alterazioni o sostituzioni di atti, riducendo anche le possibilità di errori o mistificazioni nella fase della verifica, alla quale segue poi la valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta, che va effettuata invece in seduta riservata al fine di evitare influenze esterne sui giudizi dei membri della Commissione giudicatrice (**T.A.R. Molise Campobasso, sez. I, 9 aprile 2009, n. 118**).

Ed ancora, detto principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente, per quanto concerne la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e la relativa apertura, trova invero immediata applicazione in ogni tipo di gara, indipendentemente da un'espressa previsione da parte della «lex specialis» di gara, costituendo una regola generale riconducibile direttamente ai principi generali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione (**Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 4 marzo 2008, n. 901 - T.A.R. Lazio, Sezione II, sentenza 9 luglio 2008, n. 6478**).

L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, nella **deliberazione del 1 dicembre 2010, n. 76**, ha rilevato che si è sviluppata una costante giurisprudenza amministrativa sulla regola generale della pubblicità delle sedute di gara riconoscendola come principio inderogabile.

Per quanto riguarda la possibilità o meno di derogare dalla regola generale della pubblicità, in caso di procedure ristrette e negoziate o nell'ambito dei **settori speciali**, l'AVCP ha osservato che, anche in tali casi, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute al rispetto del principio di pubblicità, indipendentemente da una sua espressa previsione nella lex specialis di gara.

Infatti l'AVCP, richiamando quanto già espresso in altre deliberazioni e dalla giurisprudenza, ritiene che il principio di pubblicità delle sedute di gara sia la principale manifestazione della trasparenza amministrativa e costituisca un'essenziale garanzia partecipativa dei concorrenti, la quale contribuisce a qualificare un procedimento di evidenza pubblica come «giusto» e rispettoso della par condicio.

Inoltre, l'AVCP ha richiamato la nota **«Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici»** pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della U.E. del 1° agosto 2006, n. C 179. In tale Comunicazione la Commissione U.E. ha fornito ulteriori e più precise indicazioni sulle modalità di affidamento degli appalti in questione, da cui si ricava una più completa disciplina rispetto a quanto sancito dall'art. 27 del Codice dei contratti pubblici. In particolare, è stata indicata l'esigenza che gli affidamenti siano preceduti da «*un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione*» con l'indicazione di alcune modalità per il rispetto di tale regola. Ciò posto le Stazioni appaltanti, sono invitate, quando in particolare affidano servizi compresi nell'allegato II B al Codice dei contratti pubblici il cui importo superi la soglia di applicazione della normativa comunitaria, ad osservare le indicazioni fornite con detta Comunicazione interpretativa, soprattutto per quanto riguarda le forme di pubblicità da adottare, che devono essere improntate al criterio di ampia diffusione ed adeguatezza. A tal proposito si segnala la sentenza del **T.A.R. Sardegna, Sezione I, 10 marzo 2011 n. 212**, secondo la quale, il principio di seduta pubblica opera, indipendentemente dal fatto che il bando lo preveda, in tutte le ipotesi in cui all'aggiudicazione si pervenga attraverso un'attività di tipo procedimentale, ancorché semplificata e quindi **anche in relazione ai cottimi fiduciari**.

Già in passato, nella **deliberazione AVCP n. 309 del 6 dicembre 2007**, l'Autorità aveva ribadito che nel caso di «gara informale» o «ufficiosa», oltre all'osservanza delle prescrizioni dettate in ordine alla partecipazione alla procedura, che rappresentano un'ipotesi in cui l'Amministrazione disciplina in via preventiva l'esercizio delle proprie potestà discrezionali, l'Amministrazione è tenuta all'osservanza dei principi generali in materia di procedimenti ad evidenza pubblica, ovvero dei principi di par condicio, di pubblicità, di trasparenza, di logicità e di imparzialità. In tale contesto, le stazioni appaltanti possono apportare variazioni ai bandi di gara solo nei limiti in cui ciò avvenga senza violare i principi di par condicio e trasparenza, ovvero solo se sia data adeguata pubblicità delle modifiche, per lo meno nelle stesse forme utilizzate per l'indizione della gara informale.

Pertanto, il principio della pubblicità deve essere presente anche in relazione ai cottimi fiduciari, ed anche nei casi di gara informale l'Amministrazione è tenuta all'osservanza dei principi generali in materia di procedimenti ad evidenza pubblica e quindi del principio di par condicio, pubblicità, trasparenza, imparzialità.

Più di recente, il **Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza 3 marzo 2011, n. 1369** ha stabilito che il principio di pubblicità delle sedute della commissione giudicatrice si applica anche alle **procedure negoziate senza pubblicazione di bando**, in quanto si tratta di principio generale ed immanente negli ordinamenti nazionale e comunitario e riguardano quindi tutti i tipi di contratti pubblici.

La rilevanza e la necessità del rispetto di detto principio è stata nuovamente ribadita dal Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 3019/2011. Con riguardo ad una gara informale per la concessione di un servizio ex art. 30 del Codice, per il cui svolgimento è imposta l'osservanza dei principi generali stabiliti per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, ed in particolare dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento.

Sono del pari soggetti ai principi del Codice anche gli affidamenti dei contratti aventi per oggetto **servizi e forniture esclusi in tutto o in parte** dall'applicazione del Codice medesimo, anch'essi tenuti all'osservanza dell'art. 2, e quindi delle disposizioni di legge sul procedimento amministrativo (**Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 3 febbraio 2011, n. 775**).

Purtroppo, nonostante la notevole produzione della giurisprudenza e dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, molto spesso le stazioni appaltanti sono cadute in errore, specie nelle procedure più semplici qui in esame.

Decisivo è stato il recente intervento del **Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza n. 31 del 31 luglio 2012**, che ha ribadito fermamente che «*i possibili dubbi interpretativi prospettabili in relazione alle procedure negoziate ed agli affidamenti in economia con tutta evidenza dipendono, da un lato, dalla maggiore speditezza e flessibilità che connota la ratio stessa della previsione di siffatte procedure, e per altro verso dal fatto che l'art. 2, comma 1, del Codice nell'individuare il principio di pubblicità tra i principi che le stazioni appaltanti sono tenute a rispettare aggiunge che tale rispetto deve essere assicurato «con le modalità indicate dal presente codice»: precisazione dalla quale è legittimo inferire che il principio de quo è suscettibile di essere diversamente declinato, e quindi di subire deroghe o attenuazioni, in ragione del perseguimento di altri interessi e valori aventi almeno pari rilevanza e dignità (è precisamente questa, ad esempio, la ratio per la quale pacificamente si reputa legittimo, nelle procedure da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che l'esame e la valutazione delle offerte tecniche avvenga in seduta riservata)*».

Ed ancora i giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato che «*malgrado ciò, non può obliterarsi che il principio in esame, con le sue puntuali applicazioni, costituisce a sua volta corollario del più generale principio di trasparenza direttamente ricollegabile alle esigenze di tutela della concorrenza e di corretto funzionamento del mercato che costituiscono la base stessa della disciplina comunitaria in subiecta materia. Alla luce dei rilievi che precedono, non può negarsi che le esigenze di informazione dei partecipanti alla gara a tutela dei ricordati principi di trasparenza e par condicio, richiamate nella decisione n. 13 del 2011 di questa plenaria a sostegno della necessità che l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche avvenga in seduta pubblica, si pongano in termini sostanzialmente identici anche in relazione alle procedure negoziate, pur nel rispetto delle peculiarità riconosciute a queste ultime dal legislatore in piena coerenza col complesso dei principi appena richiamati. Più specificamente, la necessità che si svolga pubblicamente la fase procedimentale consistente nell'accertamento di quali e quante siano le offerte da esaminare, nonché nella verifica dello «stato di consistenza» di esse (e, cioè, di quali e quanti siano i documenti prodotti e allegati da ciascun concorrente ammesso alla procedura) si pone in tutti i casi in cui, per effetto di disposizioni di legge o della *lex specialis* ove esistente, risulti in qualche*

modo «procedimentalizzata» la fase dell'acquisizione delle offerte tecniche delle imprese interessate, con l'indicazione di prescrizioni sui tempi e le modalità di presentazione delle stesse e sui loro contenuti. Così, nell'ipotesi di cui all'art. 56 (procedure negoziate previa pubblicazione di bando di gara) sarà evidentemente la stessa *lex specialis* a disciplinare le materie suindicate, mentre nel caso di cui all'art. 57 (procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara) è la stessa norma, al comma 6, a introdurre la «procedimentalizzazione» della fase de qua, laddove dispone che: «...Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta».

