

L'inversione procedimentale e la fase di ammissione dei concorrenti

*** ***_ ***

Il Decreto legge n. 32/2019 c.d. "Sblocca Cantieri" e la legge di conversione n. 55 del 14.06.2019

L'obiettivo del decreto legge n. 32 del 18.04.2019 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*" è stato quello di introdurre significative innovazioni al Codice degli Appalti.

Il decreto è stato denominato "Sblocca cantieri" volendo con ciò esprimere sinteticamente l'intento della novella legislativa, ossia quello di dare impulso e rilancio al settore dei contratti pubblici, nonché alla ricostruzione delle numerose zone colpite da distruttivi eventi sismici.

Le suddette motivazioni sono espressamente riportate nel preambolo del decreto nel quale si legge, fra l'altro, che le disposizioni sono volte:

- i) a favorire la crescita economica ed a dare impulso al sistema produttivo del Paese, mediante l'adozione di misure volte alla semplificazione del quadro normativo ed amministrativo connesso ai pubblici affidamenti concernenti, in particolare, la disciplina dei contratti pubblici;
- ii) ad operare in termini di maggiore semplificazione ed accelerazione per l'affidamento dei contratti pubblici, garantendo l'imparzialità e la trasparenza delle procedure di gara.

In tale ottica, l'articolo 36 comma 5 del Codice degli Appalti nella formulazione prevista dal decreto legge n. 32 del 18.04.2019, con la finalità di incentivare misure di semplificazione ed accelerazione alle procedure di aggiudicazione, aveva **inizialmente** esteso anche ai settori ordinari l'inversione procedimentale delle fasi di gara prevedendo, nel contempo, una disciplina specifica.

La legge n. 55/2019, in vigore dal 18.06.2019, in sede di conversione del decreto ha operato una scelta "selettiva:" rispetto alle 81 proposte di modifiche alle norme di cui al Codice degli Appalti, ne ha introdotte 53, tra le quali alcune previste nel decreto, alcune nuove, mentre altre norme vengono riproposte nella stessa formulazione del Codice, altre vengono momentaneamente sospese, per altre, ancora, è prevista l'applicazione "temporanea."

Tra le modifiche "non adottate" vi è appunto l'Inversione Procedimentale, rispetto alla quale il legislatore ha adottato una scelta di prudente osservazione.

La legge n. 55 non ha convertito l'articolo 36 comma 5, il cui contenuto molto clamore aveva suscitato, ed ha:

- a) disposto all'art. 1 comma 3: "*fino al 31.12.2020 si applica anche ai settori ordinari la norma prevista dall'articolo 133 comma 8, del decreto legislativo 18.04.2016 n. 50 per i settori speciali: tale articolo così dispone: "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”.

- b) aggiunto il comma 6 bis all'articolo 36 del Codice degli Appalti : “*Ai fini dell'ammissione e della permanenza degli operatori elettronici di cui al comma 6, il soggetto responsabile dell'ammissione verifica l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 su un campione significativo di operatori economici*”.

Dalla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 81, comma 2, tale verifica è effettuata attraverso la Banca dati nazionale degli operatori economici di cui all'articolo 81, anche mediante interoperabilità fra sistemi. I soggetti responsabili dell'ammissione possono consentire l'accesso ai propri sistemi agli operatori economici per la consultazione dei dati, certificati e informazioni disponibili mediante la Banca dati di cui all'articolo 81 per la predisposizione della domanda di ammissione e di permanenza ai mercati elettronici.”

- c) aggiunto il comma 6 ter all'articolo 36 del Codice degli Appalti: “*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, ferma restando la verifica del possesso dei requisiti generali effettuata dalla stazione appaltante qualora il soggetto aggiudicatario non rientri tra gli operatori economici verificati a campione ai sensi del comma 6-bis*”

Invece, l'articolo 36, comma 5, del Codice Appalti nella formulazione prevista dal Decreto legge n. 32/19 aveva il seguente tenore letterale:

“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”

In estrema sintesi l'Inversione Procedimentale, istituto di derivazione eurounitaria, già disciplinato dal Codice degli Appalti limitatamente ai settori speciali, può definirsi la facoltà attribuita alle stazioni appaltanti di “anticipare,” in alcune procedure di gara, l'apertura dell'offerta (economica o tecnica a seconda che si tratti di procedura di gara da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo o dell'offerta economicamente più vantaggiosa) rispetto alla fase di verifica della documentazione amministrativa.

