

L’istituto dell’inversione procedimentale: semplificazione utile o insidiosa?

di Nannina Spanu

Data di pubblicazione: 16-12-2025

TESI II EDIZIONE MASTER

L’istituto dell’inversione procedimentale costituisce una modalità operativa – alternativa rispetto alla normale sequenzialità delle fasi di esame delle offerte – che permette alle stazioni appaltanti di anteporre la fase di esame delle offerte alla fase di verifica dell’idoneità degli offerenti, con l’obiettivo di garantire semplificazione e speditezza dell’azione amministrativa.

Tale istituto è stato introdotto nell’ordinamento già con il DLgs n. 50/2016 ma il suo ambito di applicazione è rimasto limitato ai soli “settori speciali” sino all’emanazione del cosiddetto Decreto “Sbloccacantieri” (DL n. 32/2019).

Con l’entrata in vigore del DLgs n. 36/2023 l’inversione procedimentale è stata istituzionalizzata e inserita all’art. 107 comma 3.

Un’importante sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III n. 3228 del 11.06.2013 (relativa ad un procedimento di gara in vigenza del DLgs n. 163/2006) fornisce una disamina sull’articolazione sequenziale delle fasi di una procedura di gara:

“Il compito principale della Centrale di committenza è quello di gestire la procedura della gara. Questa si svolge, di norma, in due o tre fasi, a seconda che la selezione delle offerte avvenga con il criterio del prezzo più basso o dell’offerta economicamente più vantaggiosa.”

“...occorre ricordare che, nel caso di selezione delle offerte da svolgersi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (artt. 83 e segg. del Codice dei contratti pubblici), il procedimento di gara si svolge, normalmente, in tre fasi: in due fasi sono necessarie prevalenti competenze amministrative ed in una fase sono necessarie prevalenti competenze tecniche.”

La sentenza di cui sopra fornisce ulteriori importanti indicazioni sulle fasi e operazioni che devono essere sequenzialmente compiute nell’ambito del procedimento di apertura, controllo e valutazione delle diverse buste di cui si compone l’offerta.

Un primo scardinamento di tale rigorosa sequenzialità si ha con l’emanazione della nuova direttiva appalti Direttiva 2014/24/UE (che sostituisce la precedente Direttiva 2004/18/UE da cui discendeva il DLgs n. 163/2003) in cui all’art. 56 paragrafo 2 della Direttiva 2014/24/UE viene sancito:

“Nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l’assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64.”.

Quindi, pur essendo contemplata nella Direttiva 2014/24/UE, tale modalità operativa ha trovato un’effettiva applicazione solo a partire dal 2019 con il Decreto “Sbloccacantieri” – DL n. 32/2019 (successivamente convertito con modifiche con la Legge n. 55/2019) che, modificando il DLgs n. 50/2016, ne ha introdotto la sua applicabilità anche per i settori ordinari.

Tuttavia, anche antecedentemente all’entrata in vigore del DL n. 32/2019 possono ritrovarsi alcuni utili e importanti scardinamenti nell’approccio alla rigida sequenzialità e ne è un esempio la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V n. 6017 del 02.09.2019 (che riforma la sentenza TAR Toscana Firenze Sez. II n. 1391 del 29.10.2018 relativa ad una procedura negoziata da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo (massimo rialzo [\[1\]](#)):

“Come è noto, il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica [...] trae fondamento dall’obiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali e costituisce presidio all’attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa, per garantire il lineare e libero svolgimento dell’iter che si conclude con il giudizio sull’offerta tecnica e l’attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.”.

[...]

Nessun dubbio che sussista, quindi, un preciso *ordine* di apertura delle buste contenenti, nella necessaria forma pluristrutturata, l’offerta (*prima* la busta con la documentazione amministrativa; *quindi* la busta contenente l’offerta tecnica; *infine* la busta contenente l’offerta economica); tuttavia, mentre l’inversione che interessa i profili economici e quelli tecnici altera inesorabilmente la regolarità della procedura, ciò non accade nel caso in cui l’inversione riguardi l’apertura della busta contenente la documentazione amministrativa, che non compromette in modo *sostanziale* i valori in gioco e che (anche alla luce del canone antiformalistico di cui all’art. 21 octies l. n. 241/1990, che preclude di conferire attitudine invalidante a vizi di ordine meramente formale) deve riguardarsi (anche quando prefiguri violazione di una precisa prescrizione capitolare) quale mera irregolarità.”.

La sentenza afferma quindi che il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica (principio tuttora valevole perché posto a presidio dell’imparzialità della pubblica amministrazione) e le relative regole operative trovano applicazione nei soli in casi in cui sussista effettivamente il pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione, il che accade solo laddove concorrono elementi di giudizio a carattere discrezionale, e quindi quando il criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.[\[2\]](#)

Giova evidenziare che le sentenze di cui sopra (TAR e CdS di riforma) scaturiscono da una procedura di gara espletata con il DLgs n. 50/2016 prima delle modifiche operate della Legge n. 55/2019 (legge di conversione del DL n. 32/2019).

Si deve rilevare che il DL n. 32/2019 nella sua formulazione originaria aveva previsto all'art. 1 comma 1 lettera f), numero 4), la sostituzione del comma 5 dell'art. 36 del DLgs n. 50/2016 con il seguente:

“5. 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 ricorrono 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.”.

Inoltre, all'art. 1 comma 1 lettera bb) veniva previsto:

“all'articolo 133, comma 8, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “, indicando nei documenti di gara le modalità della verifica, anche a campione, della documentazione relativa dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione. 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.””.

Il comma 5 dell'art. 36 del DLgs n. 50/2016 è stato poi abrogato dall'art. 1, comma 20, lettera h), della legge n. 55 del 2019) mentre la formulazione del comma 8 dell'art. 133 dopo la conversione risulta essere la seguente:

“Nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice.”^[3].

I motivi di queste due modifiche sono ascrivibili a ragioni differenti: la mancata conversione del comma 5 è da ascriversi all'introduzione dell'utilizzo dell'inversione procedimentale per tutte le procedure di cui all'art. 36 (anche le negoziate) in contrasto con art. 56 paragrafo 2 della Direttiva UE^[4] mentre la modifica nella formulazione dell'art. 133 comma 8 e l'espunzione dal testo di alcune parti potrebbe risiedere nel recepimento dei dubbi esposti da ANAC al momento dell'entrata in vigore del DL n. 32/2019.