Per quanto sopra, il Consiglio di Stato conclude affermando che «esigenze non diverse si pongono in relazione agli affidamenti in economia disciplinati dall'art. 125 del Codice, e segnatamente al cottimo fiduciario, che viene espressamente definito come una «procedura negoziata» (comma 4) e per il quale è esplicitato l'assoggettamento delle relative procedure ai principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento (commi 8 e 11). In tutti questi casi, la necessità di assicurare il controllo sul rispetto da parte della stazione appaltante delle regole che la stessa è tenuta a rispettare, ex lege o sulla scorta delle sue stesse pregresse determinazioni, comporta che la fase dell'accesso delle offerte e dei documenti connessi nella disponibilità dell'Amministrazione, in vista delle successive valutazioni tecniche ed economiche, debba sempre svolgersi pubblicamente. Resta pacifico, in ogni caso, che nelle ipotesi testé richiamate l'obbligo di seduta pubblica va rigorosamente circoscritto alla suindicata fase di verifica preliminare alla valutazione delle offerte, restandone esclusa la successiva fase di negoziazione, per la quale il legislatore ha stabilito che il rispetto del principio di trasparenza vada garantito con diverse modalità: ad esempio, assicurando la non discriminazione e la parità di trattamento fra gli offerenti coinvolti in tale fase (art. 56, comma 2) ovvero rispettando principi di concorrenza e rotazione nella scelta dei propri interlocutori (art. 57, comma 6, primo periodo)».

4. LE SEDUTE PUBBLICHE DI GARA NEL REGOLAMENTO DI ATTUAZIONE ED ESECUZIONE DEL CODICE

La pubblicità delle sedute di gara nell'aggiudicazione dei contratti pubblici, è espressamente prevista, in termini generali, dal Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice, di cui al D. P.R. n. 207/2010, dove all'**art. 117** «Sedute di gara» è stabilito che:

«1. Nel bando di gara, o nell'avviso di gara o nella lettera di invito sono stabiliti il giorno e l'ora della prima seduta pubblica di gara. Le sedute di gara possono essere sospese ed aggiornate ad altra ora o ad un giorno successivo salvo che nella fase di apertura delle buste delle offerte economiche.»

Occorre evidenziare la delicatezza della materia in esame in tutte le occasioni in cui la stazione appaltante convoca una seduta pubblica di gara, ivi compreso l'eventuale differimento o rinvio delle stesse. Infatti, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, nella sua **deliberazione di precontenzioso n. 46 del 20 febbraio 2007**, ha precisato che «per quanto attiene al differimento della seduta di gara, si precisa che non risulta sufficiente affiggere, il giorno previsto per l'effettuazione della seduta pubblica, un avviso di rinvio. Infatti, anche nel caso in cui l'Amministrazione venga a conoscenza dell'assenza dal servizio del Presidente di gara il giorno stesso in cui deve essere espletata la gara, attesa la correttezza dell'affissione di un avviso nella sede comunale, comunque la S.A. deve procedere a notificare a tutti i concorrenti la nuova data prevista per la seduta pubblica, in ossequio al principio della pubblicità delle sedute di gara. È infatti obbligo del seggio di gara garantire ai concorrenti l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura plichi, a tutela dell'interesse pubblico e di quello dei singoli concorrenti (TAR Calabria, Sezione II, sentenza 26 luglio 2004, n. 1701 – Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 18 febbraio 2003, n. 867). La sola affissione di un avviso un'ora prima di quella prevista per la seduta non adempie agli oneri di pubblicità, tenuto conto che un concorrente impossibilitato a partecipare quel giorno, non avrebbe avuto modo di conoscere la nuova data individuata per la seduta pubblica.»

L'art. 117 del Regolamento si applica a tutte le gare (anche forniture e servizi in virtù dell'**art. 283, comma 5**) ed a tutte le fasi del relativo procedimento, con le precisazioni che il Regolamento riporta in successivi articoli.

5. AGGIUDICAZIONE AL PREZZO PIÙ BASSO

Innanzitutto, per i lavori, l'**art. 119, comma 6**, del Codice, relativo alla «Aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari», prevede che:

«6. L'autorità che presiede la gara, in seduta pubblica, apre i plichi ricevuti e contrassegna ed autentica i documenti e le offerte in ciascun foglio e le eventuali correzioni apportate nel modo indicato nel comma 5, legge ad alta voce il prezzo complessivo offerto da ciascun concorrente ed il conseguente ribasso percentuale e procede, sulla base dei ribassi espressi in lettere, secondo quanto previsto dall'articolo 121.»

Per i servizi e le forniture, l'**art. 283, comma 4**, prevede che:

«4. Nel caso di aggiudicazione dell'offerta al prezzo più basso, l'autorità che presiede la gara, in seduta pubblica, apre i plichi ricevuti e contrassegna ed autentica i documenti e le offerte in ciascun foglio, legge ad alta voce il prezzo complessivo offerto da ciascun concorrente ed il conseguente ribasso percentuale e procede, sulla base dei ribassi espressi in lettere, secondo quanto previsto dall'articolo 284.»

Dunque, nelle gare al prezzo più basso è semplice ed intuitivo l'obbligo assoluto della seduta pubblica nella fase di apertura delle buste contenenti le offerte economiche.

Tuttavia, non bisogna dimenticare che tale fase è immediatamente preceduta dall'apertura dei plichi contenenti, oltre alla busta con l'offerta economica, anche la busta con la documentazione amministrativa, che sarà aperta preliminarmente dall'Autorità che presiede la gara, Responsabile del procedimento o una eventuale Commissione di gara (si ricorda che sia il Codice sia il suo Regolamento non prevedono l'obbligo di costituire un Commissione giudicatrice nelle gare con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso).

Anche le suddette aperture dovranno essere fatte nella medesima seduta pubblica, nel corso della quale saranno esaminati preliminarmente i documenti relativi al possesso dei requisiti e la restante documentazione necessaria per la partecipazione alla gara (cauzione provvisoria, pagamento contributo AVCP, eventuale attestato di sopralluogo ed altra ulteriore documentazione richiesta). Occorre segnalare che, in questa fase, molte stazioni appaltanti sospendono la seduta pubblica per continuare in forma riservata l'esame della documentazione amministrativa e poi riportare in successiva seduta pubblica gli esiti dello stesso.

Chi scrive non ritiene del tutto corretto tale comportamento, specie quando il Responsabile del procedimento o la Commissione di gara non rendano evidente fin da subito il contenuto dei documenti amministrativi presenti nel plico, ovvero non pongano in essere una seria verifica dello «stato di consistenza» di essi (e, cioè, di quali e quanti siano i documenti prodotti e allegati da ciascun concorrente ammesso alla procedura). Infatti, tale esame non presenta caratteristiche che, al contrario dell'esame delle offerte tecniche, siano tali da esigere un lavoro «a porte chiuse» da parte dell'Autorità che presiede la gara, anzi, trattandosi di una mera attività di controllo e non certo di valutazione tecnico discrezionale, la loro evidenza dovrebbe essere totale. Dunque, anche l'esame concreto della documentazione amministrativa prodotta dai concorrenti andrebbe eseguito in seduta pubblica dando piena contezza a tutti i soggetti interessati circa presenza e contenuto del documento richiesto dalla lex specialis di gara.

6. AGGIUDICAZIONE ALL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA

Il Regolamento si occupa poi delle gare con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa all'**art. 120, comma 2**, per i lavori, che è stato, alla luce della corposa giurisprudenza in materia sopra esaminata e soprattutto della sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 13/2011, modificato dall'art. 12, comma 1, del decreto legge 8 maggio 2012, n. 52, convertito in legge 6 luglio 2012, n. 94 (cd. prima spending review), come segue:

«2. 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. In una o più sedute riservate, la

commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando, i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito secondo quanto previsto nell'allegato G. Successivamente, in seduta pubblica, la commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, procede secondo quanto previsto dall'articolo 121.»

