

***L'inversione procedimentale (art. 36, comma 5, del Codice dei contratti) significa che va aperta la busta dell'offerta economica prima dell'apertura della busta della documentazione amministrativa o, a prescindere dalle buste (divenute inutili) si limita a disporre l'esame delle offerte prima dell'esame dei requisiti?***

## **1. Premessa: le possibili problematiche**

L'articolo 36, comma 5, del Codice dei contratti, come sostituito dal decreto-legge n. 32 del 2019, ha introdotto quella che possiamo chiamare «inversione procedimentale», già prevista dall'articolo 133, comma 8, del Codice, limitatamente ai settori speciali e dall'articolo 56, paragrafo 2, della direttiva UE 2014/24, nonché dall'articolo 35-bis della legge regionale Toscana n. 38 del 2007, introdotto dalla legge regionale n. 54 del 2017.

La scarsa esperienza applicativa non ha consentito di individuare un percorso pratico idoneo a sfruttare le potenzialità dell'innovazione. La semplificazione introdotta dalla norma potrebbe essere solo apparente se non si trova il modo di superare una serie di problematiche che il legislatore non si è posto ma che non possono essere ignorate dall'interprete. Si delineano quelle immediatamente rilevabili:

- a) l'apertura anticipata delle offerte non consente di sapere se sono state sottoscritte da un soggetto dotato dei poteri o, in caso di RTI, da tutti i soggetti competenti degli operatori aggregati; tale accertamento è possibile solo dopo la conoscenza del DGUE o almeno della domanda di partecipazione (documento peraltro non indispensabile) <sup>[1]</sup> o della visura camerale, che sono posticipate;
- b) la posticipazione riguarda solo la documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità (quindi gli articoli 80, 83 e per i lavori 84, se del caso 87 e 89); non pare riguardare adempimenti diversi anche se essenziali quali la garanzia provvisoria (articolo 93), il pagamento del contributo ANAC, l'adesione ai patti/protocolli di integrità/legalità (articolo 1, comma 17, della legge n. 190 del 2012), l'eventuale sopralluogo obbligatorio, il mandato e l'impegno in caso di raggruppamento temporaneo. Quindi potrebbe essere necessario uno «sdoppiamento» temporale nell'esame della documentazione amministrativa;
- c) lo «sdoppiamento» temporale nell'esame della documentazione amministrativa è confermato dalla stessa norma dove impone il ricalcolo della soglia di anomalia a posteriori **solo** in caso di esclusione per violazione delle disposizioni sui requisiti, ma non per vizi della garanzia o del contributo ANAC; non essendo prevista l'esclusione per i motivi diversi, ma nemmeno essendo possibile l'aggiudicazione a un offerente che non abbia presentato la garanzia, ecco forse la necessità dell'esame preventivo. Lo sdoppiamento potrebbe verificarsi anche in sede di soccorso istruttorio, un primo che precede l'apertura delle offerte, con riguardo alla documentazione diversa dai requisiti e un secondo che la segue con riferimento ai requisiti dichiarati nel DGUE o nelle dichiarazioni analoghe;
- d) l'eventuale soccorso istruttorio relativo ai motivi di esclusione ex articolo 80 o ai requisiti, avviene necessariamente ad offerte economiche «aperte» quindi note (almeno agli offerenti); così che la mancata risposta al soccorso istruttorio da parte di uno o più operatori (altamente probabile per

---

<sup>1</sup> T.A.R. Puglia, Bari, Sezione III, 14 luglio 2017, n. 815, non appellata.

gli offerenti che non sono in posizione utile per avere una possibilità di conseguire l'aggiudicazione), con le conseguenze dell'esclusione e del ricalcolo della soglia, è suscettibile di modificare l'aggiudicatario (ovvero l'offerta migliore inferiore alla soglia di anomalia), almeno per le gare di importo nazionale dove l'esclusione automatica è obbligatoria, consentendo così di «far decidere» l'aggiudicazione al mero comportamento (patologico o meno qui non rileva) di un offerente e non alla stazione appaltante;