Il 20 maggio 2019 (il DL n. 32/2019 è entrato in vigore in data 19.04.2019) l'ANAC aveva

infatti pubblicato un documento avente ad oggetto “decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 recante «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». Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici.” nel quale in merito all’inversione procedimentale aveva esposto le seguenti perplessità:

“Il comma 5 dell’art. 36, avendo posticipato la verifica dell’ammissibilità dei concorrenti a un momento successivo all’esame delle offerte, in coerenza con il delineato sistema, prevede che, nel caso in cui, a seguito della verifica dei requisiti, la platea degli ammessi risulti diversa da quella dei partecipanti, la soglia venga ricalcolata. Tuttavia il ricalcolo della soglia successivo alla verifica postuma dei requisiti, oltre a rappresentare un appesantimento procedurale incompatibile con le finalità acceleratorie e di semplificazione del d.l. n. 32/2019, sembrerebbe aprire margini per manovre in grado di condizionare gli esiti dell’affidamento da parte di operatori economici non utilmente collocati in graduatoria, e soggetti al controllo dei requisiti, che, a seconda della propria condotta in sede di verifica (si pensa alla mancata produzione di documentazione integrativa in sede di soccorso istruttorio), potrebbero influire sugli esiti della gara. Una parziale attenuazione di questo rischio potrebbe essere rappresentata dall’introduzione, in sede di conversione, della previsione del sorteggio in seduta pubblica dei partecipanti diversi dal miglior offerente da sottoporre a controllo, comunque auspicabile, unitamente alla predeterminazione della percentuale minima dei partecipanti da verificare, eventualmente variabile secondo criteri predeterminati in funzione del numero dei partecipanti.

D’altra parte, anche l’opzione di non procedere al ricalcolo della soglia di anomalia e di basarsi sulle offerte di tutti i partecipanti (anche eventualmente esclusi), parrebbe non completamente immune da rischi di manipolazione dell’esito della procedura perché non intercetterebbe il fenomeno della partecipazione di comodo alla gara da parte di soggetti anche privi dei requisiti al solo scopo di condurre la soglia di anomalia, riducendola o aumentandola, verso livelli “graditi” (a terzi).”.

La Banca d’Italia a marzo 2023 ha pubblicato un interessantissimo studio sull’applicazione dell’inversione procedimentale riportato nel n. 750 “Questioni di Economia e Finanza – Il ricorso all’inversione procedimentale nell’affidamento dei contratti pubblici”.

Nell’analisi della Banca d’Italia è stato considerato un campione di riferimento costituito dalle procedure di affidamento di lavori nei settori ordinari gestite dalle Amministrazioni comunali e avviate tra il 1° gennaio 2017 e il 30 giugno 2022 di importo complessivo pari o superiore a 40.000 euro e affidate per mezzo di procedura competitiva aperta.

Le informazioni riguardanti tale campione (circa 14.000 affidamenti di cui circa i tre quarti si sono conclusi (con l’aggiudicazione o esito negativo definitivo) entro il primo semestre del 2022) sono state tratte dai dati aperti messi a disposizione dall’ANAC nell’ambito del progetto Anac Open Data.

Come si evince dallo studio, alcune delle principali informazioni collegate all’evento di aggiudicazione (quali il numero dei partecipanti, la data e il ribasso vincente) erano disponibili

per meno dell'80 per cento delle gare aggiudicate e, quindi, per meno del 60 per cento del campione considerato. I dati Anac, inoltre, non consentivano di individuare per quali procedure si fosse fatto ricorso all'inversione procedimentale (nello studio, cui si rimanda, si specifica che tale informazione è stata estrapolata attraverso l'utilizzo di altri dati).

Fatte le dovute premesse sul grado di informazioni reperibili, il quadro che comunque emerge dallo studio è che l'inversione procedimentale abbia avuto un grande utilizzo consentendo una diminuzione dei tempi di svolgimento delle procedure:

"Il presente lavoro fornisce le prime evidenze sul grado di utilizzo e sui possibili effetti dell'inversione procedimentale in termini di riduzione della durata dei procedimenti.

Utilizzando i dati sugli affidamenti di contratti per lavori pubblici nei settori ordinari gestiti dalle amministrazioni comunali, esso evidenzia che: i) la diffusione dell'inversione procedimentale ha mostrato una dinamica crescente a partire dalla sua introduzione; ii) all'istituto fanno maggiormente ricorso i comuni più grandi e quelli situati al Centro Nord; iii) l'utilizzo dell'inversione procedimentale è tanto più frequente quanto più numerosi sono i soggetti partecipanti; e iv) le procedure di aggiudicazione con inversione procedimentale si caratterizzano per durate sensibilmente più brevi (80 giorni di durata mediana rispetto ai 120 di procedure paragonabili in cui non si è fatto ricorso a tale istituto).

I risultati del lavoro suggeriscono che la stabilizzazione dell'istituto nell'ordinamento interno potrebbe contribuire a ridurre le tempistiche di aggiudicazione e, più in generale, della realizzazione delle opere pubbliche. In questo senso, tali evidenze forniscono una giustificazione empirica anche all'orientamento espresso dal Consiglio di Stato nello Schema preliminare di Codice dei contratti pubblici, che prevede la stabilizzazione dell'istituto.”.

I dati analizzati nel campione della Banca d'Italia sono sicuramente sottostimati in quanto prendono in considerazione solo le procedure aperte delle Amministrazioni Comunali tralasciando quindi tutte le altre tipologie di stazioni appaltanti o soggetti aggiudicatori. [5]

In vigenza del DLgs n. 50/2016 la rapida diffusione dell'utilizzo dell'inversione procedimentale è avvenuto in ragione della possibilità offerta dall'art. 36 del DLgs n. 50/2016 di utilizzare le procedure ordinarie (e quindi anche delle procedure aperte) per gli affidamenti sottosoglia; inoltre quando il criterio di aggiudicazione era quello del minor prezzo – e ricorrevano le condizioni previste dall'art. 97 comma 8 [6] – esso veniva utilizzato in combinazione con l'esclusione automatica delle offerte anomale.