Per i servizi e le forniture, l'**art. 283, commi 2** (anch'esso modificato dall'art. 12, comma 1, del decreto legge 8 maggio 2012, n. 52, convertito in legge 6 luglio 2012, n. 94) e **3**, prevede:

«2. 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. In una o più sedute riservate, la commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito secondo quanto previsto nell'allegato P.

3. In seduta pubblica, il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'articolo 284.»

Pertanto, **solo la effettiva e concreta attività di valutazione dell'offerta tecnica**, che implica un momento discrezionale in cui è espresso un giudizio in ordine all'offerta esaminata, **avviene in forma riservata** a tutela della libertà di espressione dei componenti il seggio di gara e quindi della genuinità delle decisioni collegiali. Finalmente, la disposizione introdotta negli articoli 120, comma 2, e 283, comma 2, del Regolamento, rende il contenuto della norma compatibile con il sistema di trasparenza, imparzialità e conservazione che presiede nelle gare. Alla luce della corposa ed univoca giurisprudenza in materia, tali norme hanno anche una funzione preventiva facendo venire meno un vizio del procedimento idoneo a travolgere l'intera gara, ciò in quanto tutti gli operatori economici concorrenti sono messi in condizioni di verificare che le offerte tecniche, al termine del loro esame in seduta riservata, non hanno subito manomissioni, alterazioni o sostituzioni, e quindi hanno conservato il loro effettivo contenuto. In definitiva, la novella qui delineata intende prevenire eventuali ricorsi dal sicuro esito e, di conseguenza, evitare che l'amministrazione subisca spese di condanna, avendo quindi un effettivo valore nell'ambito del risparmio della spesa pubblica, finalità cui tende il citato primo decreto sulla «spending review».

7. LE SEDUTE PUBBLICHE DI GARA NEL PROCEDIMENTO DI VERIFICA DELLE OFFERTE ANOMALE

Le offerte anormalmente basse costituiscono sicuramente una delle patologie più gravi e frequenti nell'affidamento degli appalti pubblici. Per questo motivo il legislatore del Codice ha voluto prevedere non solo un articolato procedimento di verifica delle offerte sospette di anomalia, da ultimo riformato e semplificato con la legge 3 agosto 2009, n. 102 e completato con il Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice di cui al D. P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, ma anche stabilire un «campanello di allarme», dato dall'individuazione di una soglia di anomalia, con il quale l'attivazione del suddetto procedimento diventa un obbligo per le stazioni appaltanti. L'istituto in parola ha trovato una sua regolamentazione legislativa (di fonte comunitaria) anche nel Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (**artt. 86, 87, 88 e 89**): in ogni appalto di rilevanza comunitaria è previsto obbligatoriamente un particolare procedimento di natura contraddittoria e la necessità di una adeguata motivazione in caso esclusione. Al contrario, solo negli appalti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria e con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso il meccanismo previsto può essere legato più semplicemente a procedimenti automatici di esclusione delle offerte anomale (**art. 122, comma 9, ed art. 124, comma 8**).

Com'è noto, la finalità della verifica dell'anomalia dell'offerta è quella di evitare che offerte troppo basse esponano l'amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta e con modalità esecutive in violazione di norme, con la

conseguenza di far sorgere contestazioni e ricorsi. Le stazioni appaltanti devono, infatti, aggiudicare l'appalto a soggetti che abbiano presentato offerte che, avuto riguardo alle caratteristiche specifiche della prestazione richiesta, risultino complessivamente proporzionate sotto il profilo economico all'insieme dei costi, rischi ed oneri che l'esecuzione della prestazione comporta a carico dell'appaltatore, con l'aggiunta del normale utile d'impresa, affinché la stessa possa rimanere sul mercato. Occorre quindi temperare l'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione formulando un'offerta competitiva, con quello della stazione appaltante ad aggiudicare al minor costo, senza rinunciare a standard adeguati ed al rispetto dei tempi e dei costi contrattuali (v. **deliberazione AVCP n. 49 del 3 maggio 2012**).

La procedura di verifica delle offerte anormalmente basse, che costituisce un sub procedimento nell'ambito del più ampio procedimento di scelta del contraente, si articola in una doppia fase di contraddittorio scritto ed in una fase di contraddittorio orale. Detto procedimento si svolge completamente al termine della procedura di gara ed una volta che siano state individuate le offerte che superano le soglie previste dalla legge ovvero dopo che la stazione appaltante, sulla base di specifici elementi, abbia comunque deciso di procedere alla verifica di una determinata offerta.

In sintesi, determinata la soglia di anomalia per la verifica obbligatoria o evidenziati gli specifici elementi per la verifica discrezionale, la stazione appaltante deve procedere ad effettuare la verifica di congruità delle offerte risultate eccessivamente basse, che consiste nell'apprezzamento della correttezza delle stime proposte dal concorrente al fine di accertare qual'è stato il ragionamento economico ovvero tecnico-economico che ha portato l'operatore a ritenere di poter offrire quel determinato importo e, conseguentemente, valutare la natura dell'offerta in termini di congruità, affidabilità e genuinità. Con tale procedimento non si tende a selezionare l'offerta più conveniente per la stazione appaltante, in quanto la ratio sottesa a tale meccanismo di controllo consiste nell'assicurare la piena affidabilità e serietà della proposta contrattuale.

Tale sub procedimento vede l'obbligo della seduta pubblica di gara solo per l'avvio e per comunicare l'esito dello stesso, in tutto il resto la stazione appaltante opera attraverso sedute riservate in cui l'unico contatto con l'esterno è dato dalle regole del contraddittorio (due fasi scritte ed una orale), che interessano il solo concorrente sottoposto al giudizio di congruità. Infatti, il sub procedimento di verifica dell'anomalia non deve essere effettuato in seduta pubblica perché esso riguarda esclusivamente l'offerta oggetto di valutazione, costituisce momento di espressione del potere tecnico-discrezionale della commissione di gara e, talora, deve essere coperto da riservatezza, in quanto la divulgazione di dettagli informativi tecnici potrebbe ledere interessi commerciali e di riservatezza industriale della ditta partecipante (**TAR Piemonte, Sezione II, sentenza 19 aprile 2006, n. 1864**).

Un interessante intervento del **TAR Molise, Sezione I, sentenza 28 gennaio 2010, n. 102** conferma quanto sopra ed evidenzia come «*il principio di pubblicità delle sedute della commissione di gara è funzionale al rispetto delle esigenze di imparzialità e trasparenza – che sono proprie di ogni attività amministrativa – di guisa che la pubblicità delle sedute assurge a principio generale della materia dei contratti pubblici, con esclusione tuttavia della fase di valutazione tecnica delle offerte*».

Tralasciando i vari passaggi del procedimento di verifica (per un approfondimento si veda «*Offerte anormali: metodi di individuazione e verifica*» M. Urbani, ed. Legislazione Tecnica), occorre esaminare le novità apportate dal Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice che, con il suo **art. 121**, applicabile a tutti gli appalti (lavori, servizi e forniture) in forza del successivo **art. 284**, completa la disciplina del procedimento di verifica dell'anomalia. In particolare, sia il **comma 2** (criterio prezzo più basso) sia il **comma 10** (criterio offerta economicamente più vantaggiosa) di tale articolo prevedono che «*il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti*». Ciò significa che in apposita seduta pubblica occorre indicare quali siano le offerte sospette di essere anormalmente basse e, quindi, avviare il procedimento di verifica.

In questa materia, una grande novità introdotta con il Regolamento, entrato in vigore l'8 giugno 2011, è data dalla figura coinvolta nel procedimento: il **Responsabile Unico del Procedimento**. Tale soggetto procederà alla richiesta ed alla verifica delle giustificazioni ed eventuali chiarimenti presentate dai concorrenti, ai sensi degli art. 86, 87, 88 e 89 del Codice, avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita (art. 121, comma 2).

