

# La c.d. “segretezza” dell’offerta economica e il principio di trasparenza: due recenti sentenze a confronto

di Emanuela Mastrodomenico

Una volta tracciata, la delicata distinzione tra offerta tecnica ed offerta economica (1), quello della segretezza della componente economica dell’offerta è un aspetto particolarmente sviluppato dalla giurisprudenza, in quanto è diretta espressione dei delicati aspetti della tutela della concorrenza e della pubblicità delle sedute di gara (2).

La giurisprudenza stessa ne ha anticipato la soglia di tutela, affermando che “la delineata peculiarità del delineato bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell’offerta economica ne impone la tutela non solo al fine di evitarne la sua effettiva lesione, ma anche per evitare che esso sia esposto a rischio di lesione, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell’entità dell’offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a

compromettere la garanzia di imparzialità dell’operato dell’organo valutativo” (3).

Il Consiglio di Stato con recente pronuncia n. 5969/2012 sembra però aver preso posizioni mediane e non eccessivamente rigorose. Ma, prima di esaminare i contenuti della summenzionata pronuncia vanno effettuate alcune precisazioni sistematiche (4).

Un orientamento giurisprudenziale, reputando come illegittima la scelta di una commissione giudicatrice di aprire le buste contenenti l’offerta tecnica in seduta riservata ha affermato che, a tutela della *par condicio*, l’offerta tecnica “dovrebbe essere esaminata senza che sia possibile venire a conoscenza di elementi attinenti al lato economico dell’offerta”.

Secondo questa impostazione sarebbe vietata in modo rigoroso la commistione tra offerta tecnica ed economica, in quanto, diversamente, gli elementi economici influirebbero sulla corretta valutazione dell’offerta tecnica (5).

(1) R. CODEBÒ, *Appalti, la sottile linea tra offerta tecnica e offerta economica*, in *www.ilquotidianogiuridico.it*, 2011; R. PROIETTI, *Appalti, l’offerta è tecnico-economica: non tecnica e economica* (Nota a TAR Calabria, sez. II, 7 aprile 2010, n. 429), in *www.ilquotidianogiuridico.it*, 2010.

(2) Il principio della segretezza dell’offerta economica “è presidio dell’attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa, predicati dall’articolo 97 della Costituzione, *sub specie* della trasparenza e della *par condicio* dei concorrenti, intendendosi così garantire il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale – volitivo che si conclude con il giudizio sull’offerta tecnica ed in particolare con l’attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest’ultima viene valutata”: Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2734, in *www.altalex.it*. Nello stesso senso: Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1734, in “Foro amm.-Cons. Stato”, 2011, p. 916; *Id.* 23 gennaio 2007, n. 196, in “Giust. civ.”, 2007, I, p. 2297; *Id.*, 11 maggio 2006, n. 2612, in “Urbanistica e appalti”, 2006, p. 1314, N. SILVESTRO, in “Arch. giur. oo. pp.”, 2006, p. 405, in “Foro amm.-Cons. Stato”, 2006, p. 1437. Per la dottrina: D. SILVESTRIS, *Scelta del contraente nelle gare d’appalto: tutela della par condicio e della segretezza dell’offerta a garanzia della regolarità della procedura*, in “Riv. trim. appalti”, 1999, p. 324.

(3) Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2734, cit.

(4) Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2012, n. 5928, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

(5) “È illegittima (e travolge l’intera procedura di gara) la scelta di una commissione giudicatrice di aprire le buste con-

Ma, una commistione tra componente economica e componente tecnica dell'offerta non è esclusa, nemmeno dalla legge. Nelle ipotesi di offerta economicamente più vantaggiosa, il codice appalti nel disciplinare gli elementi che compongono l'offerta tecnica, fa riferimento anche a voci che presentano elementi economici, quali il contenimento dei consumi energetici, il costo di utilizzazione e manutenzione e la redditività. Il codice dei contratti pubblici prevede che il bando di gara elenchi i criteri di valutazione e precisi la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato e, qualora le stazioni appaltanti ritengano

“ Tracciata, la delicata distinzione tra offerta tecnica ed offerta economica, quello della segretezza della componente economica dell'offerta è un aspetto particolarmente sviluppato dalla giurisprudenza, in quanto è diretta espressione dei delicati aspetti della tutela della concorrenza e della pubblicità delle sedute di gara ”

impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, sono tenute ad indicare, nella *lex specialis* di gara l'ordine decrescente di importanza dei criteri (6).