All'atto dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni dettate dal DL n. 32/2019, le stazioni appaltanti hanno cercato di trasporre in modalità operative da inserire nelle lex specialis di gara quanto previsto al comma 8 dell'art. 133, in particolare definendo i) cosa intendesse la norma con l'espressione “verifica dell'idoneità degli offerenti” e ii) come garantire “che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso [...] o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti.”.

Per quanto attiene la prima problematica (i) si segnala la Delibera ANAC n. 588 del 13 dicembre 2022:

“Dal dato letterale della norma si evince che l'inversione procedimentale riguarda esclusivamente la verifica dell'idoneità dei concorrenti, quindi l'accertamento del possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione dichiarati nel DGUE. Il meccanismo in questione non si estende, quindi, alle verifiche che hanno ad oggetto informazioni e documenti diversi da quelli presentati a comprova dei requisiti di partecipazione, quali, ad esempio, il PASSOE, l'identità e la composizione dei concorrenti, il pagamento del contributo in favore dell'Autorità. Pertanto, tali verifiche possono essere svolte preliminarmente rispetto all'esame delle offerte, anche nel caso di ricorso all'inversione procedimentale.”.

Tale delibera è stata emessa dopo 3 anni e mezzo dall'entrata in vigore del DL n. 32/2019, perciò fino ad allora le stazioni appaltanti nell'ambito della loro autonomia organizzativa hanno operato applicando l'inversione procedimentale con apertura diretta delle offerte economiche. Oltretutto è necessario evidenziare che nel 2019 le piattaforme telematiche di negoziazione non erano approntate per l'inversione procedimentale, perciò si doveva comunque procedere con un'apertura “fittizia” delle buste amministrative e convalida delle stesse per permettere lo sblocco delle buste successive.

Per quanto riguarda invece la seconda problematica (ii) molte stazioni appaltanti la interpretavano prevedendo di sottoporre a verifica solo la prima offerta non anomala (o in alcuni casi la prima e la seconda) mentre in altri casi veniva sottoposto a verifica – oltre alla prima offerta non anomala – anche un campione stabilito ex ante ed estratto per sorteggio.

Inoltre, in numerosi casi, pur essendo stata espunta tale previsione dal testo del 133 comma 8 in sede di conversione di decreto, veniva previsto il ricalcolo della soglia anomalia in caso di mancata dimostrazione dei requisiti di partecipazione o carenze nella documentazione a corredo.

La problematica del ricalcolo della soglia di anomalia nel caso di utilizzo dell'inversione procedimentale ha dato origine a numerosi contenziosi che hanno “oscillato” tra ritenere valido il ricalcolo oppure no; pur nella consapevolezza della peculiarità di ciascuna situazione si riporta l'elenco di alcune delle sentenze più significative in merito:

RICALCOLO SI:

- TAR Puglia Lecce, Sez. III n. 27 del 12.01.2021
- TAR Emilia Romagna Bologna, Sez. II n. 983 del 30.11.2021

RICALCOLO NO:

- TAR Sicilia Catania, Sez. I n. 2980 del 12.12.2019
- TAR Piemonte Torino, Sez. II n. 229 del 27.04.2020
- TAR Puglia Bari, Sez. I n. 1631 del 15.12.2020
- TAR Emilia Romagna, Sez. I n. 857 del 28.12.2020 [\[7\]](#)

- TAR Toscana Firenze, Sez. I n. 1753 del 30.12.2020
- TAR Puglia Bari, Sez. I n. 123 del 21.01.2021
- TAR Lombardia Brescia, Sez. I n. 476 del 21.05.2021

Se da un lato l'utilizzo combinato di questi due istituti – inversione procedimentale e esclusione automatica delle offerte anomale – ha portato indiscutibilmente a vantaggi in termini di speditezza delle procedure (come anche evidenziato nello studio di Banca d'Italia) è necessario soffermarsi sui problemi generati dal difficile coordinamento con l'istituto del soccorso istruttorio, e soprattutto con il principio di invarianza della soglia anomalia di cui all'art. 95 comma 15 del DLgs n. 50/2016 e in particolare sull'individuazione del momento (ancora controversa) cui far risalire la cosiddetta cristallizzazione della soglia di anomalia.

Il comma 15 dell'art. 95 del DLgs n. 50/2016 recita:

“Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di 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.”. [\[8\]](#)

Sul principio della cristallizzazione della soglia di anomalia è interessante la lettura della sentenza del Consiglio di Stato Sez. V n. 5319 del 13.06.2024 che ricostruisce la *ratio* che sottende tale disposizione:

“15.3. Come chiarito dalla giurisprudenza nel vigore del previgente codice (ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 20 dicembre 2021 n. 8460) il principio di invarianza opera nel senso della “cristallizzazione delle offerte” e della “immodificabilità della graduatoria” ed integra un'espressa eccezione all'ordinario meccanismo del regresso procedimentale per positiva irrilevanza delle sopravvenienze, obbedendo alla duplice e concorrente finalità:

a) di garantire, per un verso, continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche (cfr. Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683; III, 11 ottobre 2021 n. 6821; 12 luglio 2018, n. 4286; 27 aprile 2018, n. 2579);

b) di impedire, o comunque vanificare, in prospettiva antielusiva, la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria, mossi dall'unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima, traendone vantaggio (cfr. Cons. Stato, Sez V, 2 novembre 2021, n. 7303; III, 11 ottobre 2021 n. 6821; 22 febbraio 2017, n. 841).”.

È utile leggere anche quanto stabilito nella sentenza Consiglio di Stato Sez. V n. 6013 del 02.09.2019, relativa ad un procedimento sorto in vigenza del DLgs n. 50/2016:

“Ciò posto, quanto alla individuazione del momento temporale idoneo a cristallizzare le offerte, la norma è chiara nell’individuarlo nella definizione, in via amministrativa, della fase di ammissione (che, naturalmente, riguarda anche la *non ammissione*, cioè la esclusione), includendovi, peraltro, anche la fase di *regolarizzazione*, che si riferisce alle situazioni in cui sia stato attivato il soccorso istruttorio.