- e) per quanto la gestione della gara possa essere trasparente e vincolante, nell'esame delle cause di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettere a), c), c-ter), d), e), nonché dei contenuti del contratto di avvalimento, vi sono ampi spazi di discrezionalità (che non dovrebbero esserci ma nella realtà fattuale ci sono) ai fini della decisione sull'esclusione, sull'ammissione o sul ricorso al soccorso istruttorio e relativo esito, così che le diverse interpretazioni date dal seggio di gara possono determinare una diversa graduatoria a fronte di offerte economiche già note; anche in questo caso a prescindere dalla patologia, si innescano possibili contenziosi in sede di giustizia amministrativa, almeno per l'offerente che possa dimostrare di superare, anche solo in ipotesi ma con concretezza e attualità, la prova di resistenza;
- f) infine una questione logistica di non secondaria importanza in relazione all'uso obbligatorio delle piattaforme telematiche. Poche piattaforme consentono l'inversione procedimentale essendo strutturate sulla rigida sequenza che pospone l'apertura dell'offerta all'apertura della busta telematica amministrativa [2]. Non sarà sufficiente che le piattaforme si adeguino mediante la semplice inversione della sequenza di apertura degli atti presentati, ma altresì che l'adeguamento sia coerente con la soluzione o le soluzioni ammissibili delle problematiche interpretative e applicative illustrate nelle lettere precedenti.

Da non sottacere l'obbligo di rideterminare la soglia di anomalia in caso di esclusione di uno o più offerenti per inidoneità della documentazione amministrativa esaminata dopo l'offerta, a fronte del divieto di modifica delle soglie e della graduatoria imposta dall'articolo 95, comma 15, del Codice. Tale norma, che aveva già condotto a pronunce contrastanti sul momento dal quale decorre l'immodificabilità, è stata parzialmente modificata dal decreto-legge: la locuzione «*successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*» è stata modificata in «*successivamente alla fase **amministrativa di prima** ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*». Qualunque sia il significato da dare a tale modifica pare sia assodato che il momento dal quale decorre l'immodificabilità di cui articolo 95, comma 15 (che rimane) sia la formulazione della proposta di aggiudicazione a conclusione delle ammissioni ed esclusioni.

È pur vero che la proposta di aggiudicazione è un atto endoprocedimentale ma, con l'abrogazione del comma 2-bis dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo è venuta meno l'inammissibilità della sua impugnazione e pertanto la proposta di aggiudicazione con la graduatoria che ne costituisce il presupposto, una volta nota agli offerenti, assume carattere potenzialmente lesivo. Essa coincide con la conclusione del procedimento di ammissione ed esclusione, posteriore al soccorso istruttorio se l'ammissione ed esclusione consegue all'esito di questo. La questione rileva solo nei casi di esclusione automatica, poiché negli altri casi la soglia di anomalia individua solo le offerte suscettibili di verifica di congruità ma non comporta alcuna esclusione automatica.

---

<sup>2</sup> *Non a caso la piattaforma telematica «START» della Regione Toscana (della quale si possono lamentare altri notevoli difetti) permette all'operatore della stazione appaltante, all'avvio del procedimento informatico, di selezionare autonomamente la sequenza di apertura delle tre buste telematiche classiche (busta amministrativa, offerta tecnica e offerta economica).*

## 2. Il cuore della domanda

Dopo questa esposizione di possibili questioni che parrebbero indurre ad abbandonare il ricorso all'inversione procedimentale, torniamo alla domanda del titolo di queste note.

L'inversione procedimentale, così come prevista dall'ordinamento (sia previgente nei limiti che si sono detti, sia dopo l'introduzione sottosoglia con il decreto-legge n. 32 del 2019) significa:

- a) che deve essere aperta la busta dell'offerta economica prima dell'apertura della busta della documentazione amministrativa;
- b) o che, a prescindere dalle buste (forse divenute inutili) si limita a disporre l'esame delle offerte prima dell'esame del possesso dei requisiti?

Le due cose non coincidono affatto, malgrado si stia consolidando nel senso comune che la norma incida sulla sequenza di apertura delle buste (siano esse tradizionali cartacee che telematiche sulle piattaforme digitali), buste che, ancorché rese necessarie dalla prassi, non sono mai citate da alcuna norma. Come noto queste buste si distinguono in:

- a) «busta amministrativa», che contiene tre tipologie di documenti, oltre all'eventuale domanda di partecipazione:

