

Lo strumento facoltativo dell'inversione delle fasi di gara introdotto dal D.L. 32/2019 (c.d. "Sblocca cantieri")

Autore: Donatello Puliatti

In: Appalti pubblici

Indice

1. Trattati generali dell'istituto
2. La non scontata compatibilità assiologica e/o strutturale dell'istituto dell'inversione con procedure diverse da quelle aperte da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso
3. Modalità di esercizio della facoltà d'inversione
4. Il controllo successivo di cui all'art. 36 c. 5 terzo periodo D.lgs. 50/2016
5. Ricalcolo della soglia di anomalia ex art. 36 c. 5 quarto periodo e invarianza della soglia di anomalia ex art. 95 c. 15: un connubio possibile, ma difficile da ricercare
6. Conclusioni

1.

Tratti generali dell'istituto

“Le **stazioni appaltanti** possono decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o

nell'avviso con cui si indice la procedura. Se si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti verificano in maniera imparziale e trasparente che nei confronti del miglior offerente non ricorrano motivi di esclusione e che sussistano i requisiti e le capacità di cui all'articolo 83 stabiliti dalla stazione appaltante; tale controllo è esteso, a campione, anche sugli altri partecipanti, secondo le modalità indicate nei documenti di gara. Sulla base dell'esito di detta verifica, si procede eventualmente a ricalcolare la soglia di anomalia di cui all'articolo 97. Resta salva, dopo l'aggiudicazione, la verifica sul possesso dei requisiti richiesti ai fini della stipula del contratto".

Così l'art. 1, c. 1, lett. f), n. 4), D.L. n. 32 del 18 aprile 2019, rubricato "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici" (ribattezzato volgarmente "**Sblocca cantieri**") ha riscritto integralmente il comma 5 dell'art. 36 D.lgs. 50/2016, offrendo alle Stazioni Appaltanti la facoltà di invertire la sequenza procedimentale secondo cui la fase di apertura ed esame delle offerte economiche va espletata necessariamente dopo la conclusione della fase di esame della documentazione amministrativa.

Il nuovo istituto dell'inversione delle **fasi di gara (da ora in poi, più brevemente, "inversione")** nasce sotto la potente (e trendy) egida dei principi di **semplificazione e speditezza dell'azione amministrativa**.

Per comprendere appieno sia le ragioni della sua introduzione, sia il suo potenziale impatto, è utile porre l'attenzione sulla crucialità della lettura della graduatoria in seduta pubblica[1] (che può o meno coincidere con la proposta di aggiudicazione[2]) immediatamente dopo l'apertura e l'esame delle offerte economiche.

Nella prospettiva degli operatori economici partecipanti la conoscenza della graduatoria produce effetti immediati sulla programmazione dell'attività d'impresa. Seppur nella coscienza della strutturale precarietà del risultato[3], generalmente molti partecipanti perdono interesse verso la gara, pochi altri valutano l'eventualità di far valere i propri interessi oppositivi, mentre il primo classificato talora inizia le attività prodromiche all'esecuzione del (non più meramente possibile, ma ora probabile) contratto pubblico oggetto della gara.

Il momento della lettura della graduatoria è molto importante anche nella **prospettiva delle Stazioni Appaltanti**.

In primo luogo, in diversi casi la semplice lettura della graduatoria è sufficiente ad **evitare il definanziamento del contratto pubblico**: ciò avviene quando non si richiede né che siano perfezionati tutti gli elementi affinché possa parlarsi di "obbligazione giuridicamente perfezionata"[4], né che si addivenga all'aggiudicazione.

In secondo luogo, solitamente con la lettura della graduatoria termina il segmento procedurale caratterizzato dal principio di pubblicità delle sedute[5]: tale fase è caratterizzata da un impiego di

risorse umane ed uno sforzo di pianificazione temporale dell'utilizzo delle stesse maggiori rispetto a quelli richiesti dall'attività di verifica dei requisiti e di controllo della regolarità degli atti di gara[6].

In terzo luogo, non è nemmeno da sottovalutare l' "**effetto annuncio**" della lettura della graduatoria, certamente benefico sia per le Amministrazioni a **vario titolo interessate all'esecuzione del contratto oggetto di gara**[7], sia per l'immagine generale della Pubblica Amministrazione.

Lo strumento dell'inversione consente inoltre alle Stazioni Appaltanti non solo di anticipare la lettura della graduatoria (che produce gli effetti positivi appena evidenziati di per sé ed a prescindere dall'effettivo inizio dell'esecuzione del contratto), ma anche, potenzialmente, di ridurre anche notevolmente il tempo complessivo della procedura di affidamento.

Attraverso l'istituto dell'inversione introdotto dal D.L. 32/2019, infatti, la talora lunghissima[8] fase di esame della documentazione amministrativa presentata da **tutti gli operatori economici non solo non è più prodromica** alla fase di apertura ed esame delle offerte economiche, ma scompare del tutto per far posto al potenzialmente molto più breve[9] controllo successivo sul miglior offerente e, a campione, sugli altri partecipanti, circa l'insussistenza di motivi di esclusione e la sussistenza dei requisiti e delle capacità di cui all'articolo 83 stabiliti dalla Stazione Appaltante.

L'istituto dell'inversione comporta però qualche sacrificio in termini assiologici e presenta diverse insidie applicative, come emergerà nel prosieguo della trattazione: valgano sin d'ora i seguenti due ordini generali di considerazioni.

Volume

In primo luogo, rispetto alla verifica successiva ed a campione, l'**esame preventivo** della documentazione amministrativa di tutti gli operatori economici ha maggiore efficacia deterrente riguardo la possibilità che: a) si presentino operatori economici di comodo al fine di orientare in un senso o nell'altro la soglia di anomalia; b) la partecipazione alla gara d'appalto non sia connotata dal livello di serietà che si addice ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico.

In secondo luogo, è innegabile che l'attività di verifica svolta dalla Stazione Appaltante assuma tratti di notevole delicatezza e di maggior pesantezza procedimentale perché, avvenendo dopo la pubblicazione della graduatoria, è conoscibile ex ante come muterebbe la graduatoria a seguito di un eventuale provvedimento di esclusione, atteso che il quarto periodo dell'art. 36 c. 5 prevede il ricalcolo della soglia di anomalia in caso di esclusione di uno o più operatori economici sottoposti a verifica.

Infatti:

- in caso di **gara svolta tradizionalmente**, nel contraddittorio avente ad oggetto l'eventuale esclusione di un operatore economico le sole parti necessarie sono la Stazione Appaltante e

l'operatore economico della cui ammissione si dubita;

- in **caso di gara svolta espletata mediante inversione le parti** di un siffatto contraddittorio sono, oltre alla Stazione Appaltante e l'operatore economico predetto, anche l'operatore economico classificatosi primo e quello che, in caso di esclusione, lo diverrebbe.

La **delicatezza e la pesantezza procedimentale** diventerebbero massime nel momento in cui la Stazione Appaltante volesse esercitare un potere facoltativo e discrezionale di esclusione (come ad es. quello amplissimo che, secondo la giurisprudenza che lo scrivente non del tutto condivide[10], è attribuito dall'art. 80 c. 5 lett. "c" D.lgs. 50/2016), o comunque ci si trovasse di fronte a fattispecie estremamente problematiche e/o su cui la giurisprudenza non si fosse ancora assestata.

Queste criticità (oltre ad altre serie problematiche interpretative ed applicative di cui si dirà nei successivi paragrafi) possono aumentare il contenzioso, cosicchè l'inversione sarebbe controproducente rispetto all'obiettivo di accelerare le procedure di affidamento. Tuttavia, ad avviso dello scrivente non sono tali da far ritenere preferibile sempre e comunque la gara svolta tradizionalmente: piuttosto, esserne consapevoli è utile sia per individuare le modalità attraverso cui modulare l'istituto dell'inversione in concreto, sia per delineare le coordinate lungo cui la Stazione Appaltante dovrà effettuare la decisione se avvalersi o meno di tale istituto.

Con tutte le difficoltà proprie di chi si appropria ad esaminare un istituto di nuovo conio, in questo lavoro tento di offrire spunti di riflessione tanto agli operatori teorici, quanto agli operatori pratici del diritto.