Le norme antecedenti che hanno sinora previsto e disciplinato l’Inversione Procedimentale possono riepilogarsi nel modo seguente:

La Direttiva 2014/24/UE, art. 56 paragrafo 2 per i settori ordinari

La Direttiva 2014/25/UE, art. 76 paragrafo 7 per i settori speciali

L’articolo 133 comma 8 del decreto legislativo n. 50/2016

L’articolo 35 bis della legge regionale Toscana n. 38 del 2007 introdotto dalla legge regionale n. 54/2017

Alla luce del comma 8 dell’articolo 133 del Codice degli Appalti e dell’art. 1 comma 3 della legge 55/2019 ad oggi le stazioni appaltanti possono avvalersi dell’Inversione Procedimentale:

- 1) Se è prevista nel bando di gara o nella lettera d’invito, trattandosi di una scelta discrezionale della stazione appaltante;
- 2) Nei settori speciali agli appalti aggiudicati con procedure “aperte;”
- 3) Nei settori ordinari si applicherà, sino al 31.12.2020, la previsione dell’art. 133 comma 8 del Codice degli Appalti, ma, a quali procedure ?

L’art. 36 comma 5, non convertito, si riferiva, stante la formulazione testuale alle procedure “sotto soglia, ad oggi vi è “**solo**” il riferimento contenuto nell’art. 1 comma 3 della legge di conversione, ai “**settori ordinari**” il che porterebbe a ricomprendere, in via teorica, sia le procedure “sotto soglia” che quelle “sopra soglia”; ma il condizionale è d’obbligo trattandosi di previsione “sperimentale” e di applicazione discrezionale.

Oggetto dell’inversione procedimentale

Alla luce del novellato quadro normativo si impone una riflessione, anche alla luce dell’atteggiamento adottato dal legislatore che pare avere recepito le preoccupazioni destinate e formalizzate ad es. dall’ANAC¹ sul contenuto previsto dall’articolo 36 comma 5 del decreto legge

¹ “L’Autorità, nella prospettiva di un’eventuale segnalazione a Governo e Parlamento sulle possibili criticità contenute nel D.L. 32/19, ha istituito un gruppo di lavoro formato da dirigenti e funzionari, a cui ha richiesto di effettuare un primo approfondimento sulle principali novità introdotte dal già citato decreto. Il documento denominato: “*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*” è stato pubblicato a meri fini conoscitivi.

“Sbocca cantieri” ma, nel contempo, non ha voluto “rinunciare” aprioristicamente all’inversione procedimentale, sperimentandone l’applicazione ai settori ordinari.

L’Inversione Procedimentale delle fasi di gara è “logicamente” compatibile con tutte le procedure di gara, ossia sia quelle ristrette che quelle negoziate, sia quelle da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso che con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa?

A tal riguardo, volendo individuare la ratio e, quindi la potenziale operatività, occorre chiedersi, in cosa consiste l’Inversione Procedimentale?

La norma consente alla stazione appaltante di anteporre l’esame delle offerte alla verifica dell’ammissibilità dei concorrenti, ossia alla “**verifica dell’assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione**”

Viene, in buona sostanza, consentito alla stazione appaltante di posticipare l’esame della documentazione contenuta nella c.d. “Busta Amministrativa.”

Rammentato, in via preliminare, che la “Busta Amministrativa” dovrebbe contenere :

- 1) Dichiarazioni di assenza delle cause di esclusioni (art.80); Dichiarazioni di possesso dei requisiti (artt, 84,87,89) in genere riassunti nel DGUE;
- 2) Attestazioni e/o Dichiarazioni su provvedimenti penali, risoluzioni contrattuali, procedure fallimentari, contenzioso tributario e/o previdenziale, ripartizione delle quote o dei requisiti nei raggruppamenti temporanei d’impresa, iscrizioni nel Casellario, Osservatorio, contratti di avalimento;

Nello specifico, in relazione all’art. 36 comma 5 ha affermato: *“Il sistema di aggiudicazione al minor prezzo, così come delineato dal d.lgs n. 50/2016 (art. 95 e 97), presuppone infatti la preliminare identificazione della platea delle offerte ammesse, ad evitare che offerte di soggetti privi dei requisiti contribuiscano a determinare la soglia di anomalia, e la cristallizzazione di tale platea a seguito della fase amministrativa di prima ammissione (art. 95, comma 15), allo scopo di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara. 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 delle 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.”*

3) Garanzia Provvisoria, pagamento contributo A.N.A.C. adesione ai Patti/Protocollo di Legalità, eventuale sopralluogo obbligatorio, contratto di mandato ed impegno a costituire raggruppamenti temporanei d'impresa in caso di aggiudicazione.