Inoltre, il RUP, qualora lo ritenga necessario può richiedere la nomina della **specifico commissione di congruità** prevista dall'articolo 88, comma 1-bis, del Codice (art. 121, comma 4). Dunque, il soggetto

che presiede la gara, verificata l'esistenza di offerte sospette di essere anormalmente basse, chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, quale soggetto incaricato della verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'articolo 87, comma 1: chiudere la seduta pubblica significa che tutti i concorrenti presenti alla stessa hanno avuto notizia della graduatoria provvisoria di gara e del fatto che uno o più offerte risultano sospette di anomalia e, di conseguenza, andranno verificate.

Per prima cosa, quindi, il nuovo sistema riformato dalla legge n. 102/2009 e dal Regolamento di cui al D. P.R. n. 207/2010 prevede che il responsabile unico del procedimento, una volta raccolte le carte del procedimento di gara, dovrà scrivere all'operatore economico interessato dal giudizio di congruità circa la richiesta delle relative giustificazioni, secondo le modalità che andrebbero sempre specificate sul disciplinare di gara.

Da quanto sopra, deriva subito una importante conseguenza: nelle gare con aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non sarà più la Commissione giudicatrice di cui all'art. 84 del Codice ad effettuare la verifica di congruità come, prima dell'entrata in vigore del Regolamento (8 giugno 2011), era di solito previsto e ritenuto corretto anche dalla giurisprudenza, ma sarà cura del responsabile del procedimento oppure della specifica Commissione di congruità; detti soggetti al termine del loro articolato lavoro trasmetteranno i risultati alla Commissione giudicatrice alla quale spetta il compito di riportare detti risultati in seduta pubblica, come previsto dall'art. 121, **comma 3**, del Regolamento: *«Il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, dichiara l'anomalia delle offerte che, all'esito del procedimento di verifica, sono risultate non congrue e dichiara l'aggiudicazione provvisoria in favore della migliore offerta risultata congrua»*.

In buona sostanza, in questo sub procedimento la fase pubblica, iniziale e finale, è gestita dal soggetto che presiede la gara (responsabile del procedimento o Commissione giudicatrice), mentre la fase riservata è svolta da soggetti che potrebbero anche non coincidere (responsabile del procedimento o specifica Commissione di congruità).

Tuttavia, la giurisprudenza è ancora contrastante circa l'attribuzione del compito della verifica di congruità al Responsabile del procedimento oppure alla Commissione giudicatrice, tanto da indurre il **Consiglio di Stato, Sezione VI, ordinanza 12 ottobre 2012, n. 5270**, a disporre il deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato della questione se, in merito all'organo competente a procedere alla verifica della congruità dell'offerta, debba essere incaricato inderogabilmente l'organo collegiale costituito o dalla commissione di gara o da una commissione tecnica istituita ad hoc, oppure se la stazione appaltante possa incaricarvi il responsabile del procedimento recependone interamente le conclusioni e motivazioni. A questo punto, sebbene fosse palese il coinvolgimento del RUP, occorre aspettare una eventuale diversa interpretazione della norma.

Si deve segnalare che molte stazioni appaltanti non hanno ancora «digerito» tali novità e non solo fanno svolgere la verifica di anomalia alla stessa Commissione giudicatrice, ma peggio ancora non prevedono la seduta pubblica finale in cui vengono resi noti gli esiti della verifica stessa. Tali comportamenti sono gravissimi in quanto, come sopra evidenziato, la violazione del principio di pubblicità costituisce vizio insanabile della procedura, il quale si ripercuote sul provvedimento finale di aggiudicazione, invalidandolo.

8. LA FASE DI PREQUALIFICAZIONE DELLE PROCEDURE RISTRETTE, NEGOZIATE CON BANDO E DIALOGO COMPETITIVO

Com'è noto, esistono procedure di gara in cui vengono svolte due distinte e ben separate fasi procedurali: una prima fase, detta di prequalifica, nella quale gli operatori economici interessati (**candidati**) presentano le domande di partecipazione ed allegano la documentazione necessaria alla dimostrazione dei requisiti di carattere generale e speciale richiesti dalla legge e dal bando di gara, ed una seconda fase, detta di gara vera e propria, nella quale gli operatori economici invitati (**concorrenti**) presentano le loro offerte. Il problema che qui si pone è dato dal fatto se anche la prima fase della procedura debba rispettare le regole della pubblicità delle sedute di gara; in altre parole, occorre capire se anche i candidati godano di una garanzia di pubblicità nelle operazioni svolte dalla stazione appaltante ai fini della individuazione dei soggetti da invitare alla gara, allo stesso modo di quanto accade per concorrenti in sede di presentazione offerta alle medesime gare.

In passato la giurisprudenza ha sostenuto che non sia necessario - ma non, però, che sia vietato - il rispetto del principio di pubblicità in fase di prequalificazione: «non è vero che le operazioni di apertura e verifica dei plichi debbano avvenire in seduta pubblica, non essendo una siffatta cautela imposta per la fase preliminare di prequalificazione» (Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 4 novembre 2002, n. 6004 - T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 10 aprile 2002, n. 219).

Più recentemente, il **TAR Toscana, Sezione I, sentenza 3 febbraio 2010, n. 184** ha affrontato un caso molto significativo e rappresentativo della fattispecie in esame, nel quale veniva censurato, da un lato, la mancata indicazione nel bando di gara, dell'ora, della data e del luogo di apertura dei plichi contenenti le domande di partecipazione e, dall'altro, l'effettuazione delle operazioni predette in seduta riservata e non in seduta pubblica. Il Tribunale toscano ha risolto la questione sostenendo 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 di plichi. Il predetto principio di pubblicità delle gare pubbliche impone che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica; ciò anche in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa. Pertanto, nel caso di specie, anche ove la *lex specialis* nulla avesse prescritto sul punto, l'apertura dei plichi avrebbe dovuto essere effettuata in seduta pubblica e non in seduta privata, come ha invece operato l'amministrazione.»

Così posto, sembrerebbe tutto risolto in favore della seduta pubblica anche per l'apertura dei plichi contenenti le domande di partecipazione; tuttavia, il vero problema interpretativo nasce da quanto prevede lo stesso Codice dei contratti in materia di notizie riservate e coperte dal segreto d'ufficio.

Infatti, poiché l'**art. 13, comma 2, lettera b)**, del Codice prevede che «il diritto di accesso è differito (...) nelle procedure ristrette (...), in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito (...), e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte (...), fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte», si potrebbe sostenere che la seduta di esame delle domande di partecipazione dovrebbe essere segreta, altrimenti gli operatori economici presenti verrebbero a conoscenza della lista degli interessati alla gara e, successivamente, dei possibili concorrenti.

Pertanto, per dare una soluzione a questo problema occorre operare una decisa scelta fra due valori giuridici (principi cogenti del Trattato) degni di tutela:

- assicurare la controllabilità delle operazioni di gara da parte degli operatori economici, dando rilievo ai **principi di pubblicità e di trasparenza;**
- prevenire la possibilità di intese illecite fra gli operatori stessi, nel pieno rispetto del **principio di concorrenza.**

In attesa che il Legislatore, l'Autorità di vigilanza o la giurisprudenza si occupino di tale problema, bisogna cercare la soluzione più logica e razionale possibile. Si potrebbe sostenere che, in virtù del fatto che gli operatori economici che appartengono ad un certo settore di mercato ben si conoscono, di fatto, se più operatori economici vogliono preventivamente mettersi d'accordo fra di loro in modo lesivo del principio di concorrenza, possono effettivamente farlo anche se la seduta per l'esame delle domande di partecipazione sia riservata. In questo quadro, potrebbe apparire ragionevole e non illogica, anzi quasi dovuta, la scelta giuridica di privilegiare la pubblicità delle operazioni di gara; tuttavia, trovare una giustificazione nel fatto che tanto ci sarà comunque qualcuno che si comporta male non sembra molto corretto. Al contrario, si potrebbe evidenziare come l'art. 13 dispone chiaramente un divieto, peraltro penalmente sanzionato (art. 326 c.p.), mentre nessuna norma del Codice dispone un obbligo di seduta pubblica per l'esame delle domande di partecipazione e relativa documentazione, come invece previsto per altre fasi di gara. A questo punto, occorre cercare le soluzioni che il mercato di riferimento presenta: da una ricerca fatta su internet circa il contenuto dei bandi di gara e dei relativi disciplinari è emerso che molte stazioni appaltanti prevedono la seduta pubblica e poche (fra cui l'AVCP) la seduta riservata. Il risultato non è soddisfacente, ma quantomeno si potrebbe sostenere, per un verso, la numerosità di quanti lo fanno o, dall'altro, la rilevanza della scelta operata dall'Autorità.