Il d.P.R. 207/2010 dal canto suo, riformato con legge 94/2012, ha sancito che la commissione apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche, e che le valuta successivamente in una o più sedute riservate procedendo alla assegnazione dei relativi punteggi ed applicando i criteri stabiliti nel bando di gara (7).

Con tale prescrizione, viene limitata ulteriormente la discrezionalità della stazione appaltante, dimodoché, in sede di valutazione

delle offerte tecniche, la commissione non venga "influenzata" eccessivamente, rispetto anche a quanto contenuto nel bando di gara, da elementi di natura economica contenuti nelle offerte tecniche.

tenenti l'offerta tecnica in seduta riservata. Dal momento che l'apertura di tale busta ha identica rilevanza rispetto a quella delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e merita pertanto le medesime garanzie". Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6127, in "Contratti Stato e enti pubbl.", 2012, n. 1, p. 63, N. SANTARELLI. Nello stesso senso: TAR Campania, sez. V, 26 maggio 2010, n. 9182, in "Rass. Dir. Farmaceutico", 2010, p. 541. Per la dottrina: A. TABARRINI L. TABARRINI, *La segretezza delle offerte, ovvero come interpretare il termine «sigillato»*, in "Comuni d'Italia", 1996, p. 1403.

(6) Art. 83, comma 1, lett. e), f), g) e comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, fa inoltre riferimento al regolamento di disciplina degli appalti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e della sicurezza in attuazione della dir. Ce n. 81 del 2009, il Cons. Stato, sez. per gli atti normativi, 8 luglio 2011, n. 2691, in "Arch. Giur. Oo. Pp.", 2011, p. 1153 affermando che "nel caso in cui si decida di aggiudicare l'appalto in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che siano presi in considerazione, oltre ai diversi elementi collegati all'oggetto dell'appalto (e cioè, il prezzo, la qualità, il pregio tecnico, la funzionalità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il costo di utilizzazione e manutenzione), anche l'interoperabilità e le caratteristiche operative, attribuendo a ciascun elemento un certo peso precisato nei documenti dell'appalto e che, qualora per ragioni tecniche e obiettive non sia possibile un'esatta ponderazione dei requisiti, sia almeno stabilito il loro ordine decrescente d'importanza"; TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 18 novembre 2004, n. 876, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2005, 560, afferma che "La scelta del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel quale si aggiudica la gara al candidato che offre le condizioni ritenute migliori a seguito di una comparazione economico-qualitativa fondata su diversi elementi di valutazione, variabili a seconda dell'appalto di cui si tratta (quali, ad esempio, il prezzo, i termini di consegna, il costo di utilizzazione, il rendimento, la qualità, il carattere estetico e funzionale, il valore tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica ecc.), implicando l'esercizio di una notevole discrezionalità, impone all'amministrazione l'obbligo di enunciare nel capitolato d'oneri o nel bando di gara tutti gli elementi in base ai quali intende formare la propria valutazione, possibilmente in ordine decrescente a seconda dell'importanza loro attribuita dalla stazione appaltante". TAR Veneto, 15 novembre 2009, n. 2404, in *Repertorio Mass. Lex24*. Per la dottrina: M. DIDONNA, *Predeterminazione nella lex specialis dei criteri di valutazione dell'offerta (Nota a Corte giust. Comunità europee, 24 gennaio 2008, n. 532/06)*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, p. 571.

(7) Comma 2, art. 120 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, "Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo

Precedentemente al d.P.R. 207/2010, la giurisprudenza, facendo riferimento alle ipotesi di appalto-concorso (caratterizzate, giustappunto, da una netta distinzione tra valutazione delle offerte tecniche e della loro componente economica) affermava che il principio di segretezza delle offerte economiche imponeva che "sia interdetto al seggio di gara, finché non sia stata ultimata la valutazione delle offerte tecniche, la conoscenza delle percentuali di ribasso offerte dai concorrenti" (8).

Il discrimine quindi, era costituito dalla valutazione delle offerte tecniche.

