

## Appalti

# Procedure negoziate, l'impresa esclusa per la rotazione può partecipare (e vincere) in team con un soggetto invitato

di Roberto Mangani

16 Febbraio 2023

Per il Consiglio di Stato non c'è identità tra il raggruppamento e il singolo operatore

Nell'ambito di una procedura negoziata senza pubblicità un operatore economico invitato individualmente dall'ente appaltante può presentare offerta in raggruppamento temporaneo con altro soggetto non invitato. Nè vale invocare il principio di rotazione per negare tale possibilità, in relazione al fatto che l'operatore non invitato e successivamente associato in raggruppamento era l'affidatario del precedente contratto, per cui nei suoi confronti sarebbe in linea generale vietato l'invito alla procedura di affidamento del contratto successivo. Ciò in quanto il richiamo al principio di rotazione risulta totalmente inconferente in relazione al caso in esame, anche in considerazione del fatto che non vi è identità soggettiva tra il concorrente che partecipa alla gara (il raggruppamento temporaneo) e il precedente affidatario del contratto (che è un componente di detto raggruppamento).

Si è espresso in questo senso il [Consiglio di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2023, n. 532](#), con una pronuncia che trova il suo interesse, al di là della soluzione del caso specifico, nell'affermazione di alcuni principi di ordine più generale sui caratteri propri della procedura negoziata, il cui ruolo sta diventando sempre più significativo nell'ordinamento dei contratti pubblici, specie con riferimento all'affidamento dei contratti sottosoglia.

### Il fatto

Un'Autorità portuale aveva indetto una procedura negoziata senza preventiva pubblicazione di un bando – ai sensi del decreto Semplificazioni – per l'affidamento dei lavori di manutenzione dei fondali. I soggetti invitati erano stati individuati mediante un sorteggio automatico nell'ambito dell'albo dei fornitori istituito dall'ente appaltante. Uno dei soggetti invitati presentava offerta in raggruppamento temporaneo, costituito con altro operatore non invitato. Un concorrente alla procedura ha proposto ricorso davanti al giudice amministrativo ritenendo illegittima questa modalità di partecipazione alla gara, in relazione alla presenza nella compagine del raggruppamento di un soggetto che non era stato precedentemente invitato.

Il Tar Puglia ha accolto il ricorso. Il giudice amministrativo di primo grado ha infatti fatto propria l'interpretazione prospettata dal ricorrente secondo cui anche nelle procedure negoziate la possibilità che il soggetto invitato possa presentare offerta in raggruppamento con altri operatori è limitata

all'ipotesi in cui questi ultimi siano stati anch'essi invitati. Interpretazione accolta da parte della giurisprudenza - anche se in maniera non univoca - con riferimento alle procedure ristrette. Il Tar Puglia ha inoltre ritenuto che nel caso di specie fosse stato violato il principio di rotazione. La sentenza è stata oggetto di appello davanti al Consiglio di Stato.

### **Il raggruppamento temporaneo nelle procedure negoziate**

Il Consiglio di Stato delinea con chiarezza la questione su cui verte la controversia. Si tratta di stabilire se un operatore economico invitato singolarmente a una procedura negoziata possa presentare offerta in raggruppamento costituito con altro operatore non precedentemente invitato. Secondo il giudice di secondo grado la risposta non può che essere positiva, con conseguente riforma della sentenza di primo grado. Per giungere a questa conclusione il Consiglio di Stato prende le mosse dalla definizione di procedura negoziata, contenuta all'articolo 3 del Dlgs 50/2016. In base ad essa «le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto».