Ne discende che, nella logica della norma, la eventuale fase di regolarizzazione rientra ancora nella fase di ammissione (tanto che l’offerta ammessa al soccorso istruttorio deve ritenersi ammessa “*con riserva*”), di tal che solo modifiche soggettive successive all’esperimento del soccorso istruttorio sono soggette al canone di invarianza.”. [9]

Nelle procedure aperte realizzate senza inversione procedimentale è assolutamente pacifico che il momento della cristallizzazione della soglia debba essere individuata tenendo conto degli esiti derivanti dall’attivazione del soccorso istruttorio. Ma la situazione si complica con l’inversione procedimentale e esclusione automatica come evidenziato nella già citata sentenza Tar Puglia, Bari Sez. I n. 123/2021:

“È controversa, nell’ambito di una procedura aperta condotta con il sistema dell’inversione procedimentale previsto dall’art. 133 comma 8, d.lgs. 50/2016, l’individuazione del momento in cui si produce la c.d. cristallizzazione della soglia di anomalia ai sensi dell’art. 95 comma 15 del d.lgs 50/2016, allorquando si sia verificata l’esclusione di uno dei concorrenti dopo la fase di valutazione delle offerte.”.

La vexata *quaestio* della cristallizzazione della soglia di anomalia è tuttora vigente anche nella riformulazione risultante nell’attuale codice, il DLgs n. 36/2023, ricordando che lo stesso è stato emanato a direttive europee invariate (e pertanto rimane sempre la previsione dell’art. 56 paragrafo 2 della 24/2014/UE.).

L’istituto dell’inversione procedimentale è oggi disciplinato dall’art. 107 DLgs n. 36/2023 “Principi generali in materia di selezione” che al comma 3 prevede:

“Nelle procedure aperte, la stazione appaltante può disporre negli atti di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell’idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Se si avvale di tale possibilità, la stazione appaltante garantisce che la verifica dell’assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente.”.

Dalla Relazione Illustrativa al Codice:

“Il comma 3, invece, è diretto a generalizzare e stabilizzare l’istituto dell’inversione procedimentale, introdotto in coerenza con il criterio della delega della riduzione dei tempi (lett. m). L’istituto è previsto dal par. 2 dell’art. 56 della predetta direttiva ed era già stato introdotto in via sperimentale anche nel settore degli appalti ordinari dall’art. 1, comma 3, del decreto-legge n. 32 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 55 del 2019, (c.d. sblocca cantieri), come estensione della disciplina contenuta nell’art. 133, comma 8, del

decreto legislativo n. 50 del 2016, che la prevede invece nei soli settori speciali. Il perimetro temporale di applicazione della misura era stato esteso fino al 30 giugno 2023 dal decreto-legge n. 77 del 2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 108 del 2021. Nel dettaglio si prevede che nelle procedure aperte, la stazione appaltante può decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se prevista dagli atti di gara e, qualora la stazione appaltante decida di avvalersi di tale possibilità, deve garantire che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente. La previsione, oltre ad essere coerente con il divieto di gold plating, introduce a regime una semplificazione procedimentale, che determina una riduzione dei tempi di durata delle procedure di aggiudicazione e agevola le attività delle stazioni appaltanti. È espressamente prevista in diversi Stati membri (quali Germania e Francia).”.

Il successivo art. 108 comma 12 del DLgs n. 36/2023 stabilisce al comma 12:

“Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell’eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara.”.

Dalla Relazione Illustrativa al Codice:

“Al comma 12, in sostanziale continuità con la regola vigente, si prevede che l’esclusione di uno o più concorrenti dalle procedure, intervenuta anche a seguito di una pronuncia giurisdizionale, successivamente all’aggiudicazione, non rileva ai fini del calcolo delle medie nella procedura né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte eventualmente stabilita dai documenti di gara e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara.”.

Con l’introduzione della proposizione “tenendo anche conto dell’eventuale inversione procedimentale” il legislatore ha cercato di ovviare al problema di cui si dibatteva – e si dibatte ancora – dell’invarianza della soglia di anomalia.

Nelle pagine che seguono si cercherà di esaminare il quadro normativo attuale e valutare, anche alla luce di pareri e pronunce, se sia possibile o meno (e se si con quali rischi e vantaggi) utilizzare l’inversione procedimentale in combinazione con l’esclusione automatica delle offerte anomale.

All’atto dell’operatività del nuovo Codice (1° luglio 2023) è stato previsto l’utilizzo della procedura aperta per appalti sopra soglia comunitaria (art. 71), fatti salvi i casi di carattere transfrontaliero certo e la deroga prevista dall’art. 50 comma 1 lettera d) per i lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e inferiori alla soglia comunitaria con “possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro” in luogo della procedura negoziata senza bando (con consultazione di almeno 10 operatori).

Si ipotizzi di dover procedere all'affidamento di un appalto di lavori da 6 milioni di euro: per tale affidamento deve essere utilizzata una procedura ordinaria; in caso di utilizzo di procedura aperta, a norma dell'art. 107 comma 3, può essere utilizzata l'inversione procedimentale ma non l'esclusione automatica delle offerte anomale che in applicazione dell'art. 54 è utilizzabile solo per i contratti di appalto di lavori o servizi (n.b.: non per le forniture) di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo e nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso.

Quindi in tale ipotesi, operativamente si procede all'apertura delle offerte per la verifica della documentazione a corredo [10]; di seguito si effettua l'apertura delle offerte tecniche e delle offerte economiche (in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) o delle sole offerte economiche (in caso di utilizzo del criterio del minor prezzo (ipotesi limitata ai soli casi non ricadenti nelle fattispecie di cui all'art. 108 comma 2)).

Terminate tali operazioni, viene stilata una graduatoria dei partecipanti e si procede alla verifica delle offerte anormalmente basse a norma dell'art. 110 del Codice; in caso di mancata verifica del possesso dei requisiti della migliore offerta si procede con lo scorrimento della graduatoria già formata andando a verificare la successiva migliore offerta.

In questa fattispecie di procedura di gara non potendosi applicare l'esclusione automatica il problema dell'invarianza della soglia non si pone – o si pone solo in casi marginali.

Si ipotizzi invece un appalto di lavori da 2 milioni di euro per il quale ci si avvalga dell'opzione prevista dall'art. 50 comma 1 lettera d) e quindi si ipotizzi di indire una procedura aperta da aggiudicarsi con il minor prezzo. In questo caso a norma dell'art. 54 del Codice:

“Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Il primo periodo non si applica agli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b). In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.”.