Nei prossimi paragrafi mi occuperò di specifiche questioni, che seguiranno, in linea di massima, l'ordine in cui emergono dalla lettura dell'articolo.

2. La non scontata compatibilità assiologica e/o strutturale dell'istituto dell'inversione con procedure diverse da quelle aperte da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso

Dalla collocazione topografica si ricava immediatamente la non applicabilità dell'inversione alle procedure c.d. "sopra soglia": il D.L. "Sblocca cantieri", infatti, non modifica la rubrica dell'art. 36 che rimane, pertanto, "Contratti sotto soglia".

Sul piano testuale non si ravvisa più alcun limite né in ordine alle procedure, né in ordine ai criteri di aggiudicazione. L'inversione potrebbe astrattamente applicarsi tanto alle procedure aperte, quanto a quelle ristrette o negoziate; tanto alle gare da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, quanto a

quelle da aggiudicarsi con il criterio dell'**offerta economicamente più vantaggiosa**.

Sul piano sistematico, tuttavia, l'inversione pare pienamente compatibile sul piano assiologico e strutturale solo con la procedura aperta da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

Diversamente, la compatibilità va verificata caso per caso: le perplessità riguardano sia la tipologia di procedura, sia il criterio di aggiudicazione, e verranno discusse in ulteriori subparagrafi.

2.1. La procedura negoziata, com'è noto, sacrifica la libertà di concorrenza sull'altare della speditezza dell'attività amministrativa.

E sempre in nome della **speditezza dell'attività amministrativa**, lo strumento dell'inversione produce ulteriori inconvenienti di non poco momento (come già visto nel § 1) e di varia natura.

Una procedura negoziata da espletarsi mediante inversione comporterebbe quindi un doppio affievolimento di esigenze, il che espone la **Stazione Appaltante** ad un forte onere motivazionale: ad avviso dello scrivente, al di fuori delle circostanze peculiari di cui si dirà tra poco, la contemporanea presenza in una gara di entrambi gli istituti di velocizzazione non è agevolmente giustificabile.

Sul piano pratico, tra l'altro, il risparmio di tempo sarebbe nella migliore delle ipotesi veramente esiguo, o potrebbe addirittura essere negativo.

In una procedura negoziata la fase della verifica della **documentazione amministrativa può durare** (salvo casi eccezionali) al più due sedute, intervallate da un massimo di dieci giorni l'una dall'altra per consentire eventuali soccorsi istruttori[11]. La conoscenza[12] del numero massimo di partecipanti consente infatti alla Stazione Appaltante di programmare l'attività in modo tale da concentrare nella prima seduta l'apertura e l'esame di tutte le buste contenenti la documentazione amministrativa: o, detto appena diversamente, la Stazione Appaltante può modulare il numero degli operatori economici invitati in relazione alla stima delle capacità della stessa di saper fronteggiare una tale urgenza.

Al risparmio di tempo (già esiguo ed eventuale, in quanto potrebbe non essere necessario alcun soccorso istruttorio) va poi sottratto (da qui la possibilità di un risultato negativo) il maggior eventuale tempo dell'attività successiva di controllo: mentre nella gara tradizionale il controllo su operatori economici diversi dal primo in graduatoria è facoltativo, nella gara espletata tramite inversione è necessario che, oltre al primo, vengano controllati a campione anche altri operatori economici.

Vi sono, però, due circostanze peculiari che invece giustificerebbero più agevolmente la scelta di espletare una procedura negoziata mediante inversione.

La prima riguarda le ipotesi di **procedure nominalisticamente negoziate, ma sostanzialmente aperte**.

È il caso delle gare espletate sul MePa (Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione) che, fino a poche settimane fa, non consentiva la partecipazione agli operatori economici non ancora abilitati sulla stessa piattaforma telematica: sebbene la Stazione Appaltante scegliesse di consentire la partecipazione alla platea indiscriminata degli operatori economici abilitati (che copre la quasi totalità delle imprese interessate al settore del public procurement) e quindi di fatto si trattasse di procedura aperta, la procedura rimaneva sul piano tecnico-giuridico una procedura negoziata[13].

In contesti analoghi, non solo la libertà di concorrenza non verrebbe sacrificata in modo apprezzabile, ma si potrebbe avere anche un certo risparmio di tempo, proprio in ragione dell'imprevedibilità del numero dei partecipanti[14] e della possibilità che questi ultimi siano in un numero tale da richiedere, altrimenti, numerose sedute per l'esame della documentazione amministrativa.

La seconda circostanza riguarda invece le fattispecie in cui la procedura negoziata è la regola.

È il caso, ad es., degli appalti di cui all'art. 162 D.lgs. 50/2016 (cioè di quelli che richiedono speciali **misure di sicurezza o sono "classificati"**) che, spesso, proprio per la loro peculiare natura, richiedono un'estrema celerità[15]: la scelta degli operatori economici da invitare è solitamente caratterizzata da un certo tasso di fiducia e, pertanto, essi sono spesso verificati a monte ed in modo pervasivo, cosicché il relativo controllo successivo, salvo situazioni non facilmente prevedibili, dovrebbe essere più spedito rispetto a quanto avviene ordinariamente[16].

2.2 Una procedura ristretta[17] mediante il ricorso allo strumento dell'inversione sembra quasi ossimorica, al pari della procedura negoziata - espletata mediante inversione - preceduta da una specifica manifestazione d'interesse.

Entrambe le procedure[18] si prestano a soddisfare l'esigenza dell'Amministrazione di modulare il novero dei possibili partecipanti, seppur con una lieve differenza: mentre con la procedura negoziata preceduta da manifestazione d'interesse l'Amministrazione può ben non vincolarsi riguardo i criteri per scegliere gli operatori economici da invitare e può scegliere con un ampio margine di libertà i tempi e le modalità di tale manifestazione d'interesse, con la procedura ristretta l'Amministrazione si vincola riguardo i criteri ed è soggetta alla disciplina codicistica riguardo tempi e modalità dell'avviso di indizione di gara (o, a seconda dei casi, dell'avviso di preinformazione).

Queste procedure possono rivelarsi ben più lunghe rispetto alle procedure aperte, anche perché, specie nella procedura ristretta, la **prima fase di gara** (cioè quella volta alla selezione degli operatori economici da invitare successivamente) richiede diversi adempimenti procedurali, i quali, tra l'altro, non sono sempre adeguatamente curati dalle Stazioni Appaltanti e possono, pertanto, ospitare varie irregolarità, se non addirittura vizi di legittimità.

La contraddittorietà starebbe nel fatto che la Stazione Appaltante da un lato non avrebbe cura di probabili allungamenti nella prima fase di gara, ma dall'altro sentirebbe come pressante l'urgenza al punto da

avvalersi dell'inversione.

Si potrebbe al più controbattere che, così operando, la Stazione Appaltante vorrebbe recuperare nella seconda fase il tempo impiegato nella prima: tuttavia, una siffatta argomentazione sarebbe utile (anche se, ad avviso dello scrivente, non decisiva) per difendere tali procedure dalla censura di incompatibilità strutturale, ma non dalle censure di compatibilità assiologica, in virtù del seguente ragionamento.

Riguardo le procedure negoziate senza manifestazione di interesse si era già detto che si avrebbe un doppio affievolimento di esigenze: a) la libertà di concorrenza; b) i valori e principi sacrificati dall'istituto dell'inversione. L'inversione, in altri termini, sarebbe giustificabile in tali procedure solo qualora le esigenze di speditezza fossero superiori ai due ordini di esigenze, presi in considerazione congiuntamente. Nelle procedure negoziate semplici, però, il sacrificio della libertà di concorrenza è funzionale alle esigenze di speditezza, mentre nelle ipotesi ora considerate (procedura ristretta e procedura negoziata con manifestazione di interesse) tale sacrificio è per lo più funzionale ad esigenze diverse dalla speditezza. L'inversione, quindi, aumenterebbe il novero delle esigenze sacrificate, in un contesto in cui già si avrebbe una deliberata restrizione della libertà di concorrenza non giustificata dalle esigenze di speditezza: tra l'altro, queste ultime non sarebbero così forti da giustificare il sacrificio dei valori contrapposti all'istituto dell'inversione.