Rammentato, inoltre, che la “Busta Economica“ contiene:

- a) l'offerta economica o il prezzo proposto;
- b) le indicazioni previste dall'articolo 95 comma 10 codice degli appalti;

Posto ciò, alla luce di una lettura della norma coordinata con i principi inderogabili in materia di procedure di gara, viene da chiedersi: l'oggetto dell'inversione procedimentale, ossia la posticipazione dell'apertura della Busta Amministrativa ha ad oggetto tutta la documentazione contenuta nella menzionata Busta, ossia quella individuata sub n. 1, n. 2, n. 3?

Nell'attesa della conversione del decreto, e sulla base del contenuto dell'articolo 36 comma 5 nella formulazione prevista dal decreto legge n. 32/19, alcuni commentatori avevano ipotizzato che “*la posticipazione riguarda solo la documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e quelli di idoneità e capacità*” e non adempimenti diversi, quali la garanzia provvisoria, il pagamento del contributo ANAC.” (ossia quelli individuati sub n. 3)

Ad oggi, stante la scarna formulazione della norma, che permette di anticipare l'apertura delle offerte rispetto alla “**verifica dell'idoneità degli offerenti,**” è preferibile astenersi da interpretazioni azzardate, ma, nello stesso tempo, appare logico presumere che stante la natura discrezionale dell'istituto, ogni e qualsivoglia specificazione e/o dettaglio dell'inversione dovrà ragionevolmente essere individuato dalla **stazione appaltante negli atti di gara**, la quale ad esempio, potrebbe anche specificare di suddividere il contenuto della documentazione amministrativa in due buste, richiedendo apposite modalità di riempimento delle stesse: **come vedete, da una semplificazione, nasce una, ancorché piccola, complicazione, è l'eterogenesi dei fini..**

Alla luce dell'articolo 133 comma 8 del Codice degli Appalti e della disposta e transitoria applicazione dello stesso anche ai settori ordinari, possono ipotizzarsi, ferme eventuali specificazioni individuati dalle stazioni appaltanti negli atti di gara, le seguenti fasi nelle procedure di aggiudicazione nelle quali la stazione appaltante si avvale dell'Inversione Procedimentale:

FASE N. 1

La stazione appaltante “apre“ la Busta con l'Offerta Economica:

- ✓ Se mancano sottoscrizioni o non è possibile individuare l'imputazione dell'offerta **economica**, l'offerta è esclusa.
- ✓ Se vi sono imprecisioni che possono essere “sanate” con il soccorso istruttorio ex art. 83 comma 9 decreto legislativo 50/2016 (**ben difficile, in tema di offerta economica...**), si prende in considerazione l'offerta, con riserva di successiva verifica.
- ✓ Si accerta la sussistenza delle indicazioni di cui all'art. 95 comma 10 Codice degli Appalti, (costi della manodopera, oneri aziendali in materia di salute e di sicurezza sui luoghi di lavoro)
- ✓ Si forma la graduatoria e si individua il migliore offerente: a tal riguardo, la norma deve coordinarsi con il riformulato articolo 97 comma 8 del Codice, il quale prevede, nelle procedure da aggiudicarsi con il prezzo più basso, l'esclusione automatica delle offerte “anormalmente basse” quando il

numero delle offerte ammesse è superiore a 10, e nello specifico, la soglia di anomalia viene calcolata ai sensi dell'articolo 97 comma 2 del Codice quando le offerte ammesse sono pari o superiori a 15, oppure, ai sensi dell'art. 97 comma 2 bis del Codice se le offerte ammesse sono inferiori a 15.