- 1) dichiarazioni di assenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 80 e di possesso dei requisiti di cui all'articolo 83 e, se del caso, articoli 84, 87 e 89, altre dichiarazioni ancillari, il tutto di norma riassunto nel DGUE di cui all'articolo 85 (eventualmente e doverosamente integrato e adeguato preventivamente dalla stazione appaltante); [3]
- 2) dichiarazioni strettamente connesse a quelle sub. 1) ma che non trovano collocazione adeguata nel DGUE, quali i provvedimenti di natura penale o fallimentare, gli atti di contenzioso tributario o previdenziale, le misure di *self cleaning*, le precedenti risoluzioni contrattuali, le situazioni di possibile incompatibilità, la ripartizione delle quote o dei requisiti nei raggruppamenti temporanei, le iscrizioni nel casellario dell'Osservatorio, il contratto di avvalimento ecc.;
- 3) documenti diversi da quelli sub. 1) e sub. 2) che non riguardano né le cause di esclusione di cui all'articolo 80 né il possesso dei requisiti, quali i già citati garanzia provvisoria, pagamento del contributo ANAC, adesione ai patti/protocolli di integrità/legalità, eventuale sopralluogo obbligatorio, mandato e impegno in caso di raggruppamento temporaneo;

- b) «busta economica», che contiene la sola offerta economica o di prezzo, in genere espresso mediante ribasso, con le sole ulteriori indicazioni di cui all'articolo 95, comma 10, del Codice. [4]

Stando alla lettera della norma, oggetto dell'inversione procedimentale non è la busta amministrativa che viene posposta alla busta economica (si ripete, non si parla mai di buste) ma la sola documentazione di cui alla lettera a), sub. 1) e sub. 2) ovvero la documentazione relativa alle cause di esclusione e al possesso dei requisiti, ma non la documentazione sub. 3) che resta estranea all'inversione procedimentale.

<sup>3</sup> Anche in considerazione del fatto che il modello di DGUE elaborato dal MIT assomiglia ad una cosa che a Napoli si chiama «cioféca»

<sup>4</sup> Si omette la «Busta tecnica» che caratterizza il diverso criterio dell'offerta secondo il miglior rapporto qualità/prezzo in quanto si tratta di un criterio che nella pratica non dovrebbe essere coinvolto dall'inversione procedimentale, per i motivi che si diranno in seguito.

### 3. La ricerca di una possibile soluzione

Quanto esposto in precedenza, fonte di complicazioni e preoccupazioni, paradossalmente potrebbe rivelarsi la chiave per una soluzione radicale. Infatti, fermo restando che per buste della documentazione amministrativa e dell'offerta economica si intendevano sia le buste tradizionali cartacee che le buste telematiche utilizzate per le gare mediante piattaforme digitali (in disparte le rigidità di tali piattaforme che dovranno essere rimediale e adeguate di conseguenza), pare non abbia più alcun senso né alcuna utilità la separazione fisica tra la documentazione amministrativa e l'offerta economica. Se la conoscenza dell'offerta economica precede l'esame della documentazione amministrativa (almeno quella relativa alle cause di esclusione e al possesso dei requisiti), non vi è ragione per tutelare, dopo il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, una inesistente «segretezza» dell'offerta economica e per non presentare il tutto in un unico contenitore o comunque riunito in un unico segmento procedimentale o, per dirla alla vecchia maniera, in un'unica busta.

Potrebbe esserci l'esigenza di una separazione fisica dell'offerta economica, ma solo per accertarne immediatamente la sua presenza, senza doverla estrapolare dalla restante documentazione presentata, ad esempio mediante un foglio a parte o in un *file* distinto, immediatamente riconoscibili. Così come si potrebbe imporre (seppure come ovvio non a pena di esclusione) che la firma delle offerte sia completata dal nome cognome per esteso del sottoscrittore e dell'indicazione dei relativi poteri. [5]

Si tratta tuttavia di espedienti pratici, sempre opportuni, ma non risolutivi e che ben poco aggiungono né a quanto detto in precedenza né alla soluzione proposta.

Dunque alla stazione appaltante può essere recapitato un unico plico (un'unica busta) o, sulla piattaforma di e-procurement, è caricata una sola busta telematica (uno o più *files* compressi o più *files* non compressi, o una loro combinazione, qui gioca l'autorganizzazione delle piattaforme); all'interno sono collocate sia tutta la documentazione che in precedenza era inclusa nella busta amministrativa, che l'offerta economica (se del caso in una apposita busta oppure contraddistinta da uno specifico nome attribuito al *file*, al solo scopo di una sua individuazione con immediatezza, ma pur sempre unita al resto della documentazione).