2.3 Nelle altre procedure (procedura competitiva con negoziazione, dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione, disciplinate rispettivamente dagli artt. 62, 64 e 65 D.lgs. 50/2016) l'istituto dell'inversione non ha molto senso, in ragione della struttura plurifasica del procedimento di selezione del contraente e della complessità degli elementi oggetto di valutazione.

2.4 Nelle procedure di affidamento diretto, infine, l'inversione è strutturalmente incompatibile, in quanto manca proprio il presupposto della gara: se, infatti, la consultazione prodromica avvenisse nelle forme della procedura negoziata, non si avrebbe più un affidamento diretto, ma una vera e propria procedura negoziata.

2.5 Terminata l'analisi sulle varie tipologie di procedure, è ora il momento di verificare la compatibilità del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con la facoltà d'inversione.

Innanzitutto, va chiarito che, **sul piano eminentemente teorico, in una gara siffatta si potrebbero avere addirittura quattro diversi ordini di apertura ed esame delle offerte:**

1. offerte tecniche, offerte economiche, documentazione amministrativa;
2. offerte economiche, offerte tecniche, documentazione amministrativa;
3. offerte tecniche, documentazione amministrativa, offerte economiche;

4. offerte economiche, documentazione amministrativa, offerte tecniche.

Le ipotesi sub c) e d) vanno però subito scartate sul piano strettamente giuridico, perché l'esame della documentazione amministrativa nella gara con inversione presuppone la conoscenza del primo in graduatoria (il controllo va infatti esercitato sul "miglior offerente", ai sensi dell'art. 36 c. 5 terzo periodo), che non può logicamente aversi prima dell'apertura e dell'esame sia delle offerte tecniche, sia delle offerte economiche.

L'opzione sub b) va invece accantonata almeno per serie ragioni di opportunità: se la Commissione Giudicatrice conoscesse già l'esito delle offerte economiche, sarebbe certamente tanto meno serena nella valutazione delle offerte tecniche, quanto più è alto il tasso di discrezionalità nell'attribuzione dei punteggi. Tra l'altro, la prassi amministrativa consolidata ed indiscussa va proprio in tale direzione: non si capirebbe, dunque, perché nelle gare con inversione potrebbe essere invertito anche l'ordine di esame delle offerte tecniche rispetto a quelle economiche.

Rimane quindi l'opzione sub a), che verrà qui trattata concedendo che nel D.L. 32/2019 il legislatore non volesse limitare l'applicabilità dell'inversione alle sole gare da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso. Il dubbio sorge in quanto il legislatore utilizza, al primo periodo del nuovo art. 36 c. 5, il **solo termine "offerte"**, senza specificare se si tratti di offerte economiche, di offerte tecniche, o di offerte tecniche ed economiche congiuntamente. Anche nella prima delle tre ipotesi, tuttavia, non vi sarebbe necessariamente incompatibilità, perché comunque il legislatore avrebbe inteso invertire solo l'ordine tra offerte economiche e documentazione amministrativa, lasciando inalterato l'ordine (naturale, v. poco sopra) per cui le offerte economiche vanno aperte dopo quelle tecniche. La terza ipotesi, in ogni caso, sembra plausibile, anche perché lo stesso legislatore del D.L. 32/2019, aggiungendo un secondo periodo all'art. 97 c. 3, menziona il solo termine "offerte" riferendosi inequivocabilmente alle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Passando quindi al merito della scelta di espletare una gara con inversione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, valgono le seguenti considerazioni.

In primo luogo, una gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere notevolmente più lunga rispetto ad una aggiudicata con il criterio del prezzo più basso. Le ragioni sono note: a) si ha una fase di gara in più, che può tra l'altro rivelarsi estremamente complessa e lunga; b) disegnare una gara siffatta richiede più tempo di una gara al prezzo più basso; c) non è consigliabile avvalersi della riduzione dei termini, perché per la redazione dell'offerta tecnica le imprese hanno bisogno di un congruo lasso di tempo; d) statisticamente, le probabilità di contenzioso sono molto più alte.

La scelta di espletare la gara con il criterio dell'**offerta economicamente più vantaggiosa** sembra quindi presupporre una certa marginalizzazione dell'importanza del tempo. Analogamente a quanto

rilevato per le procedure ristrette e per le procedure negoziate precedute da manifestazione d'interesse, ciò potrebbe risultare fortemente contraddittorio, nella misura in cui i valori e i principi affievoliti dall'inversione non trovassero un adeguato contrappeso nelle esigenze (esigie) di speditezza.

In secondo luogo, le perplessità derivano anche da ragioni di economicità dell'attività amministrativa: la valutazione dell'offerta tecnica di un concorrente che dovesse essere poi escluso produrrebbe una perdita netta di risorse temporali, umane, nonché prettamente pecuniarie (almeno nelle gare in cui il numero delle offerte tecniche valutate è rilevante ai fini della determinazione del compenso dei commissari di gara).

Al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 95 c. 3 D.lgs. 50/2016, nelle quali la Stazione Appaltante non ha la facoltà di scegliere il criterio del prezzo più basso, è quindi estremamente difficile ritenere giustificata la scelta dell'Amministrazione di espletare una gara con inversione e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In queste ipotesi, invece, i margini per una siffatta scelta sono più ampi, perché potrebbero ben esserci forti esigenze di urgenza ma non si potrebbe, per l'appunto, scegliere il più veloce criterio del prezzo più basso.

3.Modalità di esercizio della facoltà d'inversione

Il secondo periodo del nuovo art. 36 c. 5 statuisce, riferendosi alla facoltà d'inversione, che "può essere esercitata se **specificamente prevista nel bando di gara** o nell'avviso con cui si indice la procedura".

Ad avviso dello scrivente, sussistono varie modalità di articolazione della relativa previsione nell'atto di indizione della procedura.

Un primo modello, piuttosto semplificato, consiste nel prevedere seccamente che la Stazione Appaltante si avvarrà della facoltà di inversione, senza specificare alcunchè:

1. in ordine al **numero minimo dei partecipanti**, al di sotto del quale la gara verrebbe espletata in modalità ordinaria;
2. in ordine al numero degli operatori economici da sottoporre a campione, ai criteri di individuazione degli stessi ed alla pubblicità del provvedimento che determina la composizione del campione stesso.

La mancata previsione sub a) non è problematica perché, anche se il numero dei partecipanti fosse

estremamente esiguo, non vi sarebbero vizi di legittimità e, al più, la facoltà d'inversione (che, si ribadisce, non è assiologicamente indolore) verrebbe esercitata senza vantaggi apprezzabili.

La mancata previsione sub b), invece, potrebbe destare qualche perplessità sul piano della legittimità, non solo in virtù del disposto dell'art. 36 c. 5 terzo periodo seconda parte ("tale controllo è esteso, a campione, anche sugli altri partecipanti, secondo le modalità indicate nei **documenti di gara**"), ma anche perché la Stazione Appaltante potrebbe adottare, dopo aver conosciuto l'elenco dei partecipanti, modalità eccessivamente libere di composizione del campione.

Per ovviare a tali criticità, si propone il seguente secondo modello.

In primo luogo, la Stazione Appaltante dovrebbe fissare un numero minimo di partecipanti spogliandosi di qualunque discrezionalità in ordine alla scelta di avvalersi di tale facoltà. Conseguentemente, se tale numero minimo fosse raggiunto, la gara si espleterebbe mediante inversione; in caso contrario, la gara si espleterebbe in modalità ordinaria.

In secondo luogo, la Stazione Appaltante dovrebbe predeterminare sia il numero degli operatori economici facenti parte del campione, sia i criteri di individuazione degli stessi.

Per quanto riguarda il numero, è preferibile adottare un sistema regressivo, tale che, al crescere del numero dei partecipanti, diminuirebbe la percentuale di quelli sottoposti a campione.