All'esito del calcolo della soglia di anomalia, il migliore offerente sarà il concorrente il cui ribasso risulterà inferiore alla soglia individuata, mentre se non vi è esclusione automatica il migliore offerente sarà il concorrente che avrà formulato il massimo ribasso. **Ma di questo aspetto ne tratterà, dopo il mio intervento, l'ing. Fiorini.**

FASE N. 2

La stazione appaltante esamina il DGUE, il rispetto dei criteri di selezione e la documentazione amministrativa accessoria del "migliore offerente," la cui offerta è la migliore inferiore alla soglia di anomalia calcolata, se il numero delle offerte ammesse è superiore a 10 e se la gara non è "di interesse transfrontaliero"; oppure del migliore offerente in senso assoluto, se non è applicata l'esclusione automatica in quanto le offerte ammesse sono inferiori a 10, oppure la gara presenta interesse "transfrontaliero"

L'articolo 36 comma 5 non convertito aveva ipotizzato, unitamente alla verifica della documentazione amministrativa del migliore offerente, anche quella di **un numero di concorrenti predeterminato dal bando di gara o lettera di gara** e con le modalità ivi individuate.

Ad oggi la norma nulla richiede. Quindi, che verifica faranno le stazioni appaltanti?

Si può, ad oggi, supporre che le verifiche della documentazione amministrativa saranno svolte rispetto ai primi due/tre operatori collocati in graduatoria, essendo interesse dell'Amministrazione disporre di più "potenziali aggiudicatari" utili in caso di eventuale subentro **ma, su questo, come detto, molto diranno i singoli bandi di gara.**

La verifica dei requisiti in fase di ammissione e permanenza sul mercato elettronico.

Limitatamente agli operatori economici sui mercati elettronico il nuovo comma 6 bis dell'articolo 36 del Codice degli Appalti prevede una prima semplificazione nella verifica dei requisiti generali di cui all'articolo 80 del Codice, nella fase dell'ammissione e della permanenza degli operatori economici sui mercati elettronici, prevedendosi, anziché la verifica integrale su ciascun operatore economico che intende abilitarsi, la verifica solo su un "*campione significativo*".

La verifica sui requisiti generali nella prima fase di ammissione e permanenza da parte del gestore del mercato elettronico su un "campione significativo" di operatori economici costituisce il presupposto per la semplificazione nella successiva fase di affidamento gestita dalla stazione appaltante che verifica il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnici solo in capo all'aggiudicatario.

Conclusioni

La lettura della norma ad oggi consente di trarre alcune "prime" conclusioni, che dovranno necessariamente armonizzarsi con l'utilizzazione dell'istituto da parte delle stazioni appaltanti.

Se la stazione appaltante si avvale dell'inversione procedimentale, la fase di esame della documentazione amministrativa è ridotta, in quanto non si verifica quella di tutti i concorrenti, con ciò – effettivamente – comprimendo sensibilmente la durata della procedura di aggiudicazione.

La finalità di semplificare e velocizzare la fase della gara è propria delle gare con il criterio del minor prezzo, nelle quali il numero degli offerenti è elevato.

Nelle gare dove, invece, deve esaminarsi il rapporto qualità/prezzo l'esame della documentazione tecnica è la fase più complessa, per cui l'Inversione Procedimentale è logicamente incompatibile con le procedure nelle quali il procedimento di selezione ha una struttura plurifasica (es procedura competitiva con negoziazione, dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione) e nelle procedure di affidamento diretto dove non vi è proprio la gara.

La scelta è rimessa alla stazione appaltante che può predeterminare le regole per arginare i rischi, ad es. può dichiarare di avvalersi dell'inversione procedimentale se il numero delle offerte ammesse sia superiore ad un numero "N" ossia elevato, e predeterminare in maniera puntuale le relative modalità anche delle verifiche (es. sorteggio pubblico).

La mancata conversione dell'articolo 36 comma 5 è stata un'occasione persa per l'Inversione, figlia della semplificazione, che sembrerebbe conciliarsi "immediatamente" solo con i mercati elettronici, oppure, è stata una scelta "prudente" che ha recepito gli allarmi (fra gli altri dell'ANAC, che aveva espresso, come trascritto perplessità sul previsto ricalcolo della soglia di anomalia determinato dai concorrenti estratti, in sede di verifica della documentazione amministrativa) ed ha troncato le innovazioni, temendo l'inasprirsi del contenzioso, o possibili stravolgimenti nelle aggiudicazioni?

La scelta di una fase "provvisoria" e sperimentale lascia molto "spazio operativo" alle stazioni appaltanti, e l'esperienza concreta potrà fornire risposta agli attuali dubbi, **in uno al fiorire di sentenza del giudice amministrativo che è facile prevedere.**