Una soluzione al problema può venire anche dal **Servizio Supporto Tecnico Giuridico** nell'ambito del Servizio Contratti Pubblici (SCP), reso operativo da circa dieci anni su espressa volontà e concertazione da parte del **Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti**, della **Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome** e di **ITACA** (organo tecnico della Conferenza delle Regioni, nato nel 1996

con la denominazione di «Istituto per la trasparenza, l'aggiornamento e la certificazione degli appalti», dal 2005 ha adottato la nuova denominazione «Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale»), nell'intento operativo di fornire una tempestiva risposta agli interrogativi delle amministrazioni in materia di legislazione sugli appalti, assicurando, al contempo, uniformità di indirizzi e di linee interpretative coerenti con i principi di legittimità, logica, imparzialità, efficienza ed economicità. Infatti, tale Servizio svolge, tra l'altro, un'attività di indubbio pregio istituzionale, come peraltro testimoniato dagli stessi utenti del servizio in parola, i quali, attraverso la formulazione di un sempre crescente numero di quesiti, confermano, nei fatti, la validità dello strumento di supporto messo loro a disposizione.

In particolare, da una attenta ricerca sul sito www.serviziocontrattipubblici.it è stato reperito il documento a cura del Supporto Tecnico Giuridico di risposta ai quesiti più frequenti ed è stata trovata la seguente **domanda**: «L'art. 13, comma 2, lett. b) prevede, per le procedure ristrette il divieto di divulgare notizie fino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte in relazione ai soggetti che hanno rivolto istanza di partecipazione alla gara ed ai concorrenti ammessi. Ciò posto si chiede il Vs. autorevole parere in merito alla legittimità di effettuare le operazioni di prequalificazione dei concorrenti in seduta pubblica ovvero riservata. A parere del sottoscritto la prequalificazione effettuata in seduta pubblica vanificherebbe il principio della segretezza dei concorrenti in quanto ciascun candidato, potendo presenziare a tali operazioni verrebbe a conoscenza di ciascun concorrente ammesso alla gara. Esiste però il parere opposto al precedente, espresso da diversi addetti ai lavori, secondo il quale la pubblicità delle sedute di gara, sin dalla fase di prequalificazione, rappresenta un principio inderogabile di trasparenza del procedimento. Atteso che, il citato art. 13, comma 4 del D. Leg.vo 163/2006 prevede in capo ai pubblici ufficiali l'applicazione di sanzioni penali in caso di inosservanza delle disposizioni normativa di cui al comma 2 del medesimo articolo, si chiede il Vs. autorevole parere in merito al problema».

Il citato Servizio ha fornito la seguente **risposta**: «Il principio di pubblicità delle operazioni di gara non è applicabile alle operazioni di prequalificazione delle imprese. La relativa seduta, pertanto, si svolge in seduta riservata». Di certo non è una risposta ben articolata e supportata da congrua motivazione logico giuridica, ... ma è già qualcosa.

In conclusione, chi scrive ha sempre privilegiato la soluzione della seduta riservata, non solo per la rilevanza, nel settore degli appalti pubblici, del principio di concorrenza rispetto a tutti gli altri principi del Trattato, o del timore di infrangere il diritto penale, o del fatto che l'AVCP nella veste di stazione appaltante così si comporta, quanto per la considerazione giuridica che ove il Codice o il Regolamento prevedono una seduta pubblica lo dispongono espressamente (vedi ultima modifica agli articoli 120, comma 2, e 283, comma 2); in buona sostanza, forse è il caso di applicare un famoso brocardo latino e risolvere la questione, fino a nuove disposizioni di legge o chiarimenti in materia, sostenendo che «ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit».

9. IL PRINCIPIO DI CONTINUITÀ DELLA GARA E SEDUTE PUBBLICHE

Corollario del canone di pubblicità è il principio di continuità e concentrazione della procedura di gara. Tale principio, già sancito dall'art. 71, del R.D. n. 827/1924, Regolamento di contabilità di Stato («Se l'incanto non possa compiersi nello stesso giorno in cui fu aperto, sarà continuato nel primo giorno seguente non festivo»), è espressione del più generale canone della par condicio, ed impone che le operazioni di gara debbano essere il più possibile ravvicinate, senza soluzione di continuità, e svolgersi entro limiti temporali stringenti. La ratio di tale prescrizione è quella di garantire l'indipendenza di giudizio di chi presiede la gara, sottraendolo da possibili influenze esterne. Le operazioni di gara, dunque, devono svolgersi in una sola seduta o in poche sedute ravvicinate; le deroghe a tale principio sono ammissibili, previa adeguata motivazione, solo in presenza di particolari situazioni che impediscano obiettivamente la conclusione delle attività in una sola seduta (ad es. quando sia necessario acquisire un parere esterno o richiedere integrazioni documentali ad una pluralità di concorrenti).

A tal proposito, il **Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 23 novembre 2010 n. 8155** ha ritenuto che «Secondo quanto può desumersi dai principi generali in materia, al fine di assicurare imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza all'azione amministrativa, le sedute di una commissione di gara devono ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità. In particolare, le operazioni di esame

delle offerte tecniche ed economiche devono essere concentrate in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al precipuo fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 16 novembre 2000, n. 6128). Il principio di continuità e di concentrazione della gara non è assolutamente insuscettibile di eccezioni, potendo verificarsi situazioni particolari che obiettivamente impediscano l'espletamento delle operazioni in unica seduta (Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 18 novembre 2002, n. 6388, e sentenza 3 gennaio 2002, n. 5). Tra queste possono in effetti annoverarsi la particolare complessità delle valutazioni da svolgere o l'elevato numero delle offerte da giudicare. In tali casi, tuttavia, l'esigenza di continuità impone comunque l'osservanza, nello svolgimento delle operazioni, del minimo intervallo temporale tra una seduta e l'altra e delle massime garanzie di conservazione dei plichi contenenti le singole offerte».

Non sussistono, invece, i presupposti della legittima deroga al principio di continuità e concentrazione, nell'ipotesi in cui tra più sedute di gara la stazione appaltante faccia trascorrere un lasso di tempo esteso, senza darne giustificazione nei verbali (**TAR Puglia, Sezione I, sentenza 2 febbraio 2010, n. 244**). Pertanto, nel caso in cui la gara, per motivazioni obiettive, debba articolarsi in più sedute, la stazione appaltante è tenuta alla **custodia dei plichi e dei documenti** e ad adottare **misure per la loro conservazione**, che devono essere idonee a garantirne la segretezza e ad evitare l'alterazione, sostituzione o lo scambio dei documenti, che possano incidere sul regolare esito della gara; la scelta delle misure adottate va menzionata nei verbali di gara.

10. IL PRINCIPIO DI PUBBLICITÀ NEI SETTORI SPECIALI

Nei paragrafi precedenti è stato illustrato il principio generale per il quale le sedute di gara preordinate all'aggiudicazione di appalti pubblici devono essere caratterizzate dalla pubblicità delle relative operazioni. Tale principio discende direttamente da quegli obblighi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa che in materia di contratti pubblici devono guidare la scelta del contraente. Per anni la giurisprudenza è stata divisa se ritenere applicabile tale principio anche nei settori speciali (ex esclusi), ovvero quelli aventi ad oggetto gas, energia termica ed elettricità (art. 208 del Codice), acqua (art. 209 del Codice), servizi di trasporto (artt. 210 del Codice), servizi postali (art. 211 del Codice), prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone ed altri combustibili solidi (art. 212 del Codice), porti e aeroporti (art. 213 del Codice).