Ad es., dati x il numero dei partecipanti, y il numero minimo previsto in bando, i, j, k , con $n < i < j < k$ ed i coefficienti l, m, n, o, p , per $l > m > n > o > p > 1$ ed esplicitato che la funzione floor di un numero indica la parte intera di un numero, la Stazione Appaltante potrebbe prevedere di sottoporre a campione un numero z di operatori economici, così determinato:

- se $y \leq x < i$, allora $z = 1 + \text{floor}[m(x-y)]$;
- se $i \leq x < j$, allora $z = 1 + m(i-y) + \text{floor}[n(x-i)]$;
- se $j \leq x < k$, allora $z = 1 + m(i-y) + n(j-i) + \text{floor}[o(x-j)]$;
- se $x \geq k$, allora $z = 1 + m(i-y) + n(j-i) + o(k-j) + \text{floor}[p(x-k)]$.

Per $y=20, i=60, j=120, k=200, l=1, m=1/20, n=1/30, o=1/40, p=1/100$, si avrebbero le seguenti formule:

- se $20 \leq x < 60$, allora $z = 1 + \text{floor}[1/20(x-20)]$;

- se $60 \leq x < 120$, allora $z = 1 + [(1/20)(60-20)] + \text{floor}[(1/30)(x-60)]$;
- se $j \leq x < k$, allora $z = 1 + [(1/20)(60-20)] + [(1/30)(120-60)] + \text{floor}[(1/40)(x-120)]$;
- se $x \geq k$, allora $z = 1 + [(1/20)(60-20)] + [(1/30)(120-60)] + [(1/40)(200-120)] + \text{floor}[(1/100)(x-200)]$.

Se $x = 55$, allora il campione z sarebbe costituito da $1 + \text{floor}[(1/20)(55-20)] = 1 + \text{floor}[1/20 * 35] = 1 + \text{floor}[1,75] = 1 + 1 = 2$ operatori economici.

Se $x = 110$, allora il campione z sarebbe costituito da $1 + 2 + [(1/30)(110-60)] = 1 + 2 + \text{floor}[1/30 * 50] = 1 + 2 + \text{floor}[1,66] = 1 + 2 + 1 = 4$ operatori economici.

Se $x = 170$, allora il campione z sarebbe costituito da $1 + 2 + 2 + \text{floor}[(1/40)(170-120)] = 1 + 2 + 2 + \text{floor}[1,25] = 1 + 2 + 2 + 1 = 6$ operatori economici.

Infine, se $x = 340$, allora il campione z sarebbe costituito da $1 + 2 + 2 + 2 + \text{floor}[(1/100)(340-200)] = 1 + 2 + 2 + 2 + \text{floor}[1,40] = 1 + 2 + 2 + 2 + 1 = 8$ operatori economici.

Per quanto riguarda i criteri di individuazione degli operatori economici, il migliore tra quelli possibili è il sorteggio, da effettuare prima della seduta degli operatori economici.

Precisamente, fissato il numero del campione, bisognerebbe sorteggiare un operatore economico in più, per il caso in cui il primo in graduatoria coincidesse con uno di quelli estratti. Sulle modalità del sorteggio, si potrebbero utilizzare le funzioni apposite presenti in diverse piattaforme telematiche o i software disponibili online per generare le sequenze random, ma sono ovviamente sempre possibili modalità tradizionali del sorteggio (che però potrebbero risultare lunghe e farraginose, soprattutto in presenza di un notevole numero di partecipanti).

Resta ovviamente beninteso che la Stazione Appaltante potrebbe sempre estendere il campione qualora sussistessero i fondati dubbi che, ex art. 71 D.P.R. 445/2000, legittimano un controllo sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive.

Il numero degli operatori economici può aumentare, inoltre, nel caso in cui, all'esito negativo della verifica su uno o più dei partecipanti, in base al conseguente ricalcolo della soglia di anomalia dovesse mutare la graduatoria: il controllo andrebbe esteso sul nuovo miglior offerente, con la possibilità di procedere ad oltranza, finché non si sarà assestata la graduatoria.

Infine, è quasi **scontato ritenere che la pubblicità da assicurare** è quella classica della seduta pubblica, anche nel caso di procedure telematiche che consentono il sorteggio (per cui, invece, non è stato

ancora affermato il principio di pubblicità delle sedute): la composizione del campione nelle procedure con inversione assume una importanza tale da doversi ritenere attività di gara in senso stretto e richiede, quindi, massima pubblicità e trasparenza.

Ragionando de iure condendo, invece, è molto interessante un modello misto di gara, nella quale la Stazione Appaltante non si avvarrebbe della facoltà di inversione, ma limiterebbe l'esame della documentazione amministrativa ad un campione.

A ben vedere, l'istituto dell'inversione è composto dall'inversione stricto sensu intesa e dalla effettuazione del controllo successivo a campione: le sue criticità sono correlate ora alla prima, ora alla seconda delle componenti.

Tale modello avrebbe quindi il merito di attenuare le criticità dell'inversione, già discusse nel § 1: non è però al momento derivabile dall'art. 36 c. 5, in quanto questo articolo costruisce il controllo a campione non come una possibilità ulteriore rispetto a quella di inversione, ma come un passaggio procedimentale naturale (e quindi obbligatorio e non derogabile) delle gare espletate mediante inversione.

4 Il controllo successivo di cui all'art. 36 c. 5 terzo periodo D.lgs. 50/2016

La prima parte del terzo periodo dell'art. 36 c. 5, a mente della quale "le stazioni appaltanti verificano in maniera imparziale e **trasparente che nei confronti del miglior offerente** non ricorrano motivi di esclusione e che sussistano i requisiti e le capacità di cui all'articolo 83 stabiliti dalla stazione appaltante", è foriera di diverse problematiche interpretative, che verranno affrontate in altrettanti subparagrafi.

4.1 Innanzitutto, non è chiaro se la Stazione Appaltante:

- 1) debba effettuare il controllo sulla veridicità delle autodichiarazioni rese in sede di gara;
- 2) possa semplicemente limitarsi ad esaminare quanto contenuto nella documentazione amministrativa, analogamente a quanto avviene nelle gare espletate in modalità tradizionale.

Ad avviso dello scrivente, va preferita l'interpretazione sub 1).

In primo luogo, il legislatore utilizza la stessa dizione dell'art. 36 c. 6-bis (introdotto dallo stesso D.L. 32/2019) e, quindi, istituisce un **rapporto di identità tra la verifica sull'assenza dei motivi** di esclusione effettuata dalla Stazione Appaltante e quella effettuata dai soggetti responsabili dell'ammissione degli operatori economici nei mercati elettronici.

Ora, la verifica effettuata da questi ultimi consiste proprio nel controllo della veridicità delle dichiarazioni ex D.P.R. 445/2000 rilasciate dall'operatore economico nel momento in cui chiede di essere abilitato ai mercati elettronici: il secondo e il terzo periodo del comma 6-bis fanno riferimento infatti alla Banca dati nazionale degli operatori economici, ovvero una sorta di sistema AVCPass molto più evoluto.

Pertanto, in virtù di detto rapporto d'identità, va preferita l'interpretazione sub 1).

In secondo luogo, come già rilevato nel § 1, l'inversione aumenta considerevolmente il rischio che possano presentarsi operatori economici "di comodo": se, però, la verifica venisse attuata nelle modalità predette, tale rischio si attenuerebbe in misura apprezzabile per l'intuitivo effetto deterrente. Pertanto, ad avviso dello scrivente, la soluzione interpretativa qui prospettata appare altamente preferibile anche per ragioni di opportunità.

4.2 Un secondo ordine di problemi è riassumibile nella seguente domanda: che ne è del controllo sull'avvenuta stipulazione della cauzione provvisoria, del Passoe e di ogni altro elemento caratterizzante la specifica partecipazione alla gara (diversi da quelli di cui all'art. 83)**[19]**, se la disposizione sembra escluderli dall'insieme dei fatti da controllare?

Ad una prima lettura, si potrebbe ritenere che il controllo su tali elementi non sia stato eliminato, in quanto la loro insussistenza sarebbe annoverabile tra i "motivi di esclusione" richiamati dal terzo periodo dell'art. 36 c. 5.