Nell'articolo 54 il legislatore ha utilizzato il verbo “procedono” cioè a dire che trattasi di un obbligo e non di una facoltà per la Stazione Appaltante; tuttavia in merito a questo si segnala che in mancanza della previsione dell'esclusione automatica negli atti di gara non opererebbe l'eterointegrazione del bando; in tal senso TAR Campania Napoli, Sez. IV n. 3001 del 08.05.2024:

“Ad avviso del Collegio, dunque, la mancata previsione negli atti di gara dell'esclusione automatica delle offerte anomale, in uno con la mancata indicazione del metodo per l'individuazione delle stesse, non poteva essere colmata, ovvero sanata *ex post* dalla stazione appaltante...”.

Il TAR Napoli ha quindi ritenuto inattuale con il nuovo Codice l'orientamento formatosi in

vigenza del DLgs n. 50/2016, secondo il quale invece:

“...il meccanismo di esclusione automatica delle offerte – previsto per gli appalti sotto soglia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso – vigeva anche se la legge di gara non lo prevedesse espressamente, in quanto tale norma emergenziale eterointegrava la lex specialis eventualmente carente sul punto; richiama in tal senso varia giurisprudenza, anche di questo Tribunale, tra cui T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VIII, 08/02/2023, n. 905, T.A.R. Sicilia - Palermo n. 265 /2022, T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, 19 febbraio 2021, n. 2104.

L'articolo 54 del d.lgs. n. 36/2023, invece, prevede che, al ricorrere dei requisiti di legge, “le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica”.

Ragion per cui nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici l'esclusione automatica di un'offerta sospetta di anomalia deve essere espressamente prevista nella lex specialis (analogamente a quanto previsto dall'art. 97, comma 8, del d.lgs 50/2016), atteso che l'articolo 54 del d.lgs. 36/2023 derogherebbe esplicitamente all'articolo 110, stesso decreto, dedicato al procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse.”.

L'inversione procedimentale per i contratti sotto soglia è utilizzabile in forza del disposto dell'art. 48 comma 4 del Codice:

“Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice.”.

Nella ipotetica procedura aperta di lavori da 2 milioni di euro, espletata con inversione procedimentale e esclusione automatica, si procede all'apertura delle offerte per il controllo della documentazione a corredo [11]; di seguito si procede all'apertura delle offerte economiche (e alla verifica di regolarità del loro contenuto), si procede con il calcolo della soglia di anomalia (da calcolarsi secondo uno dei metodi previsti nell'Allegato II.2) e si procede ad individuare la migliore offerta non anomala. Di tale offerta viene controllata l'intera documentazione amministrativa e in caso di positiva verifica il RUP procede a formulare proposta di aggiudicazione.

Tuttavia, a quale esito si perverrebbe se in fase di controllo della documentazione a corredo dovessero emergere delle carenze tali da rendere necessaria l'attivazione del soccorso istruttorio? O se tale esigenza si rendesse necessaria per la migliore offerta non anomala individuata?

E in caso di esito infruttuoso del soccorso istruttorio la soglia di anomalia andrebbe ricalcolata o no?

Una procedura aperta analoga a quella descritta (procedura aperta con data di scadenza il 29.11.2023, con base di gara da 2.129.758,06 e criterio di aggiudicazione al minor prezzo) ha dato origine al contentioso il cui esito è contenuto nell'Ordinanza del TAR Campania Napoli, Sez. I n. 3280 del 21.05.2024.

È estremamente importante la citata ordinanza in quanto i giudici del TAR Napoli hanno rimesso alla Corte Costituzionale la legittimità dell'art. 108 comma 12:

"L'operato dell'Ente si mostra conforme al disposto dell'art. 108, comma 12, citato che, fissando nel provvedimento di aggiudicazione il limite ultimo per la modifica della soglia di anomalia, ammette la variazione che intervenga prima di quel momento.

Sennonché, per le motivazioni e nei termini che saranno esposti, il Collegio dubita della legittimità costituzionale dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36."

[...]

"Pertanto, solleva perplessità la modifica della soglia di anomalia che avverrebbe a seguito della successiva esclusione di uno o più concorrenti, all'esito del soccorso istruttorio, quando tutti i valori economici degli offerenti sono noti.

In tale evenienza, è ipotizzabile che si possa calcolare in anticipo quale variazione della soglia si produrrebbe, a seconda del numero dei concorrenti che vengono in seguito definitivamente ammessi e dell'esclusione di altri concorrenti.

Verrebbero in tal modo contraddetti i principi della segretezza delle offerte e, sul piano che più direttamente investe la questione di legittimità costituzionale, i principi di buon andamento (art. 97 Cost.), di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di libertà di iniziativa economica privata (art. 41), come sarà esposto appresso.

La questione è rilevante nel presente giudizio, risultando che il legislatore abbia proposto per una scelta dal chiaro e inequivocabile significato, stabilendo che il momento determinante per il c.d. principio di invarianza, che determina l'immodificabilità della soglia di anomalia, è dato dal provvedimento di aggiudicazione, espressamente disponendo ciò, "tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale".

La Circolare MIT 20 novembre 2023, n. 298 "Procedure per l'affidamento ex art. 50 del d.lgs. n. 36/2023 - Chiarimenti interpretativi in merito alla possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie." ha sancito la possibilità di utilizzo delle procedure ordinarie per i contratti sottosoglia non più limitatamente ai soli casi previsti dall'art. 50 comma 1 lettera d):

"Al contempo, viene fatta salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie.

[...]

In considerazione di quanto esposto, si ribadisce che le disposizioni contenute nell'art. 50 del Codice vanno interpretate ed applicate nel solco dei principi e delle regole della normativa di settore dell'Unione Europea, che in particolare richiama gli Stati membri a prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare procedure aperte o ristrette, come disposto dalla Direttiva 2014/24/UE.".

Anche l'ANAC con il Parere ANAC funzione consultiva n. 13 del 13 marzo 2024 ha affermato:

“...deve ritenersi consentito, in via generale, per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie di cui all'art. 50 del d.lgs. 36/2023 (anche) il ricorso alle procedure ordinarie previste nel Codice, secondo le opportune valutazioni della stazione appaltante in relazione alle caratteristiche del mercato di riferimento, alle peculiarità dell'affidamento e agli interessi pubblici ad esso sottesi.”.

