

## Appalti

# Prima l'offerta poi i requisiti: il nuovo codice generalizza «l'inversione procedimentale»

di Stefano Usai

20 Aprile 2023

Dopo il test positivo del decreto Sblocca-cantieri estesa a tutti gli appalti la soluzione prima riservata ai settori speciali

---

Il nuovo Codice introduce, in via generale per gli appalti ordinari e non solo dei settori speciali, la prerogativa della inversione procedimentale ovvero della possibilità di verifica preventiva delle offerte rispetto alla verifica della documentazione prodotta dagli appaltatori. Modifica richiesta da più parti quale misura di semplificazione delle procedure di aggiudicazione ordinarie.

### Il Codice del 2016

Il codice del 2016, con l'articolo 133 contingenta l'applicazione dell'inversione procedimentale prevedendo, con il comma 8, che, in caso di appalto dei settori speciali, «nelle procedure aperte» la stazione appaltante può decidere di esaminare le offerte «prima della verifica dell'idoneità degli offerenti». L'applicazione della norma relativa ai settori speciali è stata estesa anche ai settori ordinari dal comma 3, art. 1 del DL 32/2019 (c.d. sblocca cantieri) con diverse scansioni temporali come si vedrà più avanti. Nel caso in cui, sempre secondo il comma 8 dell'articolo 133 la stazione appaltante abbia previsto «nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara» detta prerogativa, il Rup deve assicurare «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 (...)».

Sotto il profilo temporale la prerogativa del Dl 32/2019 e quindi la possibilità di applicarla, in caso di procedura aperta, anche agli appalti ordinari ha subito una serie di differimenti. Per citare gli ultimi provvedimenti, occorre ricordare che la legge 120/2020 (di conversione del DL 76/2020) consente l'applicazione della prerogativa in parola per gli appalti ordinari fino al 30 giugno 2023 e per gli appalti, finanziati anche solo in parte dal Pnrr/Pnc (ai sensi del comma 4 dell'articolo 14 del Dl 13/2023) si potrà applicare fino al 31 dicembre 2023.

Il nuovo codice (Dlgs 36/2023) disciplina, invece, la fattispecie in parola in modo generale ed ordinario, con delle novità, con l'articolo 107, comma 3.

### La nuova norma

Premesso che la nuova norma (ai sensi dell'articolo 225) troverà applicazione – in caso di procedure ordinarie - solo per gli appalti i cui bandi risultino pubblicati a far data dal 1° luglio 2023 (data di

efficacia, pur non generale, del nuovo impianto normativo) l'articolo 107, comma 3, contiene anche delle conferme.

Più nel dettaglio, la norma prevede che «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». La conferma è che la fattispecie in parola potrà essere utilizzata solo in caso di procedure aperte e che il Rup deve darne preventiva informazione nel bando/avviso venendo a mancare il distinguo tra appalti speciali ed appalti ordinari.

La nuova norma specifica che l'esame/valutazione delle offerte, prima della verifica della documentazione, deve avvenire solo dopo la scadenza del termine per presentare le offerte. Si tratta di inciso che appare superfluo. Rimane ferma l'esigenza di assicurare tutte quelle cautele per una assegnazione imparziale dell'appalto. Non v'è dubbio, infatti, che utilizzare la fattispecie in parola nel caso di appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può porre, al Rup (o al responsabile della fase di affidamento se nominato), delicate implicazioni visto che si viene a conoscenza dell'offerta quali/quantitativamente migliore per la stazione appaltante in un momento anteriore alla verifica sul possesso dei requisiti. È altresì vero che il nuovo codice non conosce la fattispecie dell'aggiudicazione non efficace limitando al massimo, pertanto, le aspettative dell'affidatario (che nasceranno, fisiologicamente, solo una volta verificato positivamente il possesso dei requisiti).

Nella relazione tecnica, a proposito della scelta di generalizzare, quanto a tipo d'appalto, la fattispecie in parola si rimarca che il comma 3 dell'articolo 107 è «diretto a generalizzare e stabilizzare l'istituto dell'inversione procedimentale, introdotto in coerenza con il criterio della delega (legge 78/2022) della riduzione dei tempi (lett. m)». Nel nuovo codice vengono anche regolati – a differenza del codice del 2016 su cui invece è dovuta intervenire la giurisprudenza – i rapporti tra invarianza della soglia dell'anomalia, per sopravvenute decisioni anche giurisdizionali, e l'inversione procedimentale. In questo senso, il comma 12 dell'articolo 108 prevede testualmente, sintetizzando l'approdo giurisprudenziale in materia -, che «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».