Questa lettura, tuttavia, non è convincente, in quanto la locuzione "motivi di esclusione" coincide proprio con la rubrica dell'art. 80, il quale certamente non comprende né la cauzione provvisoria, né il Passoe, né altri elementi caratterizzanti la specifica partecipazione alla gara. Con lo stesso D.L. 32/2019, tra l'altro, si introduce l'art. 36 c. 6-bis, nel quale si prevede il controllo sull'insussistenza di "motivi di esclusione" ai fini dell'ammissione nei mercati elettronici: poiché l'ammissione si svolge in un momento slegato dalla procedura di gara, è evidente che il legislatore, usando detta locuzione, non potesse affatto riferirsi alla cauzione provvisoria, al Passoe, ecc..

Le difficoltà interpretative non mancano, però, nemmeno se si persegue l'opposta soluzione di ritenere esclusi dal controllo i citati elementi.

Sociologicamente, la consapevolezza dell'estraneità dall'area di controllo di un comportamento equivale, di fatto, a degradare tale comportamento da obbligatorio a facoltativo: propugnare una siffatta interpretazione equivarrebbe ad affermare che il D.L. 32/2019 abbia voluto prevedere implicitamente che, nelle gare espletate mediante inversione, siano derogate le norme che prescrivono obblighi (come quello di prestare la cauzione provvisoria) relativi a profili diversi da quelli di cui all'art. 80 e all'art. 83 o che, comunque, conferiscono alla Stazione Appaltante il potere di richiedere dichiarazioni attinenti ai profili "diversi" ora citati.

Sul piano teorico-generale, va notato che una siffatta deroga sarebbe troppo ampia da essere ritenuta implicitamente contenuta nel dettato normativo, a meno che non sia sorretta da una ratio estremamente pregnante.

Una tale ratio in realtà ci sarebbe ed è, forse, addirittura la chiave per evitare che l'inversione faccia collassare il regolare andamento delle procedure di affidamento.

Precisamente, la **ratio si ritroverebbe nella necessità di evitare di sottoporre** a soccorso istruttorio operatori economici del campione, ormai disinteressati alla gara dopo aver visto la loro collocazione in graduatoria, riguardo elementi che si esauriscono con la partecipazione alla gara stessa.

Com'è noto, il soccorso istruttorio è ammissibile anche perfino dopo l'aggiudicazione e quindi a fortiori anche dopo la lettura della graduatoria[20]: una mancata adesione da parte di un operatore economico ne comporterebbe l'esclusione, ma anche il ricalcolo della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 36 c. 5 quarto periodo.

Pertanto, se il controllo avvenisse anche su tali elementi, si conferirebbe surrettiziamente agli operatori economici del **campione un vero e proprio pericolosissimo potere di condizionare** l'esito della gara. La mancata adesione per soccorsi istruttori attivati su tali elementi, infatti, non sarebbe collegabile ad alcuna sanzione, diversamente da quanto avviene per i motivi di esclusione e il possesso dei requisiti e delle capacità di cui all'art. 83, i quali sono variamente connessi alle responsabilità ex D.P.R. 445/2000 e possono condurre anche a (certamente non gradevoli) annotazioni ANAC.

Il controllo, invece, riguarderebbe anche gli elementi caratterizzanti la specifica procedura di gara quando è effettuato sul primo in graduatoria, perché ovviamente l'operatore economico ha tutto l'interesse di aderire all'eventuale soccorso istruttorio.

4.3 Un terzo ordine di problemi riguarda la pubblicità da dare all'attività di controllo.

Ad avviso dello scrivente, pur non essendovi alcun obbligo normativo esplicito di pubblicità, è altamente opportuno che la Stazione Appaltante svolga tante sedute pubbliche quante sono quelle nelle quali viene riportato l'esito delle verifiche, per almeno due ragioni.

In primo luogo, nelle procedure con inversione la maggiore latitudine del controllo e la relativa esplicita refluenza sul calcolo della soglia di anomalia inducono a ritenere che la gara stricto sensu intesa non possa ritenersi conclusa prima del momento in cui tale soglia è confermata.

In secondo luogo, attraverso la pubblicità della seduta si consente agli eventuali controinteressati di avere piena conoscenza dei provvedimenti di ammissione e di esclusione degli operatori economici sottoposti a verifica. Poiché influiscono direttamente sulla graduatoria, tali provvedimenti sono immediatamente lesivi e pertanto dalla data della seduta (e non della comunicazione dell'aggiudicazione) decorrerebbe il termine

per presentare ricorso, con un evidente risparmio di tempo (v. § 5).

4.4 Un quarto ordine di problemi riguarda la verifica dei requisiti nelle gare espletate sui mercati elettronici di cui all'art. 36 c. 6.

L'art. 36 c. 6-ter (tale comma è stato introdotto dal D.L. 32/2019) dispone in generale che “nelle procedure di affidamento effettuate nell'ambito dei mercati elettronici di cui al comma 6, la stazione appaltante verifica esclusivamente il possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali”.

Si porrebbe subito il problema di individuare fino a che punto tale disciplina sia applicabile nelle gare da espletare mediante inversione sui mercati elettronici. E precisamente:

1. la Stazione Appaltante dovrebbe comunque effettuare le verifiche anche su un campione di operatori economici partecipanti?
2. la Stazione Appaltante dovrebbe verificare anche l'insussistenza di motivi di esclusione e, limitatamente all'aggiudicatario (in virtù di quanto espresso sopra), la sussistenza degli elementi caratterizzanti la specifica gara?

La risposta a tali quesiti passa attraverso un procedimento ermeneutico bifasico, perché prima bisognerebbe ricavare l'interpretazione dell'art. 36 c. 6-ter e, successivamente, bisognerebbe comprendere in che rapporto stia con l'art. 36 c. 5 terzo periodo.

Quanto alla prima delle due fasi, si potrebbe osservare che la Stazione Appaltante:

1. non avrebbe l'obbligo di verificare né i requisiti di ordine generale, né la sussistenza degli elementi riguardanti specificamente la gara d'appalto (come cauzione provvisoria, Passoe, ecc.);
2. non avrebbe l'obbligo di effettuare verifiche su soggetti diversi dall'aggiudicatario.

O addirittura, valorizzando l'avverbio “esclusivamente” sia in sé, sia nella sua collocazione all'interno del periodo, si potrebbe pervenire alla conclusione estrema per cui la Stazione Appaltante avrebbe addirittura il divieto di compiere le verifiche sub a) e sub b).

Quanto alla seconda delle due fasi, si potrebbe osservare che le due fattispecie sono in rapporto di specialità bilaterale, perché: da un lato, l'art. 36 c. 5 si applica alle sole procedure espletate mediante

inversione, ma tale strumento è utilizzabile anche nelle procedure non espletate sui mercati elettronici di cui all'art. 36 c. 6; dall'altro, l'art. 36 c. 6-ter si applica anche alle procedure espletate non avvalendosi della facoltà di inversione, ma si applica alle sole procedure espletate sui mercati elettronici di cui all'art. 36 c. 6.

Com'è noto, il rapporto di specialità bilaterale non si risolve in base a criteri formali di composizione delle antinomie, ma è necessario scendere ad analizzare la ratio dei vari istituti: solo così, tra l'altro, sarà possibile individuare la più corretta tra le opzioni ermeneutiche (che chiameremo "moderata" ed "estrema") di cui alla prima fase.

Dell'art. 36 c. 5 si è detto molto e, per la risoluzione delle questioni, non è necessario un ulteriore approfondimento, che è invece utile riguardo l'art. 36 c. 6-ter.

I **mercati elettronici di cui all'art. 36 c. 6** sono caratterizzati dal meccanismo della c.d. "prequalificazione", che consiste nella verifica, da parte dei soggetti responsabili dell'ammissione, dell'insussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80. Ai sensi dell'art. 36 c. 6-bis, la verifica si effettua a campione, ma con le modalità tipiche del controllo della veridicità delle dichiarazioni sostitutive.

La verifica, quindi, è pervasiva, almeno nelle intenzioni del legislatore: ed è forse in ragione di tale pervasività che l'art. 36 c. 6-ter elimina la verifica sui requisiti di ordine generale.

Ad avviso dello scrivente, il furor della semplificazione è stato eccessivo, perché non è affatto scontato che i mercati elettronici assicurino un meccanismo di rotazione tale che qualunque operatore economico venga sottoposto a verifica entro un intervallo di tempo ragionevolmente breve.