La citata circolare MIT è stata di grande impatto e ha incrementato l'utilizzo delle procedure aperte sottosoglia anche perché ha permesso di ovviare alle problematiche derivanti dal divieto di sorteggio degli operatori da invitare alle procedure negoziate previsto dall'art. 50 comma 2 del Codice [12] e dalla necessità di individuare criteri “oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.” come stabilito dall'art. 2 comma 3 dell'Allegato II.1. [13]

Il maggiore utilizzo delle procedure aperte nel sottosoglia rende sempre più indifferibile un chiarimento in merito all'applicabilità dell'art. 108 comma 12.

Non è superfluo osservare che l'art. 54 del Codice parla di “offerte ammesse” e quindi – oltre ai dubbi già esposti – è necessario porsi la seguente domanda: che significato dare all'espressione “offerte ammesse” in caso di inversione procedimentale?

Come osservato dal TAR Napoli in merito al contrasto con l'art. 97 della Costituzione:

“In questo contesto, stride con i canoni costituzionali del buon andamento e imparzialità la possibilità, concessa alla Pubblica Amministrazione, di operare (quale effetto del comportamento di un concorrente) successive determinazioni della soglia di anomalia, sino all'aggiudicazione.

Il principio del buon andamento esige che l'operato della Pubblica Amministrazione debba essere esente da ogni (ancorché ipotetico) condizionamento e indifferente a una soluzione in luogo di un'altra, che possa anche solo astrattamente farsi dipendere da un fattore esterno rimesso alla volontà o al comportamento del privato.”.

Ed ancora in merito al contrasto con gli artt. 3 e 41 della Costituzione:

“Invero, come si è detto, allorquando venga ricalcolata la soglia di anomalia pur se tutte le offerte economiche sono conosciute, è preventivabile che la soglia finisca con l'essere gioco-forza variata e come essa si modifichi, in conseguenza del comportamento dell'operatore economico, che decida di fornire riscontro o meno alla richiesta di integrazione.

In tal caso, l'effetto è fatto dipendere dalla volontà di un soggetto privato, “arbitro” della sorte della gara e che di fatto dispone del potere di sottrarre all'originario aggiudicatario il bene della vita agognato, favorendone il conseguimento per un altro concorrente.”.

Fatte tali considerazioni è necessario riflettere e porsi un'ulteriore domanda: una procedura

aperta con inversione procedimentale dovrebbe avere un esito differente da quello cui si perverrebbe senza utilizzare l'inversione procedimentale?

A mio avviso non dovrebbe; questo istituto di semplificazione, che può essere uno strumento di grande utilità e importanza nell'ottica delle accelerazioni sulle tempistiche delle procedure, a parità di altre condizioni e "regole" già stabilite nella legge di gara (es. metodo di calcolo della soglia di anomalia) non dovrebbe condizionare l'esito della procedura.

Ed è proprio per la ragione di non alterare gli esiti delle procedure che ritengo perseguitabile – con le dovute cautele e accorgimenti – il ricalcolo della soglia di anomalia, qualora gli esiti di un eventuale soccorso istruttorio determinino esclusioni prima della proposta di aggiudicazione da parte del RUP.

Si condivide quanto affermato dai giudici nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V n. 9381 del 31.10.2022:

"...evitare il ricalcolo della soglia di anomalia mantenendo in gara un concorrente per il quale è nota l'esistenza di una causa di esclusione significa pervenire all'aggiudicazione ad offerente che non ne avrebbe diritto se l'anomalia fosse correttamente calcolata.

2.2.10. Per il chiaro richiamo normativo l'esigenza che l'aggiudicazione avvenga in maniera imparziale e trasparente prevale sull'altra ragione, di celerità nella scelta del contraente, che pure giustifica il ricorso all'inversione procedimentale.”.

Si concorda ovviamente con quanto espresso dai giudici del TAR Napoli sui dubbi di costituzionalità dell'art. 108 comma 12: l'attivazione del soccorso istruttorio a offerte economiche note può determinare un trasferimento del controllo degli esiti della procedura (anche solo potenzialmente) dalla Stazione Appaltante agli operatori economici, in palese violazione delle norme costituzionali.

Tuttavia oggi l'utilizzo delle piattaforme telematiche, oltre che essere un obbligo normativo, facilita in modo rilevante lo svolgimento delle procedure consentendo altresì di garantire l'inviolabilità e l'integrità delle offerte ricevute, come anche chiarito attraverso numerose pronunce; TAR Campania Napoli, Sez. IV n. 1905 del 22.03.2022:

"...la recente giurisprudenza amministrativa ha chiarito: "la modalità telematica di svolgimento della gara, con caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti, consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica. Siffatta modalità di espletamento della procedura di gara è stata ritenuta dalla stessa giurisprudenza idonea a garantire la trasparenza, anche in assenza di seduta pubblica, anche per l'apertura delle offerte tecniche (e di quelle offerte economiche), per la maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti che offre" (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 01/03/2021, n.1700; cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2019, n.8333; Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2018, n.7039; Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2016, n. 4990;

Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; Cons. Stato, V, 29 ottobre 2014, n. 5377)”. ”.

Nelle more della definizione della questione di legittimità rimessa alla Corte Costituzionale ed in assenza di modifiche legislative o ulteriori pronunce giurisprudenziali, l'inversione procedimentale in combinazione con l'esclusione automatica può essere correttamente utilizzata sfruttando l'integrità delle offerte garantita dalle piattaforme di negoziazione: si può pensare ad una procedura aperta con una seduta pubblica limitata al solo momento di rendere noti i ribassi offerti unitamente alla proposta di aggiudicazione.

In questo modo la procedura con inversione procedimentale e esclusione automatica si svolgerebbe nel seguente modo: i) in seduta riservata si procede all'apertura delle offerte per il controllo della documentazione a corredo; ii) di seguito si procede all'apertura delle offerte economiche (e alla verifica di regolarità del loro contenuto), iii) si procede con il calcolo della soglia di anomalia e iv) ad individuare la migliore offerta non anomala, v) si procede al controllo della documentazione della prima e seconda offerta non anomala e qualora necessario vi) si attiva il soccorso istruttorio anche delle altre offerte la cui documentazione del punto i) risulta carente di qualche elemento. Una volta terminati e stabiliti gli esiti del soccorso istruttorio si procede con il calcolo (o ricalcolo) definitivo della soglia di anomalia e in seduta pubblica il RUP procederà a formulare proposta di aggiudicazione a favore della migliore offerta non anomala.

