

Addio alla fase pubblica di gara¹

di Massimo Gentile

Il Consiglio di Stato è recentemente tornato sulla questione delle modalità di svolgimento di una gara telematica (Consiglio di Stato sez. III 13 dicembre 2018 n. 7039).

Il caso portato all'attenzione dei giudici di legittimità aveva ad oggetto la lamentata violazione del principio di apertura in seduta pubblica delle offerte tecniche.

Ciò in ragione del fatto che, nella seduta pubblica, la Commissione aveva riscontrato la presentazione delle offerte e dei documenti ad esse relativi, senza però aprire i singoli documenti e senza verificarne il contenuto, attività, queste ultime, che erano state svolte nelle successive sedute riservate.

Il giudice di primo grado (TAR Lombardia – Milano sezione IV n. 793/2018) aveva respinto la censura, sottolineando che lo svolgimento della procedura elettronica, per le proprie caratteristiche, rende estremamente improbabile l'ipotetica manomissione o manipolazione dei documenti caricati a sistema, posto che essi *“sono identificati con un codice (hash) che garantisce l'identità e la paternità dei documenti stessi, e che le eventuali modifiche di detti codici sono segnalate dal sistema”*.

Ne deriva che la commissione – ma anche gli operatori interessati, attraverso l'accesso agli atti del procedimento – possono facilmente individuare eventuali manipolazioni dei documenti.

Lo stesso TAR aveva aggiunto che la visione integrale, in seduta pubblica, del contenuto di tutti i files trasmessi, renderebbe la procedura di gara estremamente lunga, in contrasto con esigenze di economicità, efficacia e tempestività dell'azione amministrativa.

Il Consiglio di Stato ha confermato la correttezza della posizione espressa dal giudice di prime cure, aggiungendo che l'esame in seduta pubblica del contenuto interno dei singoli documenti, presenti nei file elettronici, *“oltre a poter determinare delle potenziali violazioni della privacy e della riservatezza, in*

¹ In corso di pubblicazione su Appalti&Contratti

relazione alla conoscibilità di eventuali contenuti da non divulgare presenti nelle singole offerte, avrebbe comportato tempi assai lunghi”.

Del resto – osservano i giudici di palazzo Spada – *“l’apertura e lo scorrimento veloce anche di ogni documento incluso nella cartella (offerta tecnica)”*, non avrebbero realisticamente sortito alcun effetto utile sia per i commissari di gara, sia per gli stessi rappresentanti delle ditte concorrenti presenti in seduta. La pronuncia va ad inserirsi in un solco giurisprudenziale al quale può oramai assegnarsi carattere di “consolidato”.

In particolare, la giurisprudenza aveva già avuto modo di affermare che la gara telematica, per le modalità con cui viene gestita, consente di tracciare qualsivoglia operazione di apertura dei file contenenti offerte e documenti di gara, assicurando, in tal modo, il rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che devono presiedere le procedure di gara pubbliche.

La gestione telematica della gara offre, difatti, il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell’integrità delle offerte - in quanto permette l’apertura automatica delle buste solo alla conclusione della fase precedente - e garantisce l’immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti prima della data e dell’ora della seduta di gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono, quindi, in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990).

In buona sostanza, attraverso la gara telematica, è garantita *“non solo la tracciabilità di tutte le fasi ma proprio l’inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l’incorruttibilità di ciascun documento presentato”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 novembre 2017, n. 5388).

In considerazione di siffatte inequivocabili indicazioni giurisprudenziali, occorre necessariamente ricalibrare il principio di pubblicità delle sedute di gara, rapportandolo, non più ai canoni storici che hanno guidato fino ad oggi l’applicazione dello stesso, bensì all’evoluzione tecnologica messa a disposizione delle procedure di gara telematiche, le quali, come dianzi evidenziato, si svolgono con il supporto di una piattaforma elettronica che

assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico).

Può, dunque, serenamente affermarsi che la necessità delle sedute pubbliche di gara sia oramai venuta meno, essendo stato comunque raggiunto, grazie alla tecnologia, l'obiettivo di "trasparenza e imparzialità" della procedura, come peraltro già prospettato in talune pronunce (cfr. Consiglio di Stato, III, 25 novembre n. 4990 che richiama id., 3 ottobre 2016 n. 4050 e V, 29 ottobre 2014 n. 5377; Tar Sardegna 23 ottobre 2017 n. 664; Tar Veneto, Venezia, sez. III, 13 marzo 2018, n. 307).

Non solo, ma è stato finanche affermato che, quandanche la *lex specialis* recasse la previsione di una distinta fase pubblica destinata all'apertura delle offerte, l'eventuale omissione sarebbe, ad ogni modo, irrilevante (Tar Lombardia, Brescia, 12 gennaio 2016, n. 38).

Del resto, l'articolo 58 Codice, recante la disciplina della procedura di gara telematica, nulla dice in ordine allo svolgimento della fase pubblica, a conferma che lo stesso legislatore si è reso conto della sostanziale inutilità della stessa.

A questo punto, occorre solo abituarsi all'idea...