Sulle offerte tecniche la summenzionata sentenza del Consiglio di Stato n. 5928 del novembre 2012, dopo aver rilevato la mancanza di una norma espressa che vieti in modo assoluto l'indicazione di elementi economici nell'offerta tecnica (è vero infatti il contrario) effettua alcune precisazioni di estrema importanza andando nel dettaglio della procedura stessa e suggerendo le modalità di interpretazione del bando di gara nei casi di sua ambiguità. Dal punto di vista procedurale la sentenza *de quo* precisa che: la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche; le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte

tecniche) e debitamente sigillate; la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche; nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti dell'offerta economica o elementi che comunque consentano di ricostruirla; nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica.

Ne consegue che anche alla luce di quanto dispongono l'art. 83, comma 1 del codice degli appalti e l'art. 120 del regolamento di esecuzione del codice appalti (così come riformato dalla legge 94/2012) è possibile inserire ulteriori elementi economici nell'offerta tecnica, rispetto a quelli indicati nell'art. 83 comma 1, d.lgs. 163/2006, se questi non siano tali da anticipare in modo significativo il contenuto dell'intera offerta economica.

La sentenza del consiglio di Stato n. 5969/2012, dunque,

12 aprile 2006, n. 163 recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", così come riformato dall'art. 12, comma 1 della legge 6 luglio 2012, n. 94, "Conversione in legge con modificazioni del decreto legge 7 maggio 2012, n. 52 recante disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica. Nella sua vecchia formulazione, l'art. 120 disponeva che: "in uno o più sedute riservate la commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri indicati nel bando di gara o nella lettera di invito. Successivamente in seduta pubblica da lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede all'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 nell'art. 121".

(8) "Nella procedura dell'appalto-concorso, connotata da una netta separazione tra le fasi di valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, il principio di segretezza di quest'ultima impone che sia interdetto al seggio di gara, finché non sia stata ultimata la valutazione delle offerte tecniche, la conoscenza delle percentuali di ribasso offerte dai concorrenti, onde scongiurare che esso possa essere influenzato nella valutazione dell'offerta tecnica dalla conoscenza di elementi dell'offerta economica, così attuandosi i principi di imparzialità e *par condicio*, per cui, alla sua eventuale violazione, consegue necessariamente l'esclusione del concorrente dalla gara, anche in assenza di espresse previsioni della *lex specialis*." Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2009, n. 3575, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, I, 1850, in "Foro amm.-Cons. Stato", 2009, p. 146. Nello stesso senso: Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5637, in "Foro amm.-Cons. Stato", 2011, p. 3144; Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1734, in "Foro amm.-Cons. Stato", 2011, p. 916; Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6729, in "Foro amm.-Cons. Stato", 2007, p. 3458. L'assegnazione dei punteggi tecnici deve procedere - e non seguire - l'apertura delle offerte economiche", per Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3638, in "Arch. giur. oo. pp.", 2008, 967. Nello stesso senso: Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6729, in "Foro amm.-Cons. Stato", 2007, 3458. Ciò infatti, "Costituisce una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità che devono presiedere le gare pubbliche in quanto la conoscenza preventiva dell'offerta economica consente di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento dei concorrenti e tale possibilità, ancorché remota ed eventuale, inficia la regolarità della procedura", in Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2009 n. 3217, in "Foro amm.-Cons. Stato", 2009, p. 1288. Per la dottrina: R. BARBERIS, *La pubblicità delle sedute di gara in caso di appalto concorso e di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in "Riv. amm. Appalti", 1997, p. 327.

ribadirebbe che il principio di segretezza dell'offerta economica avrebbe ragion d'essere solamente "fino" all'apertura delle offerte tecniche. Esso garantisce l'equilibrio tra offerta economica ed offerta tecnica, dove solo "alcune" voci a connotazione economica possono essere contenute nell'offerta tecnica senza andare a sfalsare la funzione di quest'ultima.

"Tale "intrusion"» di dati economici nella sfera tecnica deve essere considerata fisiologica nella misura in cui connotati in maniera sostanziale (e dunque rilevante ai fini dell'aggiudicazione) determinate soluzioni realizzative delle opere oggetto dell'appalto; la medesima intrusione diviene invece patologica, e dunque foriera di legittima esclusione dalla gara, allorché causi una vera e propria metamorfosi sostanziale dell'offerta tecnica in offerta economica" (9).