Solo da questo momento si avrà la cristallizzazione della soglia.

Il procedimento descritto non è esente da possibili contenziosi (sebbene nessun procedimento possa mai ritenersi esente da contenziosi!) ma con questo tipo di accorgimenti il controllo degli esiti di gara è sempre “in mano” alla stazione appaltante, garantendo a mio avviso un corretto bilanciamento fra le esigenze di semplificazione e snellimento delle procedure di gara e quelle, imprescindibili, di correttezza dell'azione amministrativa, di trasparenza e di legalità delle procedure.

Nell'attuale quadro normativo l'alternativa a quanto sopra – alternativa maggiormente prudente ma che certamente comporta tempistiche di gara più dilatate – è quella di non utilizzare i due istituti dell'inversione procedimentale e dell'esclusione automatica in combinazione tra loro.

Inoltre – pur essendone consentito l'utilizzo dalla Circolare MIT n. 298 – non è inutile ribadire che la scelta dell'utilizzo di una procedura aperta sottosoglia (in luogo di una procedura negoziata) deve essere oggetto di un'attenta e precisa motivazione da parte del RUP, motivazione che dia conto in termini quanto più approfonditi ed esaustivi possibili del migliore raggiungimento del principio del risultato con il tipo di procedura adottato.

La motivazione di una maggiore speditezza della procedura aperta ottenibile attraverso l'utilizzo combinato dell'inversione procedimentale e dell'esclusione automatica delle offerte anomale potrebbe rivelarsi non corretta proprio per gli eventuali contenziosi derivanti dal quadro normativo descritto.

In merito a ciò giova considerare che i termini di conclusione delle procedure sono stabiliti dall'Allegato I.3, che al comma 2 afferma:

"I termini per la conclusione delle gare condotte secondo il criterio del minor prezzo sono i seguenti:

- a) procedura aperta: cinque mesi;
- b) procedura ristretta: sei mesi;
- c) procedura competitiva con negoziazione: quattro mesi;
- d) procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara: tre mesi.”.

La differenziazione delle tempistiche è effettuata sulla base della tipologia di affidamento e non dell'importo dell'affidamento, ma in caso di utilizzo di procedura aperta sottosoglia (in luogo di una negoziata) è corretto elevare il termine di conclusione da tre a cinque mesi?

Ancorché l'Allegato I.3 parli di tipologia di scelta del contraente e non di soglia di affidamento, si deve propendere – anche nell'ottica del principio del risultato – con l'ipotesi che l'utilizzo di una diversa scelta del contrante non possa dilatare i tempi rispetto a quelli stabiliti per l'importo di affidamento considerato.

Si attendono chiarimenti in merito a questo e anche in merito all'applicabilità dello “stand and still” per le procedure aperte sottosoglia.

In forza degli artt. 18 comma 3 e 55 comma 2 del Codice non si applicano i termini dilatori per i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea; tuttavia sebbene gli articoli citati parlino di soglie e non di tipologia di affidamento, è corretto che non sia previsto lo “stand and still” nel caso di una procedura aperta?

Pur nella consapevolezza che vi siano casi e situazioni in cui il principio del risultato possa essere conseguito con l'utilizzo di una procedura diversa rispetto a quanto stabilito dall'art. 50 del Codice, la scelta di una procedura aperta in luogo di una negoziata – ancorthé permessa dall'attuale evoluzione normativa – deve essere oggetto di un'attenta ponderazione da parte del RUP degli aspetti vantaggiosi e svantaggiosi di entrambe, degli istituti di semplificazione applicabili nonché dei dubbi e delle questioni ancora controverse di cui si è provato a dibattere in queste pagine.

L'inversione procedimentale è indiscutibilmente un istituto giuridico di grande valore ma deve essere utilizzato tenendo a mente il rispetto del principio del risultato con un corretto bilanciamento tra semplificazione della procedura di gara e tutela dell'imparzialità e dei principi di legalità e trasparenza dell'azione amministrativa.

BIBLIOGRAFIA

Consiglio di Stato, Sez. III n. 3228 del 11.06.2013;

Direttiva 2014/24/UE;

Consiglio di Stato, Sez. V n. 6017 del 02.09.2019;

TAR Toscana Firenze Sez. II n. 1391 del 29.10.2021;

CdS, Sez. VII n. 5789 del 1° luglio 2024;

Banca d'Italia n. 750 "Questioni di Economia e Finanza – Il ricorso all'inversione procedimentale nell'affidamento dei contratti pubblici";

Delibera ANAC n. 588 del 13 dicembre 2022;

TAR Puglia Lecce, Sez. III n. 27 del 12.01.2021;

TAR Emilia Romagna Bologna, Sez. II n. 983 del 30.11.2021;

TAR Sicilia Catania, Sez. I n. 2980 del 12.12.2019;

TAR Piemonte Torino, Sez. II n. 229 del 27.04.2020;

TAR Puglia Bari, Sez. I n. 1631 del 15.12.2020;

TAR Emilia Romagna, Sez. I n. 857 del 28.12.2020;

TAR Toscana Firenze, Sez. I n. 1753 del 30.12.2020;

TAR Puglia Bari, Sez. I n. 123 del 21.01.2021;

TAR Lombardia Brescia, Sez. I n. 476 del 21.05.2021;

Consiglio di Stato Sez. V n. 5319 del 13.06.2024;

TAR Campania Napoli, Sez. IV n. 3001 del 08.05.2024;

TAR Campania, Napoli Sez. I n. 3280 del 21.05.2024;

Circolare MIT 20 novembre 2023, n. 298;

Parere ANAC funzione consultiva n. 13 del 13 marzo 2024;

TAR Campania Napoli, Sez. IV n. 1905 del 22.03.2022;

Consiglio di Stato, Sez. V n. 9381 del 31.10.2022;

SITOGRAFIA

<https://www.mediappalti.it/inversione-procedimentale-e-invarianza-della-soglia-di-anomalia/>