Questa considerazione è decisiva per preferire l'interpretazione moderata di cui si è detto sopra. Conseguentemente, sia pur nella consapevolezza della non obbligatorietà e della eventuale refluenza in termini di violazione del divieto di aggravamento procedimentale, la Stazione Appaltante potrebbe comunque scegliere di ampliare le verifiche sui motivi di esclusione ex art. 80 (indipendentemente dal ricorrere dei "fondati dubbi" ex art. 71 D.P.R. 207/2010) e potrebbe comunque sottoporre a tale verifica non solo il primo in graduatoria, ma anche altri operatori economici. Ragionando invece diversamente (e quindi aderendo all'interpretazione estrema), si creerebbero sacche piuttosto vaste di incontrollabilità e di impunità, almeno finché i mercati elettronici non sviluppino un meccanismo di rotazione come quello appena sopra descritto.

Inoltre, almeno sul primo in graduatoria va verificata la sussistenza degli elementi caratterizzanti la specifica gara: diversamente ragionando, **si avrebbe un'interpretatio abrogans di norme come l'art. 93 c. D.lgs. 50/2016**, che non pare rispondere al reale intento del legislatore.

Delineate quindi le coordinate interpretative ed applicative generali dell'art. 36 c. 6-ter, è possibile ritornare ad affrontare le questioni specifiche delle gare espletate mediante inversione sui mercati

elettronici di cui all'art. 36 c. 6.

Alla questione sub i) va data risposta positiva.

La Stazione Appaltante ha l'obbligo di effettuare le verifiche a campione: il controllo a campione è, infatti, caratteristico delle gare espletate mediante inversione e, pertanto, prevale rispetto alla disciplina relativa a quelle relative ai mercati elettronici.

Alla questione sub ii) va data invece risposta negativa, tranne che per il caso del primo in graduatoria, per il quale è preferibile la risposta positiva.

L'insussistenza dell'obbligo di verificare i motivi di esclusione ex art. 80 è caratteristica delle gare espletate mediante mercati elettronici e, pertanto, prevale rispetto alla disciplina relativa alle gare espletate mediante inversione, ferma restando la possibilità che la Stazione Appaltante effettui le verifiche anche su tali motivi.

Per quanto riguarda il primo in graduatoria, invece, il controllo dovrebbe essere esteso anche sugli elementi caratterizzanti la specifica gara d'appalto ed è altamente opportuno, prima dell'aggiudicazione (successivamente all'aggiudicazione, invece, la verifica è proprio obbligatoria in virtù dell'ultimo periodo dell'art. 36 c. 5), che si svolgesse anche riguardo l'insussistenza dei motivi di esclusione ex art. 80.

5. Ricalcolo della soglia di anomalia ex art. 36 c. 5 quarto periodo e invarianza della soglia di anomalia ex art. 95 c. 15: un connubio possibile, ma difficile da ricercare

Come si conciliano l'art. 36 c. 5 quarto periodo D.lgs. 50/2016 e l'art. 95 c. 15 D.lgs. 50/2016, anche alla luce dell'abrogazione dell'art. 120 c. 2-bis D.lgs. 104/2010 operata dall'art. 1 c. 4 D.L. 32/2019^[21]?

Il nuovo art. 36 c. 5 quarto periodo D.lgs. 50/2016 così dispone: "sulla base dell'esito di detta verifica, si procede eventualmente a ricalcolare la soglia di anomalia di cui all'articolo 97".

Per come modificato dal D.L. 32/2019, l'art. 95 c. 15 D.lgs. 50/2016 prevede che "ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase amministrativa di **prima** ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte" (in grassetto l'aggiunta operata dal D.L. 32/2019).

L'abrogato art. 120 c. 2-bis D.lgs. 104/2010 recitava quanto segue. "Il provvedimento che determina le

esclusioni dalla **procedura di affidamento e le ammissioni ad essa** all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri **atti endoprocedimentali** privi di immediata lesività”.

Analogamente a quanto osservato nel § 4.4, è necessario dapprima individuare l'interpretazione corretta per il caso generale, per poi scendere ad analizzare il caso particolare delle gare espletate mediante inversione.

Il tema dell'invarianza della soglia di anomalia è stato estremamente dibattuto in dottrina e in giurisprudenza, innanzitutto riguardo il momento a partire dal quale ogni modificazione della platea degli operatori economici ammessi sarebbe ininfluenza rispetto al calcolo della soglia.

La questione sembrava essersi assestata con la sentenza n. 2579/2018 del Consiglio di Stato, che prendeva in considerazione il momento in cui è contestato il provvedimento di ammissione o di esclusione. Se la contestazione (effettuata anche attraverso una semplice istanza di riesame) fosse avvenuta entro trenta giorni dalla conoscenza del provvedimento contestato, l'eventuale accoglimento della stessa in autotutela o in via giudiziale avrebbe prodotto conseguenze sulla soglia di anomalia: diversamente, quest'ultima sarebbe rimasta immutata, in applicazione dell'art. 95 c. 15.

La sentenza n. 2579/2018 è, ad avviso dello scrivente, pienamente condivisibile, perché equilibrava le istanze sottese rispettivamente all'**art. 120 c. 2-bis D.lgs. 104/2010 e all'art. 95 c. 15 D.lgs. 50/2016** e le armonizzava rispetto al principio costituzionale di giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive. Com'è noto, con la prima delle due norme si anticipava il momento entro cui i partecipanti alla gara d'appalto avrebbero potuto contestare il novero degli ammessi e degli esclusi, mentre l'art. 95 c. 15 ha la funzione di evitare impugnative giurisdizionali su situazioni già cristallizzate.

Nel privilegiare il momento della contestazione (non vincolandola, tra l'altro, alle forme del ricorso) e nel superare criteri diversi che invece davano rilevanza a specifici momenti della procedura di gara (quale l'aggiudicazione), la sentenza evitava che la **Stazione Appaltante potesse d'imperio** impedire il dispiegamento di effetti giuridici ad istanze legittime e, conseguentemente, consentiva al partecipante di ottenere la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive anche in via di autotutela (purché ovviamente la contestazione fosse stata tempestivamente avanzata).

Il quadro testè delineato non è più attuale (seppure i principi contenuti nella predetta sentenza vadano salvati fin dove possibile), in quanto:

1. l'aggiunta della parola "prima" all'art. 95 c. 15 D.lgs. 50/2016 impone di effettuare una nuova ricerca su quale sia il momento da prendere a riferimento ai fini dell'applicazione della regola dell'invarianza della soglia di anomalia;
2. con l'espunzione dell'art. 120 c. 2-bis D.lgs. 104/2010 non vi è più un termine normativo da prendere in considerazione al fine di stabilire se la contestazione possa ritenersi tempestivamente avanzata.

A parere dello scrivente, deve essere scartata un'interpretazione del termine "prima" tale che la Stazione Appaltante non possa nemmeno annullare in autotutela l'originario provvedimento di ammissione, di esclusione o di sottoposizione a soccorso istruttorio.

Poichè la ratio dell'**art. 95 c. 15 è quella di evitare stravolgimenti della soglia di anomalia** (e non di porre in una bolla di ingiustiziabilità l'operato del seggio di gara), è invece più ragionevole ritenere che la regola dell'invarianza si applichi una volta aperte le offerte economiche.

E, recuperando quanto affermato dal Consiglio di Stato in ordine alla possibilità che qualunque operatore economico contesti il novero dei partecipanti ammessi alla fase di apertura delle offerte economiche, è altamente opportuno che la Stazione Appaltante proceda all'apertura e all'esame delle offerte economiche in una seduta separata da quella in cui è stato concluso l'esame della documentazione amministrativa, assegnando agli operatori economici un termine congruo e perentorio affinché questi possano avanzare dette contestazioni.

Se tale spazio tra le due sedute non vi fosse (o comunque non fosse congruo il termine predetto), si verificherebbe l'effetto (di dubbia compatibilità con l'art. 113 Cost.) di cristallizzazione della soglia di anomalia inaudita altera parte.

Passando ora ad esaminare il caso particolare delle gare espletate mediante inversione, va osservato quanto segue.