### 4. La possibile soluzione

Ora la sequenza potrebbe essere la seguente:

- 1) aperta la busta (telematica o meno) è accertata la presenza della documentazione di cui al paragrafo 2, lettera a), sub. 3) e della sua idoneità (garanzia provvisoria, pagamento del contributo ANAC, adesione ai patti/protocolli di integrità/legalità, eventuale sopralluogo obbligatorio [6], mandato e impegno in caso di raggruppamento temporaneo); se tale documentazione:
  - a) è radicalmente inadeguata ed è prevista come causa di esclusione, l'offerente è escluso e la sua offerta economica non viene esaminata, così come non vengono esaminate le altre dichiarazioni (salvo che si voglia eventualmente rafforzare l'esclusione con ulteriori motivi);
  - b) è suscettibile di soccorso istruttorio, l'offerta economica sarà esaminata e presa in

<sup>5</sup> In modo che l'apertura e la lettura dell'offerta economica possa avvenire senza la sospensione "tacita" della sua efficacia giuridica fino all'accertamento, tramite il DGUE, dell'idoneità del firmatario.

<sup>6</sup> Il sopralluogo, se obbligatoriamente assistito e certificato, può (o deve) essere accertato d'ufficio sulla base della documentazione in possesso della stazione appaltante.

considerazione passando a quanto previsto nel seguito;

- 2) sono esaminate le offerte economiche, individuate all'interno del plico, e per ciascuna di esse è accertata la presenza delle sottoscrizioni nonché, se del caso, della loro idoneità e completezza (mediante indicazione che correda le sottoscrizioni o mediante controllo con la domanda di partecipazione, se richiesta e presentata, o per confronto con la Parte II, Sezione B, del DGUE); se tali sottoscrizioni:
  - a) sono mancanti o non consentono l'imputazione dell'offerta, questa è esclusa e non vengono esaminate le altre dichiarazioni (anche qui salvo che si voglia eventualmente rafforzare l'esclusione con ulteriori motivi);
  - b) sono imprecise, carenti, o comunque fuori dai casi di cui alla lettera a), l'offerta economica sarà presa in considerazione proseguendo nel procedimento;
- 3) nell'esame e lettura delle offerte economiche, è accertata la presenza delle indicazioni di cui all'articolo 95, comma 10, del Codice, in assenza delle quali è disposta l'esclusione che deve essere inequivocabilmente prevista dalla documentazione di gara; [7]
- 4) è formata la graduatoria e calcolata la soglia di anomalia ai sensi dell'articolo 97, comma 2, oppure comma 2-bis, in funzione del numero delle offerte ammesse al momento, sempre che siano almeno 5;
- 5) si esamina il DGUE e la documentazione amministrativa accessoria allo stesso:
  - a) del primo offerente la cui offerta è la migliore inferiore alla soglia di anomalia calcolata ai sensi del precedente punto 5), se il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a 10 e se la gara non è di interesse transfrontaliero; ai sensi dell'articolo 97, comma 8, sono escluse le offerte pari o superiori alla predetta soglia di anomalia;
  - b) del primo offerente in senso assoluto, se non è applicata l'esclusione automatica in quanto le offerte ammesse sono in numero inferiore a 10 oppure la gara presenta interesse transfrontaliero; [8]
  - c) di un numero a campione predeterminato o predeterminabile degli offerenti la cui offerta è stata ammessa fino a questa fase del procedimento; a titolo esemplificativo si suggeriscono: il secondo miglior offerente in graduatoria, un offerente ogni 10 in caso di un numero di offerte ammesse da 10 a 50, uno ogni 20 da 51 a 100, uno ogni 30 oltre 100; [9]
- 6) se al termine di tale esame:
  - a) ricorrono motivi di esclusione non rimediabili o carenza dei requisiti parimenti non rimediabili, l'offerente è escluso e la sua offerta, seppure già nota, è parimenti esclusa; lo stesso se dalla documentazione non emerge il superamento dell'incertezza delle sottoscrizioni di cui al

<sup>7</sup> *Salvo diversa evoluzione della giurisprudenza, ma allo stato questa pare la soluzione.*

<sup>8</sup> *In assenza, almeno al momento, di indicazioni normative, nella documentazione di gara si possono definire di interesse transfrontaliero le gare dove almeno un'offerta ammessa è presentata da un operatore economico stabilito in un paese dell'Unione europea diverso dall'Italia o, estremizzando, dove un'offerta presentata da un operatore economico stabilito in un paese dell'Unione europea diverso dall'Italia risulterebbe aggiudicataria senza l'applicazione dell'esclusione automatica.*