<https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2023-0750/index.html>

<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2020&numero=39>

<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com/art/anac-inversione-procedimentale-solo-rendere-piu-spedita-fase-gara-AEWgliVC>

<https://www.mediaconsult.it/il-principio-di-invarianza-della-soglia-di-anomalia-ipotesi-applicativa-nel-caso-della-c-d-inversione-procedimentale-di-cui-allarticolo-133-co-8-del-codice-dei-contratti-nota-a-margine-al/?srsltid=AfmBOormb3eRV-No4YcDBPOrD4KkqDAAGmhUmheM0JvYIXL5tpyUVj6j>

<https://www.altalex.com/documents/2024/06/27/appalti-principio-invarianza-codice-ipotesi-deregabilita>

<https://www.serviziocontrattipubblici.com/Supportogiuridico/Home/QuestionDetail/2320>

<https://www.serviziocontrattipubblici.com/Supportogiuridico/Home/QuestionDetail/2615>

<https://www.giurisprudenzappalti.it/sentenze/nuovo-codice-e-cristallizzazione-della-soglia-automatica-di-anomalia/>

<https://www.appaltiecontratti.it/le-procedure-sotto-soglia-nel-nuovo-codice-e-le-questioni-ancora-aperte/>

[1] Nella sentenza di primo grado viene utilizzata l'espressione "indebita inversione procedimentale".

[2] Interessante segnalare anche quanto contenuto in una recente sentenza del Consiglio di Stato (CdS, Sez. VII n. 5789 del 1° luglio 2024) che evidenzia la necessità di abbandonare approcci esclusivamente formalistici:

"Il principio di segretezza delle offerte, di cui è espressione il divieto di commistione tra offerta economica e offerta tecnica, non va inteso in senso assoluto, dovendosi invero verificare in concreto se vi sia stata commistione tra elementi dell'offerta tecnica ed economica.".

[3] Il termine di applicazione della disposizione prevista dall'articolo 133 comma 8, del DLgs n. 50/2016 anche ai settori ordinari, inizialmente fissato fino al 31.12.2020 è stato poi differito al 30 giugno 2023 ad opera dell'art. 53, comma 1, lettera a), della legge n. 108 del 2021.

[4] In merito all'utilizzo dell'inversione procedimentale per le procedure negoziate si può evidenziare che con sentenza della Corte Costituzionale n. 39 del 06.03.2020 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Toscana 6 agosto 2018, n. 46 (Disposizioni in materia di procedura di gara ed incentivi per funzioni tecniche. Modifiche alla L.R. 38/2007) che aveva previsto l'utilizzo dell'istituto dell'inversione procedimentale anche per la procedure negoziate in quanto in contrasto con l'art. 56

<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2020&numero=39>

[5] Effettuando una ricerca sul portale dati ANAC nei medesimi anni e ricercando le procedure aperte di lavori nei settori ordinari dal 2019 al 2022 per tutte le stazioni appaltanti/enti aggiudicatori (filtri impostati: Anno, Settore Ordinario, Oggetto principale contratto: lavori, tipo scelta contraente: procedura aperta) si arriva al numero di circa 24.700 procedure.

Grafici disponibili al seguente link:

https://drive.google.com/drive/folders/1hT3pjzNfXrUBhl32b_OccArXwbcaujkU?usp=sharing

[6] “Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter.”.

[7] “6. - Tanto premesso, occorre nel caso di specie stabilire: a) se la cristallizzazione del calcolo della soglia di anomalia al momento della fase di ammissione dei concorrenti ricomprenda o meno anche il sub procedimento di soccorso istruttorio; b) se i principi sopra esaminati in tema di invarianza della soglia debbano o meno valere e in quali termini anche in riferimento a gare in cui la stazione appaltante abbia previsto in sede di “lex specialis” l’utilizzo dell’inversione procedimentale, istituto previsto dall’art. 133 c. 8 del vigente Codice appalti al fine di snellimento e semplificazione procedimentale.”

[8] L’art. 1, comma 1, lett. s), n. 4), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, aveva sostituito il comma 15 dell’art. 95 nei seguenti termini:

“15. 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.”.

Tale modifica non venne confermata in sede di conversione del decreto.

[9] La citata sentenza deriva da una procedura del 2018 quindi indetta ante Sbloccacantieri.

[10] Sul significato di cosa si intenda per “verifica dell’idoneità degli offerenti” è intervento il MIT con il parere n. 2615 del 18.07.2024 (non dissimile da quanto indicato nella Delibera ANAC n. 588 del 13 dicembre 2022):

“Relativamente al terzo quesito, vista la norma che permette di anticipare l’apertura delle offerte rispetto alla “verifica dell’idoneità degli offerenti”, si ritiene che con quest’ultimo sintagma debba intendersi, in conformità all’art. 56, par. 2, della direttiva 2014/24/UE, la verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale (94 - 98 del d.lgs. 36/2023) e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti (c.d. requisiti di ordine speciale, artt. 100 e 103 del d.lgs. 36/2023).”.

[11] Si evidenzia che le istruzioni di SardegnaCAT sull'utilizzo dell'inversione procedimentale (disponibili al seguente link:

https://drive.google.com/drive/folders/1hT3pjzNfXrUBhl32b_OccArXwbcaujkU?usp=sharing) prevedono che l'apertura della busta di qualifica venga effettuata solo per consentire lo sblocco e il successivo passaggio alla documentazione tecnica (ove presente) ed economica:

"In caso di apertura delle buste secondo l'istituto dell'inversione procedimentale, si procede all'apertura dell'offerta tecnica - ove presente - ed economica e, solo successivamente, si avvia la valutazione della busta amministrativa del fornitore aggiudicatario.

Una volta scaduti i termini di presentazione delle offerte è possibile avviare la valutazione e, successivamente, congelata la Fase di PreValutazione (ove presente), si procede con l'avvio della Valutazione di Qualifica senza aprire ed entrare nel merito della documentazione amministrativa presentata dai singoli Operatori Economici."

[12] "2. Gli elenchi e le indagini di mercato sono gestiti con le modalità previste nell'allegato II.1. Per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori.".

[13] Si veda anche il **Comunicato del Presidente ANAC 05.06.2024**.