Innanzitutto, non vi è dubbio che l'art. 95 c. 15 D.lgs. 50/2016 non si applichi nel caso in cui, in sede di controllo successivo sul primo in graduatoria e sugli altri partecipanti a campione, la Stazione Appaltante adotti uno o più provvedimenti di esclusione, in virtù del disposto dell'art. 36 c. 5 quarto periodo.

I problemi interpretativi e applicativi invece sorgono nel momento in cui:

1. si dubiti del possesso dei requisiti di ordine generale e/o economico-finanziari in capo ad un operatore economico diverso da quelli sottoposti a verifica sia carente dei requisiti;

2. si dubiti della legittimità dei provvedimenti di ammissione o di esclusione pronunciati a seguito del controllo successivo.

Per un primo possibile scenario interpretativo, nelle gare espletate mediante inversione non esiste una vera e propria “fase amministrativa di prima ammissione, regolarizzazione o esclusione”, perché il seggio di gara procede immediatamente ad aprire le offerte economiche e la fase amministrativa di controllo non è svolta dal seggio di gara o, comunque, è strutturalmente diversa da quella di esame della documentazione amministrativa in seduta pubblica.

L’art. 95 c. 15 non opererebbe mai e, conseguentemente:

1. qualunque operatore economico potrebbe ricorrere contro l’aggiudicazione in relazione alla contestata ammissione o esclusione di qualunque operatore economico;
2. la Stazione Appaltante potrebbe annullare in autotutela perfino l’aggiudicazione per le stesse ragioni.

Per un secondo possibile scenario interpretativo, la fase amministrativa di prima ammissione invece esiste anche in tali gare perché, per definire il novero dei soggetti di cui verrà aperta ed esaminata l’offerta economica (o l’offerta tecnica, nelle gare da aggiudicarsi mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa), il seggio di gara deve comunque verificare la tempestività e la regolarità della presentazione delle offerte, nonché procedere ad escludere quegli operatori economici che versino in casi particolari (ad es., quelli che abbiano tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale antecedentemente al termine di presentazione delle offerte, in applicazione dell’art. 80 c. 5 lett. “c-bis” d.lgs. 50/2016).

Pertanto:

1. l’art. 95 c. 15 opererebbe fin da subito riguardo gli operatori economici diversi dal primo in graduatoria e da quelli sottoposti a verifica successiva, la cui ammissione o esclusione non sarebbe più contestabile una volta definito il novero dei soggetti di cui verrà aperta ed esaminata l’offerta economica;
2. in virtù della deroga di cui all’art. 36 c. 5 quarto periodo, l’art. 95 c. 15 opererebbe dalla conclusione della fase successiva di verifica riguardo gli operatori economici sottoposti alla stessa, la cui ammissione o esclusione non sarebbe però più contestabile.

Per un terzo possibile scenario interpretativo, bisognerebbe ragionare al di fuori delle strette coordinate semantiche dell'art. 95 c. 15 e **privilegiare il trade-off** delle gare espletate mediante inversione, nelle quali la rinuncia ad esaminare la documentazione amministrativa di tutti i partecipanti è controbilanciata dalla verifica molto pervasiva della veridicità della dichiarazioni sostitutive dell'aggiudicatario e degli operatori economici sottoposti a campione.

Pertanto:

1. per tutti quelli non sottoposti a verifica varrebbe la regola generale dell'art. 95 c. 15 e, quindi, si verificherebbe l'immediata cristallizzazione delle decisioni (generalizzate) di ammissione o (particolari) di esclusione;
2. per quelli sottoposti a verifica, invece, qualsivoglia operatore economico potrebbe impugnare nel termine (ordinario per gli appalti pubblici) di trenta giorni i provvedimenti di ammissione o esclusione pronunciati a seguito della verifica predetta (il termine decadenziale si giustifica in quanto, essendo la graduatoria è già nota, gli operatori economici sono in grado di conoscere se dall'illegittimità di uno o più di tali provvedimenti derivi una modificazione in senso favorevole o sfavorevole della graduatoria).

Il terzo scenario interpretativo pare preferibile, perché evita gli eccessi sia del primo sia del secondo. Il primo, infatti, sembra obliterare radicalmente le esigenze di speditezza connesse all'istituto dell'inversione, mentre il secondo comporta effetti di dubbia compatibilità costituzionale riguardo la notevole compressione del principio di giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive.

6. Conclusioni

Varie, nonché di una certa rilevanza, sono le problematiche interpretative ed applicative nascenti dal nuovo art. 36 c. 5 D.lgs. 50/2016. Né può negarsi che la decisione di avvalersi dell'istituto dell'inversione comporti apprezzabili compressioni di valori e principi che permeano il diritto dei contratti pubblici.

Nonostante ciò, l'innovazione legislativa va salutata positivamente, perché il legislatore è stato ad un tempo coraggioso e prudente.

È stato coraggioso perché ha messo in discussione la sequenza procedimentale nelle gare d'appalto (finora una delle pochissime certezze in un settore attraversato da vorticosi cambiamenti normativi e violenti contrasti giurisprudenziali), svelando le criticità di questo assetto burocratico, che ha spesso indotto le Stazioni Appaltanti, specie in prossimità delle scadenze rilevanti ai fini della permanenza del finanziamento, a rinunciare del tutto all'espletamento delle gare d'appalto (e ad accettare quindi di

perdere il finanziamento), o all'adozione di procedure (come quella negoziata) scarsamente compatibili in via astratta con la libertà di concorrenza.

È stato anche prudente, perché ha configurato l'inversione delle fasi di gara come strumento facoltativo. Nella facoltatività sta tutto il carattere sperimentale di un istituto che, posto a disposizione delle Stazioni Appaltanti, consente alle stesse di calibrare volta per volta la struttura della procedura di affidamento.

Si è visto che, comunque, in buona parte dei casi è preferibile l'espletamento della gara in modalità tradizionale, ma la presenza in sé nell'ordinamento dell'istituto dell'inversione sarebbe comunque positiva anche se fosse limitatissimo il numero dei casi in cui l'inversione apparisse invece necessaria o preferibile.

Le Stazioni Appaltanti hanno ora uno strumento in più: sta a loro usarlo con parsimonia ed attenzione, esaltarne i pregi, evitare che possa comportare effetti devianti.

Nondimeno, se vorrà insistere nella permanenza nell'ordinamento giuridico dell'istituto dell'inversione, il legislatore dovrà, de iure condendo, chiarire diverse questioni, di cui nel corso della trattazione è emersa la complessità e la difficile risolvibilità.

La conversione del decreto legge è un'ottima sede in cui potrà cominciare quest'opera di affinamento, ma il legislatore non dovrà essere lasciato solo: le Stazioni Appaltanti, nonché gli stakeholders, non dovranno esimersi da formulare considerazioni, avanzare proposte, evidenziare criticità, nell'ottica proattiva di miglioramento globale del settore dei contratti pubblici.

Volume consigliato

Note

[1] La lettura della graduatoria (successiva all'esame e all'apertura delle offerte economiche) è un momento logicamente antecedente la pubblicazione della stessa, che avviene infatti quando le risultanze della seduta sono poi pubblicate sul sito della Stazione Appaltante. Nelle procedure telematiche, invece, la lettura della graduatoria corrisponde al momento in cui mediante il software utilizzato si consente a tutti i partecipanti di conoscere l'esito. Nel testo privilegio il momento della lettura graduatoria (o quello corrispondente in caso di procedure telematiche) rispetto a quello della pubblicazione sul sito della Stazione Appaltante perché è già a partire dal primo che gli operatori economici sono in grado di verificare la loro posizione aziendale rispetto alla gara.

[2] Tra il momento in cui viene data lettura del contenuto delle offerte economiche (e viene quindi stilata la graduatoria) e l'aggiudicazione vi è sicuramente la fase eventuale della verifica dell'anomalia (la

verifica dell'anomalia non è infatti obbligatoria nel caso in cui si proceda all'esclusione automatica delle offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia o, comunque, quando nessuna delle offerte supera la soglia di anomalia) e le fasi necessarie della verifica dei requisiti e della valutazione della regolarità degli atti di gara. Ora, se generalmente le fasi necessarie avvengono dopo la proposta di aggiudicazione e la verifica dell'anomalia avviene invece prima, non vi sono norme che impediscono di adottare uno schema procedurale per cui la proposta di aggiudicazione venga anticipata al momento della lettura della graduatoria (con salvezza del potere di valutare successiva la congruità delle offerte ex art. 97 c. 1 D.lgs. 50/2016) o, al contrario, al momento in cui il RUP avrà già compiuto sia la verifica della congruità, sia la verifica dei requisiti.