<sup>9</sup> *In caso di esclusione automatica delle offerte anomale la campionatura potrebbe omettere queste ultime limitandosi alle offerte suscettibili di aggiudicazione dal momento che, in applicazione del combinato disposto dei commi 8 e 15 dell'articolo 95, le offerte anomale non rientrano più in gioco e non sono in grado di influenzare l'aggiudicazione.*

numero 2), lettera b);

b) se ricorrono vizi rimediabili mediante soccorso istruttorio, si procede in tal senso, unitamente all'eventuale soccorso istruttorio per i motivi diversi di cui al precedente punto 1), lettera b); [<sup>10</sup>]

c) nel caso di cui alla lettera b), se alla conclusione del soccorso istruttorio uno o più offerenti sono esclusi perché i vizi e le irregolarità sostanziali non sono stati rimediati, la relativa offerta, seppure già nota, è parimenti esclusa;

d) se per nessun offerente ricorrono i motivi di esclusione di cui alla lettera a) e non vi è la necessità di soccorso istruttorio di cui alla lettera b), nemmeno per i motivi diversi di cui al precedente punto 1), lettera b), il seggio di gara o il RUP che lo presiede, **formula la proposta di aggiudicazione sulla base della graduatoria e la soglia di anomalia di cui al numero 4) e chiude la seduta;**

7) in caso di esclusione di una o più offerte di cui al numero 6), lettera a) o lettera c), il seggio di gara o il RUP che lo presiede, in applicazione dell'articolo 36, comma 5, quarto periodo, ricalcola la graduatoria e la soglia di anomalia e **formula la proposta di aggiudicazione sulla base della nuova graduatoria e della nuova soglia di anomalia e chiude la seduta;**

8) se il numero delle offerte ammesse utilizzate per il calcolo di cui al punto 4, in seguito alle esclusioni di cui al numero 6), lettera a) o lettera c):

a) già pari o superiori a 15, si riduce ad un numero inferiore a 15, il metodo per il calcolo della soglia di anomalia è effettuato non più ai sensi del comma 2 bensì ai sensi del comma 2-bis dell'articolo 97 e la graduatoria così come la soglia di anomalia di cui all'articolo 97, comma 8, sono riformulate senza considerare le offerte escluse;

b) già pari o superiori a 10, si riduce ad un numero inferiore a 10, la graduatoria, pur depurata dalle offerte escluse, non muta, così come non muta la soglia di anomalia ma non trova più applicazione l'esclusione automatica dell'articolo 97, comma 8, mancando la condizione del numero minimo delle offerte ammesse, con prevalenza di questa norma speciale rispetto all'immodificabilità della graduatoria di cui al comma 15 dello stesso articolo. [<sup>11</sup>]

## 5. Restrizione pratica del campo di applicazione

Ovviamente le presenti note valgono per le gare mediante procedura con il criterio dell'offerta del minor prezzo (praticamente tutte per gli affidamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria, salvo talune eccezioni per particolari tipi di servizi elencati all'articolo 95, comma 3). Per le gare con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo l'inversione procedimentale sarebbe comunque di scarsa utilità (oltre che essere praticamente preclusa dall'articolo 36, comma 9-bis), per almeno due motivi:

a) si costringerebbe la commissione giudicatrice ad esaminare tutte le offerte tecniche e alla relativa valutazione, operazione come noto defaticante, comprese le offerte tecniche che si potrebbero rivelare inutili in quanto presentate da un offerente successivamente escluso per uno dei motivi

<sup>10</sup> Qualora vi siano meno di 10 offerte ammesse, il soccorso istruttorio potrebbe essere limitato agli offerenti in posizione utile per conseguire l'aggiudicazione, ovvero il primo in graduatoria e gli eventuali offerenti che seguono in graduatoria fino al primo offerente ammesso senza soccorso istruttorio.

<sup>11</sup> Questa conclusione non appare pienamente convincente e potrebbe essere controversa. Sul punto specifico in senso contrario si è espresso T.A.R. Lazio, Roma, Sezione I, 29 aprile 2019, n. 5385 (ancora in termini per l'appello) anche se relativa ad una gara anteriore al decreto-legge.

di cui all'articolo 80 o per carenza dei requisiti o per mancato riscontro al soccorso istruttorio;

- b) la rielaborazione della graduatoria in seguito all'esclusione di un offerente per vizi di natura amministrativa (necessariamente rilevati a posteriori) implica anche una problematica rielaborazione del confronto a coppie e del metodo aggregativo compensatore.