Seguendo questa impostazione, in modo più o meno rigoroso, il «principio» *de quo* sarebbe violato nei casi in

cui l'offerta tecnica contiene anche il computo estimativo dell'intera offerta economica (o di una percentuale vicina al 10%) (10); quelli (legati ad aspetti soprattutto procedurali) in cui l'offerta economica non è inserita in apposita busta sigillata (11), o quelli di erroneo inserimento della busta contenente l'offerta economica in quella tecnica (12). In alcuni casi, invece, la commissione apre la busta con l'offerta economica prima di quella con l'offerta tecnica (13) o, la *lex specialis* prevede, nell'ambito dell'offerta tecnica, elementi economici talora incidenti in percentuale rilevante, pari o superiore al 10%, rispetto alla complessiva offerta economica (14).

L'obbiettivo è quello di garantire tramite il rispetto di date regole procedurali, l'equilibrio delle posizioni dei partecipanti alla gara: tant'è vero che, seguendo sempre la stessa *ratio*, il Consiglio di Stato, nel dicembre 2012 (sentenza n. 6478/2012), effettua alcune precisazioni anche sul campo di operatività del principio

(9) Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2011, n. 1970, in "Urbanistica e appalti", 2011, p. 1102. Per la dottrina: R. PROIETTI, *Appalti, l'offerta è tecnico-economica: non tecnica e economica*, cit.

(10) Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010 n. 6509, in "Giornale dir. amm.", 2010, 1209, in "Giur. it.", 2011, p. 190; Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2010, n. 5109, in "Foro amm.-Cons. Stato", 2010, p. 1493. A rafforzare tale posizione anche giurisprudenza meno recente afferma che l'assegnazione dei punteggi tecnici deve essere effettuata necessariamente prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3638, in "Arch. giur. oo. pp.", 2008, p. 967. Nello stesso senso anche la giurisprudenza dei TAR, TAR Calabria, sez. II, 7 novembre 2008, n. 1491, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2009, p. 556; TAR Lazio, sez. III, 31 gennaio 2008, n. 862, in "Rass. dir. Farmaceutico", 2008, p. 82; TAR Puglia Lecce, sez. II, 13 giugno 2003, n. 3977, in "Repertorio Mass. Lex24".

(11) Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 196 in "Giust. civ.", 2007, I, p. 2297; "Nei procedimenti di gara per l'affidamento di pubblici appalti le offerte economiche delle ditte partecipanti devono restare segrete per tutta la fase procedimentale sugli aspetti formali e tecnici delle offerte; le offerte economiche devono, pertanto, essere presentate in buste sigillate che devono altresì restare chiuse affinché non ne sia possibile la visione dei contenuti, escludendosi che abbia rilevanza la pur certa mancata lettura dei relativi atti e documenti, attestato nel verbale della commissione" da Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2001 n. 3962, in "Foro amm.", 2001, p. 2061. Analogamente afferma che: "Nell'ipotesi in cui la documentazione amministrativa non sia collocata in apposita busta, ma all'interno del plico esterno, nel rispetto della *ratio* che ispira la normativa sulle modalità di presentazione delle offerte, non può darsi luogo all'esclusione dalla gara ove permanga la segretezza dell'offerta in quanto inserita in apposita busta debitamente sigillata": Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, in "Urbanistica e appalti", 2011, p. 983, Mucio, in "Giur. it.", 2011, p. 2165, di CONTESSA, in "Dir. proc. ammin.", 2011, p. 1476, De Rosa.

(12) L'offerta economica era stata erroneamente inserita nella busta contenente la documentazione amministrativa, che è quella che viene aperta per prima, prima ancora della busta contenente l'offerta tecnica, sicché palesemente l'offerta economica era divenuta nota prima di quella tecnica; in Cons. Stato, sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 6795, in "Foro amm.-Cons. Stato", 2002, p. 3248.

(13) "Il rispetto dei generalissimi ed inderogabili principi della *par condicio* tra i concorrenti e del regolare, trasparente ed imparziale svolgimento della gara esige che sia garantita l'assoluta segretezza delle offerte economiche fintanto che non siano state valutate l'ammissibilità dei partecipanti e le componenti tecnico-qualitative dell'offerta: tale rigoroso formalismo - che non tollera equipollenti - si spiega con l'esigenza di evitare che a seguito di un'indebita ed intempestiva conoscenza delle offerte economiche possano avanzarsi contestazioni per la concreta possibilità di prendere visione del contenuto della documentazione tecnica racchiusa nei plichi e di provvedere alla sua sostituzione" mirata: Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2002, n. 3848. Nello stesso senso: Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 1998, n. 1996; Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 1997, n. 839, tutte in "Mass. Lex 24".