[3] La graduatoria potrebbe infatti ben essere modificata in ragione ad es. di verifiche negative dei requisiti, di rilevazioni di errori del seggio di gara da parte degli organi di controllo, di rivalutazioni dell'interesse pubblico, o anche dell'accoglimento di ricorsi giurisdizionali.

[4] La sussistenza di un'"obbligazione giuridicamente perfezionata" è richiesta ad es. dall'art. 34 c. 2 L. 196/2009 quale presupposto indefettibile di un impegno di spesa. Il perfezionamento dell'obbligazione, a tali fini, è solitamente individuato nell'atto di approvazione del contratto da parte della Stazione Appaltante: si verifica, pertanto, in un momento logicamente e cronologicamente di molto successivo alla lettura della graduatoria.

[5] Sul punto vanno effettuate due precisazioni. La prima è che, qualora la lettura della graduatoria non coincida con la proposta di aggiudicazione, è poi necessaria una successiva seduta pubblica nella quale detta proposta potrà essere formulata. La seconda è che, nelle gare telematiche, il principio di pubblicità delle sedute non è così stringente come nelle procedure finora svolte in cartaceo: è però buona prassi delle Stazioni Appaltanti svolgere in seduta pubblica (dandone congruo preavviso agli operatori economici) l'apertura e l'esame delle buste contenenti documentazione amministrativa, nonché l'apertura e l'esame delle buste contenenti le offerte economiche (nelle gare ad offerta economicamente più vantaggiosa deve invece svolgersi in seduta pubblica la sola apertura delle buste contenenti le offerte tecniche).

[6] Specie nelle procedure aperte, dominate da un principio di formalità, il seggio di gara è solitamente composto dal Presidente di gara, da due componenti con funzione (almeno) di testimoni e dall'Ufficiale Rogante; le attività devono poi svolgersi in determinati giorni (con congruo preavviso) ed in orari non troppo disagiati. Tali principi di collegialità e di pubblicità possono rallentare, per problematiche pratiche facilmente immaginabili, il corso della gara. L'attività di verifica dei requisiti e di controllo della regolarità della documentazione amministrativa non soggiace a nessuno di tali principi, con la conseguente maggiore potenziale speditezza dei passaggi procedurali.

[7] Si pensi, ad es., al caso degli Enti che, per conto di altri ed in qualità di Centrali di Committenza, svolgano le funzioni ex art. 37 c. 7 lett. a) D.lgs. 50/2016 (ovvero "aggiudicare, stipulare ed eseguire contratti").

[8] La lunghezza di tale fase dipende non solo dal numero degli operatori economici partecipanti, ma anche dalla complessità della gara (negli appalti di lavori la complessità dipende es. essenzialmente dalla quantità e dalla tipologia di categorie richieste), che è statisticamente direttamente correlata al numero di sottoposizioni a soccorso istruttorio, di richieste di chiarimenti e di esclusioni.

[9] V. nota n. 6.

[10] Sia consentito il riferimento a D.Puliatti, La prova della colpevolezza dell'illecito penale quale tipologia di illecito professionale ex art. 80 c. 5 lett. c) D.lgs. 50/2016, in *Diritto & Diritti - Rivista giuridica elettronica*, Aprile 2019.

[11] Sussiste anche la possibilità che la Stazione Appaltante voglia verificare il contenuto delle dichiarazioni sostitutive sin da subito, magari ai sensi dell'art. 71 D.P.R. 445/2000 (fattispecie relativa all'insorgenza dei "fondati dubbi" circa la veridicità delle dichiarazioni). Tale possibilità è però remota, almeno in una gestione fisiologica della procedura negoziata. In linea di massima, gli operatori economici invitati o sono selezionati intuitu personae di volta in volta (la Stazione Appaltante dovrebbe astenersi dall'invitare operatori economici di cui conosce fatti che potrebbero risultare incompatibili con una o più delle dichiarazioni sostitutive richieste) o sono attinti casualmente da un elenco di operatori economici che, generalmente, è soggetto all'obbligo di aggiornamento da parte degli operatori economici che ne fanno parte.

[12] È pur vero che la giurisprudenza amministrativa ritiene che la Stazione Appaltante non possa escludere un operatore economico non invitato per il solo fatto di non essere stato invitato (v. es. Tar L'Aquila n. 397 del 25 ottobre 2018): la Stazione Appaltante, tuttavia, può adottare diverse cautele al fine di evitare un tale effetto, innanzitutto non procedendo alla pubblicazione dell'avviso di indizione di una procedura negoziata.

[13] V. ad es. Tar Lecce n. 1412 del 2 ottobre 2018, con commento redazionale su www.giuridanella.it.

[14] In realtà, anche in tal caso è conoscibile il limite massimo, attraverso un'interrogazione del numero degli operatori economici abilitati alla specifica categoria merceologica: ve ne sono però alcune cui sono abilitati centinaia o addirittura migliaia di imprese, pertanto l'imprevedibilità del numero dei partecipanti sarebbe massima.

[15] Così, in particolare, recita il comma 4 dell'art. 162 D.lgs. 50/2016. "L'affidamento dei contratti di cui al presente articolo avviene previo esperimento di gara informale a cui sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di

segretezza e sicurezza". Per completezza, nell'impianto originario dell'art. 36 si indicava la procedura negoziata quale modalità normale (nella formulazione originaria, fino ad addirittura un milione di euro): l'inciso "salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie" era piuttosto chiaro in tal senso, ma l'opera di trasparenza e di apertura alla concorrenza propugnata dall'ANAC ed accolta positivamente da molte Stazioni Appaltanti hanno (condivisibilmente) relegato la procedura negoziata a strumento minoris generis rispetto a quello, principio, della procedura ordinaria.

[16] È invece estremamente pervasivo il controllo sull'aggiudicatario in relazione ai contratti secretati: per avere un quadro molto efficace, v. <https://www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/per-le-imprese.html>.

[17] L'analisi di tale istituto viene effettuata per completezza, ma lo spazio della sua applicazione è veramente esiguo dopo l'entrata in vigore del D.L. 32/2019, che ha abrogato l'art. 36 c. 2 lett. d), che prevedeva il ricorso alle procedure ordinarie (ovvero alle procedure aperte e ristrette) per i lavori compresi tra un milione di euro e la soglia comunitaria: in luogo di tale lettera, è stata ora inserita la lettera e), che per i lavori compresi tra duecentomila euro e la soglia comunitaria prevede il ricorso alle sole procedure aperte.

[18] L'istituto della procedura ristretta è previsto dall'art. 61 D.lgs. 50/2016, mentre quello della manifestazione di interesse prodromica alla procedura negoziata è stato costruito dalla prassi ed è stato anche riconosciuto dalla giurisprudenza, che ha ritenuto rilevante la fase della manifestazione di interesse al punto da statuire la necessità del possesso dei requisiti sin dal momento in cui si aderisce alla stessa (così, da ultimo, Tar Napoli n. 1431 del 14 marzo 2019, sentenza segnalata su www.giurisprudenzappalti.it).

[19] Ne sono due esempi la dichiarazione di aver effettuato il sopralluogo, oppure l'accettazione di un diverso termine di cui all'113-bis D.lgs. 50/2016.

[20] Si v., in proposito, la recentissima sentenza n. 357 del 13/3/2019 del Consiglio di Stato, proprio in materia di cauzione provvisoria.

[21] La preoccupazione era stata mossa in sede di commento redazionale della bozza - lievemente differente dalla versione finale - del D.L. "Sblocca cantieri" su <http://www.bosettiegatti.eu/>, ora però non più disponibile a seguito dell'entrata in vigore del citato provvedimento.

<https://www.diritto.it/lo-strumento-facoltativo-dell'inversione-delle-fasi-di-gara-introdotta-dal-d-l-32-2019-c-d-sblocca-cantieri/>