Se la finalità della norma è semplificare e velocizzare la gestione e la conclusione della gara, tale esigenza è sentita nelle gare con il criterio del minor prezzo, dove gli offerenti da verificare sotto il profilo della documentazione spesso sono molte decine se non centinaia. Esigenza che è meno sentita nelle gare con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo dove il numero degli offerenti in genere non è elevato, a causa dello sforzo organizzativo e dell'impegno economico necessari per la formazione dell'offerta tecnica. In questo ultimo tipo di gare, peraltro, il tempo necessario per il confronto delle offerte tecniche è la vera palla al piede della celerità, ben più dell'esame della documentazione amministrativa.

Incidentalmente si noti come l'articolo 95, comma 5, che recita *«Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 [criterio del solo prezzo – n.d.r.] ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta»* perda qualunque efficacia per le gare di importo inferiore alla soglia comunitaria. Infatti sarebbe contrario a qualunque principio di ragionevolezza dover fornire una motivazione per l'adozione di una procedura vincolata per legge: se per le gare di importo inferiore alla soglia comunitaria non c'è alcuna possibilità di scelta, non ci può essere motivazione.

## 6. Conclusione

Quanto alla possibilità che un offerente possa influenzare la soglia di anomalia rispondendo o meno al soccorso istruttorio, dovrebbe essere attenuata dalla circostanza che l'eventuale soccorso istruttorio non è a conoscenza di tutti gli offerenti ma solo dei singoli destinatari; venuto meno l'obbligo di pubblicare e comunicare le ammissioni e le esclusioni entro due giorni (con la modifica dell'articolo 29 comma 1, del Codice), queste possono essere rese note in un'unica soluzione, nel termine ordinario di cui all'articolo 76, commi 2-bis e 5, dopo la conclusione dei soccorsi istruttori, lasciando così un buon margine di incertezza agli operatori sulla possibilità di modificare le soglie in base al proprio comportamento omissivo.

Come si noterà l'intero procedimento può iniziare e concludersi senza soluzione di continuità, fatta salva l'eventuale interruzione in caso di soccorso istruttorio, che tuttavia è inevitabile.

In realtà il procedimento funziona (o meglio, sembra funzionare, poi l'applicazione pratica è tutta da vedere) solo se il secondo periodo del comma 5 dell'art. 36 (*«Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la procedura»*) è inteso come decisione vincolante in via preventiva, nel senso che la stazione appaltante si determini nella documentazione di gara con una clausola del seguente tenore *«Questa stazione appaltante si avvale della facoltà di cui all'articolo 35, comma 6, pertanto procederà all'esame delle offerte economiche prima dell'esame della documentazione relativa all'assenza delle cause di esclusione ex art. 80 e dei requisiti di qualificazione ex art. 83»*. Pare invece che una parte della dottrina, ammetta (sulla base di un'interpretazione "aperta" della norma) una decisione condizionata del tipo *«Questa stazione appaltante si avvale della facoltà di cui all'articolo 35, comma 6, pertanto procederà all'esame delle offerte economiche prima dell'esame della documentazione relativa all'assenza delle cause di esclusione ex art. 80 e dei requisiti di qualificazione ex art. 83, nel caso i cui le offerte presentate siano in numero superiore a "X"»*.

Una simile soluzione potrebbe essere auspicabile (nel senso che la “semplificazione” perseguita dalla norma ha un senso se il numero delle offerte è sufficientemente elevato, retrocedendo sino alla scarsa utilità e soccombendo alla diversa esigenza di certezza dell’idoneità degli offerenti se il numero delle offerte è modesto. Per esempio in caso di numero di offerte inferiore a 10 o di gare di interesse transfrontaliero, dove l’esclusione automatica non è ammessa e il ricalcolo della soglia è sostanzialmente ininfluenza, l’inversione procedimentale si configura come inutile.

Tuttavia, in disparte la difficoltà di leggere nella norma la possibilità di una scelta condizionata della stazione appaltante (che svolga i suoi effetti una volta che le offerte sono state presentate) ciò comporterebbe la necessità della separazione fisica tra offerta economica e documentazione amministrativa (ripristinando le due “buste”) per far fronte alla possibilità che il numero delle offerte sia inferiore al numero predeterminato come condizione dalla stazione appaltante; con confusione e incertezze per i concorrenti sul modo di comportarsi e difficoltà/complessità nella predisposizione della documentazione di gara (bando e disciplinare).

Le presenti note non vogliono certamente considerarsi una soluzione perfetta o incensurabile, sono semplicemente un contributo alla discussione su un punto sottovalutato della normativa, aperto a qualunque suggerimento o altra indicazione che dovesse sorgere nell’attuazione pratica.