(14) Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2012, n. 5121, in *www.giustamm.it*.

di trasparenza e pubblicità nelle procedure di gara. A dire il vero, viene sviluppato e riformulato senza soluzione di continuità quanto affermato in diverse occasioni dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato: pur ammettendo deroghe alla pubblicità e trasparenza delle sedute di gara, si ribadiva che dovevano essere pubbliche tutte "le sedute di gara per le attività preliminari, diverse dalla valutazione vera e propria delle offerte tecniche" (per attività preliminari, si deve intendere l'apertura delle buste e la verifica dei documenti in esse contenuti) <sup>(15)</sup>.

Il bando di gara, potrebbe dunque ammettere la valutazione dell'offerta tecnica in seduta riservata al fine di garantire l'economicità della gara, con il solo limite di non impedirne la *par condicio* e "tenendo presente che l'obbligo di pubblicità delle sedute riguarda esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti, e non anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche, mentre il rispetto del principio di pubblicità si rende doveroso solo nei casi in cui le attività che devono

essere svolte dal seggio di gara implicino la adozione di decisioni suscettibili di riverberarsi sulla partecipazione o meno dei concorrenti alla procedura" <sup>(16)</sup>.

La sentenza Consiglio di Stato 6478/2012 fa riferimento al principio di pubblicità e trasparenza delle sedute di gara adattandolo anche alla nuova configurazione della disciplina degli appalti pubblici (così come riformata dal d.lgs. 163/2006 e successivi decreti attuativi) affermando che questo "è un principio direttamente applicabile" a tutte le procedure di gara <sup>(17)</sup>.

Anche in tal caso è necessario effettuare alcune precisazioni. La giurisprudenza ha sempre distinto la fase di verifica dell'integrità dei plichi per la quale pubblicità e trasparenza sono principi inderogabili, da quella di "valutazione tecnico qualitativa dell'offerta" in cui il principio di pubblicità potrebbe essere derogato a vantaggio dell'economicità della procedura di gara e nel rispetto della *par condicio*. Il tutto, con il fine di contemperare il principio di pubblicità e trasparenza con quello di segretezza delle offerte economiche <sup>(18)</sup>. La distinzione in realtà si fonda su quella tra pro-

(15) Cons. Stato, ad. plen., 28 luglio, 2012, n. 31 in "Gazzetta forense", 2012, fasc. 4, p. 119. Nello stesso senso: Cons. Stato, ad. plen., 28 luglio 2011, n. 13, in "Guida al dir.", 2011, fasc. 36, p. 98, MEZZACAPO; "Dir. e pratica amm.", 2011, fasc. 9, p. 40 (m), PETULLÀ; "Urbanistica e appalti", 2011, p. 1314, A. VALLETTI; "Giurisdiz. amm.", 2011, I, p. 1047; "Foro amm.-Cons. Stato", 2011, p. 2305.

