Sentenza n. 532 del 16.01.23 su partecipazione a procedure negoziate

9 Febbraio 2023

Con l'allegata sentenza n. 532 del 16.01.23, la V sezione del Consiglio di Stato ha determinato su una questione annosa che attiene alla possibilità di partecipazione ad una procedura negoziata da parte di raggruppamenti in cui uno solo dei soggetti raggruppati è stato invitato dalla stazione appaltante.
La questione sottoposta al CdS è : se un operatore economico invitato a una procedura negoziata sia legittimato a presentare offerta in raggruppamento temporaneo con altro soggetto non destinatario di invito.
Il Collegio afferma: La risposta è pacificamente affermativa.
Il Collegio giudicante fa una interessante disamina dell'apparato normativo che sovrintende l'istituto della procedura negoziata affermando tra l'altro che "nella procedura negoziata non esiste una fase di prequalifica" e che "le gare, come del resto i provvedimenti amministrativi, sono quelle tipiche. Non esistono gare che non siano definite dal Codice e, prima ancora, dalle Direttive. Nelle procedure negoziate non è prevista una fase di prequalifica che, invece, è prevista per le procedure ristrette.
Uno degli elementi di chiarezza del Codice dei contratti è costituito proprio dalle definizioni. E la definizione di procedura ristretta contenuta nell'art. 3 lett. ttt) del codice è la seguente: "«procedure ristrette», le procedure di affidamento alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente codice".
Da un lato, quindi, una procedura (negoziata) in cui è la stazione appaltante a consultare gli operatori economici da essa stessa scelti, dall'altro, una procedura (ristretta) in cui gli operatori economici chiedono di partecipare e, dopo questa fase, possono presentare offerta.
"Non si rinviene, nel Codice e nelle direttive, alcuna preclusione a che un soggetto invitato a una procedura negoziata presenti un'offerta in raggruppamento temporaneo."
Il Collegio specifica quindi che "Una volta individuato un soggetto all'interno di un elenco di operatori gestito dalla stazione appaltante non esiste alcuna regola che vieti a questo soggetto di cooperare con altri per partecipare alla gara alla quale è stato invitato. Non vi osta la direttiva 24/2014, non vi osta l'art. 48 del Codice dei contratti, e men che meno la disciplina della procedura negoziata che è una procedura semplificata e non aggravata."
Il Collegio interviene poi sul tema del cosidetto principio di rotazione affermando che: "Tale principio, se inteso in modo distorto (come talora accade e come è accaduto in questo caso) finisce per concretizzare una causa di esclusione dalle gare, da un lato non codificata, dall'altro in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza sul quale, occorre ricordare, si fonda tutto il sistema degli appalti."
"Richiamare il principio di rotazione a sostegno della tesi secondo cui un soggetto invitato ad una procedura negoziata non potrebbe associarsi con un altro soggetto, in quanto precedente destinatario di inviti o di affidamenti, non trova alcun riscontro nel Codice, nella direttiva 24/2014 e, non è superfluo precisarlo, nel comune buon senso."
Secondo la Corte "si impedirebbe la formazione di raggruppamenti, di normali cooperazioni tra imprese, per il fatto che una delle imprese in raggruppamento, potrebbe essere stata destinataria di altri affidamenti da parte della Stazione appaltante, dimenticando che, per il solo fatto che l'operatore economico interessato si è presentato in raggruppamento, non può considerarsi l'affidatario uscente dell'appalto, così come inevitabilmente, l'appalto ha un diverso oggetto rispetto al precedente."
Per il Collegio "il raggruppamento tra imprese è una forma di collaborazione che ha natura occasionale e durata limitata nel tempo, finalizzata alla partecipazione alle gare e per la loro

eventuale esecuzione. Il raggruppamento temporaneo per la sua naturale funzione ampliativa della platea di soggetti economici minori che, pro quota, si mettono nelle condizioni di competere con le imprese di più grosse dimensioni, favorisce la concorrenza e rende le prestazioni più vantaggiose, tramite il meccanismo di frazionamento dell'incidenza economica dell'offerta e la riduzione del rischio di impresa. Impedire la formazione spontanea di raggruppamenti invocando l'applicazione del principio di rotazione è una violazione frontale del principio del favor partecipationis oltreché una messa in discussione della stessa natura e ammissibilità del raggruppamento che, come noto, non possiede, certo, un'autonoma soggettività, giacché ciascuna delle imprese che vi prendono parte mantiene la propria individualità personale; dal raggruppamento deriva comunque un soggetto nuovo, caratterizzato da unitarietà di tipo organizzativo e funzionale, pur senza alcun riconoscimento di personalità giuridica."
In conclusione secondo quanto sentenziato dal Consiglio di Stato sez. V non è violazione della norma la partecipazione in forma aggregata di un soggetto invitato e non lo è neanche se nel costituendo raggruppamento sia ricompresa una impresa già aggiudicataria di altra procedura negoziata bandita dalla stessa stazione appaltante.

Allegati

CDS_Sentenza_532-16_01_2023_Partecipazione_a_procedure_negoziate
Apri