In generale, gli appalti pubblici nei settori speciali sono assoggettati ad una disciplina diversa da quella tipica che si applica ai settori ordinari, essendo improntata a maggiore flessibilità e snellezza. Ad esempio, nei settori speciali la procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara non è sottoposta ai rigidi presupposti stabiliti dall'art. 56 del Codice per gli appalti che ricadono nei settori ordinari: nei settori speciali le stazioni appaltanti, infatti, possono liberamente scegliere se aggiudicare l'appalto mediante una procedura aperta, una procedura ristretta oppure una procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara (art. 220 del Codice).

Secondo un primo orientamento del **Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 22 aprile 2008, n. 1856**, «la circostanza per cui, nei settori speciali, l'art. 226 del D. Leg.vo n. 163/2006, il quale stabilisce i contenuti dell'invito a presentare offerte o a negoziare, non prevede alcuna forma di pubblicità delle sedute, non esclude il rispetto del principio di pubblicità, atteso che la ratio ispiratrice della pubblicità delle sedute di gara è comune in ogni procedura concorsuale di scelta del contraente relativa a qualsiasi contratto pubblico di lavori, servizi e forniture, ed è rivolta a tutelare le esigenze di trasparenza e imparzialità che devono guidare l'attività amministrativa e che caratterizzano tutta la disciplina dell'evidenza pubblica (art. 97, comma 1, della Cost. e art. 1, commi 1 e 1-ter, della l. 7 agosto 1990, n. 241)». Dunque, i Giudici di Palazzo Spada, con la citata sentenza, ribadiscono che costituisce 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. Pertanto, il rispetto del principio de quo impone, anche nei settori speciali, che l'apertura dei plichi delle offerte sia fatta in seduta pubblica. Tuttavia, pochi mesi dopo, il **Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 19 settembre 2008, n. 4520** ha in qualche modo sconfessato il precedente orientamento volto ad affermare l'obbligo di pubblicità per le operazioni di gara relative a qualsiasi procedura, ivi inclusa

quella negoziata, relativa ai settori speciali, sostenendo che «*le operazioni di gara afferenti una procedura negoziata indetta da una stazione appaltante operante nei settori speciali non sono soggette all'obbligo di pubblicità. Ne consegue che la commissione giudicatrice può svolgere la propria attività in seduta riservata non solo nella fase di valutazione tecnica delle offerte, ma anche nella fase di apertura delle offerte economiche e della documentazione amministrativa*».

Sino alla recente sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 31 del 31 luglio 2012, quindi, la giurisprudenza amministrativa era divisa sull'obbligo di pubblicità delle sedute di gara nei settori speciali. Questo contrasto per anni ha comportato gravi incertezze per le stazioni appaltanti e gli operatori economici del settore contribuendo a rendere ancor più incerto il regime giuridico degli appalti pubblici nei settori speciali, i quali rappresentano quasi la metà del valore degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. Prima ancora di tale decisiva sentenza, di fronte al contrasto giurisprudenziale in ordine alla pubblicità delle sedute di gara nei settori speciali, l'emanazione del Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice è stata quanto mai opportuna. Il Regolamento, infatti, ha fornito per la prima volta una minuziosa disciplina delle sedute di gara per la scelta del contraente e, in particolare, ha dissipato ogni dubbio in merito alla pubblicità delle sedute di gara nei settori speciali.

Per quanto riguarda i **contratti dei settori speciali di importo pari o superiore alle soglie di rilievo comunitario**, di cui all'art. 215 del Codice (euro 5.000.000 per i lavori ed euro 400.000 per forniture e servizi), il rinvio alle norme applicabili è contenuto nella Parte III, Titolo I, all'art. 206 del Codice e nella Parte V, Titolo I, all'art. 339 del Regolamento.

Innanzitutto, con riguardo alla generale disciplina degli appalti nei settori speciali di rilevanza comunitaria, va rilevato che l'art. 206 del D. Leg.vo n. 163/2006, nell'elencare le norme del Codice dei contratti pubblici dettate per i settori ordinari che sono applicabili anche alle procedure relative ai settori speciali, opera tra l'altro un richiamo generalizzato alla parte I dello stesso decreto, rendendo quindi **automaticamente applicabili i principi generali indicati all'art. 2**, fra i quali vi è appunto quello di pubblicità.

Dunque, l'art. 339 del D. P.R. n. 207/2010 stabilisce che ai contratti nei settori speciali di rilevanza comunitaria si applicano le disposizioni contenute nella parte II (lavori), titolo V, capo II (artt. 117 e seguenti), nonché le disposizioni contenute nella parte IV (servizi e forniture), titolo II, capo II (artt. 282 e seguenti), che attengano alla pubblicità delle sedute di gara, ed in particolare l'art. 120, comma 2, e l'art. 283, comma 2, come recentemente modificati dall'art. 12, commi 1 e 2, del decreto legge 8 maggio 2012, n. 52, convertito in legge 6 luglio 2012, n. 94 (cd. prima *pending review*).

Pertanto, nella citata sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 31/2012, i giudici di Palazzo Spada hanno enunciato il seguente principio di diritto: «*i principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici comportano che, qualora all'aggiudicazione debba procedersi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti vadano effettuate in seduta pubblica anche laddove si tratti di procedure negoziate, con o senza previa predisposizione di bando di gara, e di affidamenti in economia nella forma del cottimo fiduciario, in relazione sia ai settori ordinari che ai settori speciali di rilevanza comunitaria*».

Per quanto riguarda i **contratti dei settori speciali di importo inferiore alle soglie di rilievo comunitario**, il rinvio alle norme applicabili è contenuto nella Parte III, Titolo II, all'art. 238 del Codice e nella Parte V, Titolo II, all'art. 341 del Regolamento.

Da quanto sopra, emerge un notevole **profilo di criticità**, che non risulta ancora affrontato dalla giurisprudenza, ovvero l'applicabilità dell'obbligo della seduta pubblica di gara anche nelle gare per l'aggiudicazione di appalti nei settori speciali di valore inferiore alla soglia comunitaria.

Per tali appalti il legislatore ha previsto una disciplina sensibilmente diversa a seconda che la stazione appaltante sia un'**amministrazione aggiudicatrice** (amministrazione dello Stato, ente pubblico territoriale, altro ente pubblico non economico, organismo di diritto pubblico, associazione, unione, consorzio, comunque denominati, costituiti da detti soggetti) da una parte, oppure un'**impresa pubblica** o un **sogetto privato titolare di diritti speciali o esclusivi**, dall'altra:

- nel primo caso, salvo alcune eccezioni, le amministrazioni aggiudicatrici applicano la disciplina prevista per gli appalti nei settori speciali sopra soglia comunitaria, contenuta nel Codice;
- nel secondo caso, invece, le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi «*applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato CE a tutela della concorrenza*». Queste stazioni appal-

tanti possono quindi disciplinare autonomamente con proprio regolamento interno le procedure di affidamento sottosoglia, con il solo limite che il contenuto dei loro regolamenti deve essere conforme ai principi del Trattato a tutela della concorrenza, quali sono i principi di trasparenza, pubblicità, proporzionalità e parità di trattamento.

Ciò stante, sembrerebbe che l'obbligo delle sedute pubbliche di gara, così come il procedimento di verifica delle offerte anomale, non trovi applicazione con riferimento agli appalti sotto soglia comunitaria aggiudicati dagli Enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, ovvero le imprese pubbliche ed i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi, mentre trova applicazione con riferimento agli stessi appalti aggiudicati dagli Enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici, ovvero da un'amministrazione statale, da un ente pubblico territoriale, da un altro ente pubblico non economico, da un organismo di diritto pubblico e da un'associazione, unione, consorzio, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.

Tuttavia, il richiamo ai principi del Trattato a tutela della concorrenza, presuppone che nel redigere i propri regolamenti questi Enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici applichino una disciplina idonea a garantire la tutela della concorrenza e, di conseguenza, prevedano opportuni meccanismi di pubblicità delle sedute di gara anche negli appalti sotto la soglia comunitaria.

In buona sostanza, è obbligatorio per tutti gli Enti aggiudicatori (sottosoglia solo per le amministrazioni aggiudicatrici, mentre per le altre stazioni appaltanti è consigliabile inserire tale regola nel proprio regolamento interno) prevedere sedute pubbliche di gara, senza particolari problematiche o sostanziali differenze nei tre settori dei lavori, servizi o forniture.