(16) Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7470, in "Gazzetta forense", 2010, fasc. 5, p. 110, in "Riv. amm. Appalti", 2010, 214, in "Foro amm.-Cons. Stato", 2010, p. 2130, in "Arch. giur. oo. pp.", 2010, p. 1136; Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2009, n. 6311, in "Arch. giur. oo. pp.", 2009, p. 1062; Cons. Stato, ad. plen., 28 luglio 2011, n. 13, in "Urbanistica e appalti", 2011, p. 1314, VALLETTI, "Dir. e pratica amm.", 2011, fasc. 9, 40 (m), PETULLÀ, "Guida al dir.", 2011, fasc. 36, p. 98, MEZZACAPO, "Giurisdiz. amm.", 2011, I, p. 1047; TAR Piemonte, sez. I, 6 aprile 2011, n. 351, in "Arch. giur. oo. pp.", 2011, p. 1360. Sono poi ammesse deroghe al principio di pubblicità quando la commissione deve effettuare apprezzamenti tecnici che ai fini di una più serena valutazione consigliano il ricorso alla seduta riservata", Cons. Stato, sez. VI, 14 febbraio 2002, n. 846, in "Arch. giur. oo. pp.", 2002, p. 375; e "per quanto attiene all'apertura dei plichi contenenti la documentazione richiesta dal bando e dalla lettera di invito alla licitazione privata", nel rispetto delle "garanzie di imparzialità, correttezza e trasparenza cui devono essere improntate le pubbliche gare", da Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2000, n. 4577, in "Arch. giur. oo. pp.", 2000, p. 1481. Per la dottrina: N. PAOLANTONIO, *La pubblicità di (alcune) sedute di gara, tra imparzialità e buon andamento*, in "Giur. it.", 2012, p. 707; A. VALLETTI, *La pubblicità delle sedute di gara si estende all'offerta tecnica* (Nota a Cons. Stato, ad. plen., 28 luglio 2011, n. 13), cit., p. 1314; A. GANDINO, *Sulla pubblicità delle sedute di gara: riflessioni a margine della trasparenza amministrativa nel codice dei contratti pubblici (e non solo)*, in "Foro amm.-TAR", 2009, p. 1276; I. FRANCO, *Trasparenza e pubblicità nelle gare di appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in "Urbanistica e appalti", 2009, p. 137; R. BOSCOLO, *Profili evolutivi del principio di pubblicità delle operazioni di gara*, in "Contratti Stato e enti pubbl.", 2002, p. 623.

(17) Cons. Stato, sez. IV, 18, dicembre 2012, n. 6478, in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it).

(18) Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2006, n. 6529, in "Foro amm.-Cons. Stato", 2006, p. 3058; Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2006, n. 7578, in "Urbanistica e appalti", 2007, p. 727, GRAZIANO; Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2002, n. 5421, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1148. Interessante la pronuncia del TAR Lazio, sez. II, 5 novembre 2003, n. 7435, in "Arch. giur. oo. pp.", 2004, p. 542 dove si precisa: "Appare compatibile con i principi di trasparenza e pubblicità consentire ai rappresentanti delle imprese di controllare l'integrità delle buste contenenti l'offerta tecnica e quella economica, senza necessità che esse siano aperte in loro presenza, in quanto l'integrità delle buste garantisce che non siano state manomesse le offerte di tutti i partecipanti e consente di escludere che in dette buste siano stati inseriti o da esse sottratti documenti: tale procedura consente altresì di contemperare il principio della pubblicità e trasparenza con la diversa necessità di

cedure automatiche a contenuto vincolato e procedure discrezionalmente orientate (discrezionalità tecnica) <sup>(19)</sup>.

Orbene, nel criterio di aggiudicazione secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, ampio spazio è rimesso alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante nella valutazione degli elementi dell'offerta e nella attribuzione a questi dei rispettivi parametri e valori, rispetto a quello meramente automatico del prezzo più basso.

La giurisprudenza ha affermato che "in tale contesto procedimentale - caratterizzato da un elevato margine di apprezzamento nell'attribuzione dei punteggi ai molteplici elementi costitutivi dell'offerta - il principio di segretezza risponde all'esigenza, ancora più avvertita, di evitare sospetti di parzialità a favore dell'impresa della cui offerta

economica si sia presa cognizione, poiché in base al suo scostamento dal prezzo base indicato dall'amministrazione nel bando si potrebbe intraprendere un intervento compensativo teso a far recuperare, con un punteggio più elevato riservato agli elementi non matematici, l'eventuale minore convenienza dell'offerta medesima" <sup>(20)</sup>.

In quest'ultimo caso sarebbe necessario decodificare i parametri valutativi contenuti nell'atto discrezionale

mediante una serie di informazioni oggettivamente predeterminate ed oltremodo precise, in modo tale da consentirne una eventuale valutazione automatica preventiva.

Ciò avviene attraverso le prescrizioni della *lex specialis* di gara, è ulteriormente reso necessario

dall'utilizzo degli strumenti informatici, ovvero dalla possibilità di esperire un'asta *on line*. In quest'ultimo caso, le specifiche dell'oggetto dell'appalto devono essere fissate in maniera precisa, e la valutazione dell'offerta deve essere necessariamente effettuata sulla base di elementi quantificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali. Il procedimento di aggiudicazione, benvero, si compone di atti a contenuto vincolato ed atti a contenuto discrezionale, il legislatore avrebbe disciplinato, proprio al

fine di favorire l'utilizzo dei mezzi informatici, in modo estremamente dettagliato sia il procedimento di selezione del contraente che l'aggiudicazione del contratto <sup>(21)</sup>.

Sul punto non sono mancati, tuttavia, atteggiamenti critici. In particolare, occorre registrare l'esistenza di una opposta tendenza dottrinale che tende a favorire una vera e propria delegificazione del procedimento di aggiudicazione mirata ad evitare il rischio di obso-

“ La sentenza del Consiglio di Stato n. 6478/2012 apre le porte ad una applicazione caso per caso del principio di pubblicità e trasparenza, senza tuttavia renderlo antitetico rispetto “all'apparente” opposto principio della segretezza dell'offerta economica ”

mantenere la segretezza delle offerte economiche per tutta la fase procedimentale, in cui la commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici delle offerte e di offrire la necessaria serenità e permettere i necessari approfondimenti nelle valutazioni tecniche, garantiti solo da un esame riservato delle offerte”.

(19) "In qualunque tipo di gara, devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti quanto meno la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, che si tratti sia di documentazione amministrativa, sia di documentazione riguardante l'offerta tecnica, ovvero l'offerta economica, distinguendosi unicamente tra procedure di aggiudicazione automatica, in cui il principio della pubblicità è generalmente totale nel senso che si applica anche all'apertura dei plichi, e procedure di aggiudicazione implicanti valutazioni tecnico discrezionali per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici, in cui all'apertura dell'offerta tecnica può procedersi in seduta riservata, principio, questo, ritenuto inderogabile, la cui violazione costituisce vizio procedurale inescusabile e non può che comportare l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara". Cons. Stato, sez. V, 31 ottobre 2007, n. 5637, in "Arch. giur. oo. pp.", 2007, p. 1348 (m).

(20) Consiglio Stato, sez. II, 30 aprile 2003 n. 1036, in "Cons. Stato", 2003, I, p. 2648.

(21) Sostiene che l'automazione del procedimento amministrativo in generale, richieda una dettagliata disciplina normativa in funzione di semplificazione: M.G. LOSANO, *Metodi e tecnica della legislazione in alcuni recenti orientamenti della dottrina di lingua tedesca*, in "Foro. It.", V, 1985, p. 282.

lescenza della normativa, ovvero la "cristallizzazione" del procedimento amministrativo stesso <sup>(22)</sup>.

In realtà, ambedue i punti di vista contengono delle giuste osservazioni. Da una parte, occorre evitare ogni tipo di formulazione normativa ambigua, e dall'altra appare estremamente utile assegnare alle singole amministrazioni spazi di autonomia, affidando, ad esempio, alle singole pubbliche amministrazioni o a fonti normative regolamentari la disciplina di aspetti particolari.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 6478/2012 apre le porte ad una applicazione caso per caso del principio di pubblicità e trasparenza, senza tuttavia renderlo antitetico rispetto "all'apparente" opposto principio della

segretezza dell'offerta economica. Quest'ultimo assume un contenuto procedurale, evitando che la componente economica dell'offerta venga conosciuta prima della componente tecnica, in modo tale da sfalsare il libero gioco della concorrenza.

Il riferimento è particolarmente utile qualora si voglia collegare il principio di segretezza dell'offerta economica fino all'apertura delle offerte tecniche con l'informatizzazione degli appalti pubblici. Del resto, è proprio il legislatore comunitario che nella disciplina delle aste elettroniche ha fatto riferimento ai modelli di asta a ribasso ma non ha precisato se l'offerta debba essere o no palese: lasciando il tutto alla discrezionalità dei Paesi membri <sup>(23)</sup>.

(22) V. MASSIMO, *I regolamenti interni disciplinano le diverse fasi della aggiudicazione*, in "Dir. e prat. Amm.", 2009, IV, p. 75.

(23) Vedi il Cons. n. 14 della direttiva 18/2004/CE dispone che: "Il ricorso alle aste elettroniche consente alle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere agli offerenti di presentare nuovi prezzi modificati al ribasso e, quando l'appalto è attribuito all'offerta economicamente più vantaggiosa, anche di migliorare elementi diversi dal prezzo".