In definitiva, alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale più recente, **può ritenersi oggi indubbio che il principio di pubblicità delle sedute di gara trovi applicazione anche nei settori speciali**. L'entrata in vigore del D. P.R. n. 207/2010 (8 giugno 2011), le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13/2011 e n. 31/2012 e le modifiche al Regolamento intervenute con il decreto legge 8 maggio 2012, n. 52, convertito in legge 6 luglio 2012, n. 94 hanno infatti dissipato ogni dubbio al riguardo.

11. LA PRESENZA DEGLI OPERATORI ECONOMICI NELLE SEDUTE PUBBLICHE DI GARA

Per concludere il presente lavoro, si ritiene opportuno un breve esame delle conseguenze giuridiche e degli effetti sostanziali scaturenti dalla presenza di un rappresentante di un'impresa partecipante alla procedura di gara in occasione delle sedute pubbliche.

Com'è noto, la seduta di gara è definita «pubblica» in considerazione del fatto che il seggio di gara (Commissione giudicatrice o Responsabile del procedimento) svolge i suoi lavori dando la possibilità agli operatori economici interessati di **presenziare alle operazioni di:**

- apertura dei plichi contenenti tutta la documentazione richiesta;
- esame della documentazione amministrativa;
- apertura delle buste contenenti le offerte tecniche;
- esito finale della valutazione delle offerte tecniche (fatta in sedute riservate da Commissione giudicatrice);
- apertura delle buste contenenti le offerte economiche;
- esame delle offerte economiche;
- comunicazione della graduatoria finale di gara ed eventuale segnalazione di offerte sospette di essere anormalmente basse;
- esito della valutazione di congruità delle offerte sospette di anomalia (fatta in sedute riservate dal RUP o da specifica Commissione di congruità);
- decisione di aggiudicazione provvisoria.

In tutte queste operazioni del procedimento di gara, i concorrenti hanno la possibilità di controllare il lavoro svolto dal seggio di gara, chiedere delucidazioni e, se lo ritengono necessario, presentare proprie memorie in merito ad eventuali osservazioni o contestazioni per presunte scorrettezze o diverse interpretazioni della normativa in materia. Ovviamente le osservazioni o contestazioni dovranno essere esattamente riportate sui verbali di gara.

A quest'ultimo proposito, si evidenzia che nel corso di una seduta pubblica di gara è possibile presentare anche l'**informativa di proporre ricorso giurisdizionale**, di cui all'art. 243-*bis* del Codice dei contratti (istituto introdotto, in sede di recepimento della Direttiva «ricorsi», dal D. Leg.vo 20 marzo 2010, n. 53 ed entrato in vigore il 27 aprile 2010).

In buona sostanza, tale informativa si concreta in una comunicazione diretta al responsabile del procedimento, sottoscritta dall'interessato o da un suo delegato, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei vizi di illegittimità inficianti l'operato della stazione appaltante e degli eventuali motivi di ricorso che si intenderanno articolare innanzi al TAR (fatta salva, in ogni caso, la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori). Ciò posto, detta comunicazione può essere effettuata anche verbalmente nel corso di una seduta di gara (in tal caso, essa è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della Commissione di gara).

Per quanto riguarda la problematica generale della «**presenza rilevante**» delle imprese in sede di gara, ai fini dell'acquisita conoscenza delle operazioni e dei provvedimenti ivi assunti e, quindi, ai fini del decorso del termine di impugnazione, l'orientamento giurisprudenziale largamente maggioritario, seppur con diverse sfumature, conferisce piena rilevanza giuridica alla presenza dei rappresentanti in sede di gara.

Secondo l'orientamento della giurisprudenza più risalente nel tempo e consolidatosi fin dalla seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso, la presenza dei rappresentanti della società offerente è rilevante, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, qualora questi ultimi siano muniti di un mandato ad hoc, oppure quando rivestano una specifica carica sociale, all'interno della compagine di impresa, in modo tale da poterne riferire alla società. In presenza di tali requisiti (mandato ad hoc o specifica carica), si ha, dunque, «conoscenza rilevante» ai fini impugnatori.

Accanto a tale tesi, si è sviluppato nel tempo un distinto orientamento, diretto ad operare un ripensamento delle funzioni e dei poteri del rappresentante dell'impresa in sede di gara. Secondo tale orientamento, ora prevalente, ai fini della conoscenza rilevante, è sufficiente la presenza di rappresentanti, aventi poteri di partecipazione alla gara e di esternazione nell'interesse del rappresentato.

Circa gli effetti scaturenti dalla presenza di un rappresentante degli operatori economici nelle sedute pubbliche di gara, si riportano di seguito alcune sentenze giurisprudenziali.

Innanzitutto, occorre evidenziare la nota differenza tra **aggiudicazione provvisoria** (art. 11, comma 4, del Codice) e **aggiudicazione definitiva** (art. 11, comma 5, del Codice) e le conseguenze della presenza rilevante dell'operatore economico nel corso della seduta pubblica di gara in cui viene decisa e proposta l'aggiudicazione provvisoria ai fini del decorso del termine per impugnare la gara.

L'aggiudicazione provvisoria, ai sensi dell'art. 12, comma 1, del Codice, è soggetta all'approvazione della stazione appaltante e detta approvazione non è un «atto vincolato», poiché in esso deve esprimersi un'ulteriore valutazione dell'amministrazione circa la regolarità della gara nonché la convenienza alla stipula del contratto solo dopo l'approvazione; per questo motivo l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria non è necessaria, mentre lo diventa l'impugnazione di quella definitiva in quanto effettivamente rappresenta l'atto definitivamente lesivo degli interessi della concorrente (non aggiudicataria).

Ciò posto, quindi, per individuare la data esatta da cui far decorrere il termine per l'impugnazione, va rilevato che la presenza del procuratore di una società concorrente alla seduta di gara - in cui viene data ufficialità all'aggiudicazione provvisoria ad altra partecipante - in alcun modo fa decorrere il termine per l'impugnazione, che diversamente deve iniziare a conteggiarsi correttamente solo a far data dalla piena conoscenza del provvedimento definitivo d'aggiudicazione, conseguente all'apposita comunicazione di cui all'art. 79, comma 5, lettera a, del Codice (**TAR Lazio, Sezione I bis, sentenza 8 luglio 2009, n. 6681**).

TAR Lazio, Sezione II, sentenza 23 novembre 2006, n. 13065

«La presenza di un rappresentante dell'impresa partecipante alla gara di appalto nella riunione nella quale la Commissione giudicatrice ha deliberato sull'aggiudicazione non comporta ex se piena conoscenza dell'atto ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione. Tuttavia, la piena conoscenza deve ritenersi sussistente qualora risulti che il rappresentante medesimo è munito di mandato ad hoc oppure riveste la specifica carica sociale di rappresentante legale dell'ATI, per cui la conoscenza avuta dal medesimo nel corso della seduta di gara deve ritenersi riferibile alle società concorrenti.»

Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 19 aprile 2007, n. 1800

«La giurisprudenza di questo Consiglio ha già precisato che ai fini del decorso del termine per l'impugnazione, in tema di contratti della pubblica amministrazione, la presenza di rappresentanti delle imprese concorrenti alle sedute di gara integra gli estremi della piena conoscenza in capo alle imprese medesime degli atti che vengono adottati durante le sedute (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 3 aprile 2001, n. 1998; Sez. IV, 10 luglio 1999, n. 1217). In tal modo, infatti, gli interessati, oltre ad acquisire notizia del provvedimento, hanno anche l'esatta cognizione dei suoi elementi essenziali, quali l'autorità emanante, l'oggetto e gli effetti, ritenuti sufficienti, a fornire la consapevolezza dell'incidenza dell'atto nella loro sfera giuridica e della lesività dello stesso, senza che sia necessaria la compiuta conoscenza dell'intero apparato motivazionale, rilevante ai fini della successiva proposizione di motivi aggiunti (Consiglio di Stato., Sez. VI, 20 giugno 2003, n. 3690; Sez. V, 10 marzo 2003, n. 1275)».

Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza 22 agosto 2012, n. 4593

«Se l'impresa assiste, tramite rappresentante, alla seduta in cui vengono adottate determinazioni in ordine all'esclusione della sua offerta, è in tale seduta che l'impresa acquisisce la piena conoscenza del provvedimento ed è dalla data della stessa seduta che decorre il termine per impugnare il medesimo provvedimento, mentre la presenza di un rappresentante della ditta partecipante alla gara di appalto in quella seduta non comporta ex se la piena conoscenza dell'atto di esclusione ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione solo qualora il rappresentante stesso non sia munito di apposito mandato o non rivesta una specifica carica sociale, ossia non ricorrano i casi in cui la conoscenza avuta dal medesimo sia direttamente riferibile alla società concorrente».

Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 13 dicembre 2011, n. 6531

«Se l'impresa assiste, tramite proprio rappresentante, alla seduta in cui vengono adottate le determinazioni sulle offerte anomale, è in detta seduta che l'impresa acquisisce la piena conoscenza del provvedimento, ed è dalla data di detta seduta che decorre il termine per impugnare il provvedimento medesimo; la presenza di un rappresentante della ditta partecipante alla gara di appalto nella riunione nella quale la commissione giudicatrice ha escluso la ditta stessa dalla competizione non comporta ex se piena conoscenza dell'atto di esclusione ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione solo qualora non risulti che il rappresentante stesso era munito di mandato ad hoc, oppure rivestiva una specifica carica sociale, per cui la conoscenza avuta dal medesimo doveva ritenersi riferibile alla società concorrente.»

Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 18 novembre 2011, n. 6084

«Va osservato al riguardo che per gli atti come l'esclusione dalle gare pubbliche, per i quali è richiesta la notificazione individuale, trova applicazione la regola generale della piena conoscenza ed il termine per impugnare non decorre sino a che non si dimostri che è avvenuta la notifica o la comunicazione diretta dell'atto all'interessato (Consiglio Stato, Sez. V, 22 marzo 2010, n. 1661). Tale termine decorre quindi normalmente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del Codice, salva ovviamente l'ipotesi della piena conoscenza dell'atto, acquisita con altre modalità, come d'altronde ribadito dall'art. 41 del c.p.a.: fra queste ipotesi, rientra quella in cui all'atto dell'esclusione dalla gara sia presente un rappresentante della impresa esclusa.»

Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 9 giugno 2008, n. 2883

«Ai fini della tempestività dell'impugnazione degli atti di una gara d'appalto, la presenza di un rappresentante dell'impresa ad essa partecipante nel corso della riunione nella quale si procede alle operazioni selettive non comporta ex se piena conoscenza dell'atto di esclusione, ai fini della decorrenza del termine d'impugnazione, qualora non risulti che il rappresentante sia munito di mandato speciale, ovvero rivesta una specifica carica sociale, per cui la conoscenza acquisita dallo stesso sia riferibile alla società concorrente.»

In buona sostanza, abbiamo giudizi contrapposti.

Vero è che, secondo un orientamento in materia, la presenza nelle sedute di gara di un rappresentante della ditta partecipante alla competizione comporta ex se piena conoscenza degli atti lesivi, ai fini della decorrenza del termine per la relativa impugnazione, soltanto qualora nelle predette riunioni vengano adottate determinazioni negative per la stessa ditta (es. esclusione dalla gara) (**TAR Puglia, Sezione I, sentenza 19 giugno 2009, n. 1583**).

E' stato, tuttavia, rilevato che, secondo altro orientamento, la semplice attestazione da parte dell'amministrazione della presenza durante le sedute di gara di un soggetto qualificato come rappresentante di un concorrente non comporta ex se la piena conoscenza dell'atto di esclusione, qualora non risulti che il rappresentante era munito di un mandato ad hoc o che rivestiva specifica carica sociale, tale da

riferire automaticamente la sua conoscenza alla società concorrente, atteso che, a ben vedere, si tratta di fare applicazione degli ordinari principi che regolano l'istituto della rappresentanza, il quale produce effetti giuridici in capo al rappresentato solo se sussistono i requisiti della «*contemplatio domini*», desumibile dal contesto dell'atto (sia esso soggetto a forma libera o meno) e dell'effettivo conferimento del potere di rappresentanza ad un determinato soggetto (**TAR Lombardia, Sezione III, sentenza 10 dicembre 2009, n. 5306**).

Pertanto, nel caso in cui dai verbali di seduta non sia palese l'affidamento di poteri rappresentativi ad hoc, la presenza di un delegato della ditta, in qualità dunque di semplice nuncius, resta del tutto improduttiva di effetti in tal senso con la conseguenza che il termine di impugnazione non può farsi decorrere dalla data della seduta medesima (**TAR Trentino Alto Adige, Sezione I, sentenza 14 settembre 2009, n. 239**).

In definitiva, secondo l'orientamento meno recente, la presenza di un rappresentante della ditta partecipante alla gara d'appalto nel corso della quale la commissione giudicatrice ha ritenuto di escludere la ditta medesima dalla gara non comporta ex se piena conoscenza dell'atto di esclusione ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, qualora non risulti che il rappresentante fosse effettivamente tale perché munito di mandato ad hoc ovvero in base alla carica rivestita e che quindi la conoscenza dal medesimo avuta fosse riferibile alla società. Tale orientamento è stato però oggetto di rielaborazione, non essendosi potuto condividere che il rappresentante debba necessariamente essere munito di mandato ad hoc.

Diverso è invece l'attuale orientamento.

Ai fini del decorso del termine per l'impugnazione in tema di contratti della pubblica amministrazione, la presenza di rappresentanti delle imprese concorrenti alle sedute pubbliche di gara integra gli estremi della piena conoscenza in capo alle imprese medesime degli atti che vengono adottati durante le sedute, essendo sufficiente la presenza di un soggetto che si qualifichi e sia indicato nel verbale come rappresentante della ditta partecipante, tanto più quando tale partecipazione si giustifichi con il compito di adottare specifiche iniziative per tutelare le ragioni dell'impresa nell'immediatezza dello svolgimento delle singole fasi di gara, attraverso la presentazione di osservazioni o di contestazioni rispetto a specifiche determinazioni assunte dall'organo di gara.

A questo punto, ai fini di una piena certezza della decorrenza dei termini per l'impugnazione degli atti di gara (in primis esclusione ed aggiudicazione definitiva), non resta che consigliare vivamente alle stazioni appaltanti di applicare nel più stretto lasso di tempo il disposto dell'art. 79, comma 5, del Codice, senza aspettare il termine ultimo dei cinque giorni ivi previsti. Molto spesso, infatti, si sono riscontrati casi in cui le stazioni appaltanti non hanno dato seguito al disposto menzionato, senza contare poi casi in cui nell'effettuare tale importante comunicazione le stazioni appaltanti non hanno previsto il cd. «accesso informale» (art. 79, comma 5 quater), altro importante istituto afferente il sacrosanto diritto alla difesa.

12. CONCLUSIONI

Il presente lavoro ha cercato di mettere in evidenza i principali adempimenti per un corretto espletamento della gara e le varie occasioni previste dalla legge in cui la stazione appaltante deve prevedere una seduta pubblica di gara: tutto ciò, nella speranza di rendere più chiaro solo un piccolo aspetto del complicato mondo della contrattualistica pubblica.

Infatti, avere contezza delle occasioni e delle caratteristiche del sistema degli adempimenti della stazione appaltante è fondamentale per il buon esito della procedura di gara e per il successivo raggiungimento dell'oggetto contrattuale. Di certo, il panorama offerto dal legislatore italiano è dominato dalla montagna della burocrazia e degli adempimenti cavillosi e, spesso, inutili. Se si pensa, poi, al fatto che gli operatori economici sono sottoposti al rispetto di precisi termini temporali, mentre le stazioni appaltanti procedono con estrema lentezza, allora la rabbia cresce. Occorre, pertanto, una produzione normativa seria e completa, non affidata allo stillicidio di norme che troppo spesso confonde gli addetti ai lavori, ma soprattutto occorre una formazione adeguata dei pubblici dipendenti che devono applicare le norme e, possibilmente, rendere veloci i procedimenti di gara.