La stessa definizione rende evidente che vi è una selezione degli operatori - al di là del tema di come tale selezione viene operata - e una successiva negoziazione con gli stessi. Il tutto, secondo la definizione richiamata, in un contesto scevro da qualunque formalismo tipizzato, e nel solo rispetto dei principi generali della contrattualistica pubblica. Come risulta chiaramente anche dalla definizione riportata, nella procedura negoziata non vi è una fase di prequalifica, diversamente da quanto accade nella procedura ristretta. Ciò in quanto nella procedura negoziata è l'ente appaltante che consulta gli operatori che ha scelto, senza quindi che questi ultimi debbano preventivamente dimostrare il possesso dei requisiti richiesti. Il fatto che per effettuare la scelta l'ente appaltante ricorra - anche in base alle indicazioni contenute nelle Linee guida dell'Anac - ad indagini di mercato o a elenchi di fiducia, non muta la natura e i caratteri propri della procedura negoziata. Questa fase antecedente agli inviti non è classificabile in termini di prequalifica e non fa parte della procedura di gara in senso proprio.

In questo quadro di riferimento, non vi è alcuna disposizione normativa che precluda la possibilità a un soggetto invitato individualmente di presentare offerta in raggruppamento temporaneo. Né la direttiva Ue 24/2014 né l'articolo 48 del D.lgs. 50/2016 contengono divieti in questo senso ed anzi, al contrario, esprimono un favore di carattere generalizzato alla cooperazione tra imprese ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Il Consiglio di Stato si limita a evidenziare che non vi è la preclusione sopra indicata in termini generali, senza entrare nel dettaglio dello specifico caso in cui il raggruppamento è stato costituito da un soggetto invitato con altro operatore non invitato. Ma che non vi siano criticità anche in relazione ai soggetti non invitati è il naturale risultato del richiamo precedente ai caratteri propri della procedura negoziata. Se infatti tale procedura si caratterizza per la mancanza di una fase di prequalifica, perde di significato la circostanza che il soggetto sia ricompreso o meno tra i soggetti invitati dalla stazione appaltante a

presentare offerta, cosicché anche l'operatore non invitato può legittimamente partecipare al raggruppamento che presenta l'offerta.

### **Il principio di rotazione**

Risolta in termini netti la prima questione, il Consiglio di Stato passa alla seconda argomentazione posta alla base della pronuncia di primo grado. In base a tale argomentazione il concorrente invitato singolarmente non avrebbe potuto presentare offerta in veste di raggruppamento temporaneo in cui vi era un operatore che risultava il precedente affidatario del contratto, in quanto ciò violerebbe il principio di rotazione. Nell'affrontare la questione il Consiglio di Stato opera una premessa che appare di particolare rilievo ai fini di un corretto inquadramento, in termini generali, del principio di rotazione. Viene infatti affermato che quest'ultimo, se inteso in maniera distorta, finisce per concretizzare una causa di esclusione dalla gara che da un lato non è codificata in alcuna norma e dall'altro appare in contrasto con il principio di tutela della concorrenza e di massima partecipazione alle gare. Che è esattamente ciò che avverrebbe nel caso di specie accogliendo l'interpretazione estensiva che di tale principio ha inteso dare il giudice di primo grado.

Al riguardo il Consiglio di Stato ricorda che il principio di rotazione non è una novità assoluta del Dlgs 50, poiché lo stesso era già presente nella normativa precedente (Dlgs 163/2006), con specifico riferimento proprio agli inviti da effettuare nell'ambito della procedura negoziata e agli affidamenti di prestazioni in economia. Tuttavia diverso è il valore attribuito a tale principio nella disciplina previgente e in quella attuale. Nella prima il principio di rotazione non aveva un valore cogente, nel senso che la sua mancata applicazione non comportava l'illegittimità della gara svolta qualora la stessa avesse portato all'aggiudicazione anche a favore del precedente aggiudicatario, a condizione che tale gara avesse comunque rispettato i principi di trasparenza e parità di trattamento e, in particolare, sulla scelta della migliore offerta non avesse inciso la pregressa esperienza specifica maturata dal precedente (e nuovo) affidatario.

Questa impostazione risulta significativamente modificata nel Dlgs 50 e – soprattutto – nell'interpretazione che del principio di rotazione è stata offerta prima dall'Anac e poi dalla giurisprudenza prevalente. Tale principio è infatti diventato molto più stringente, al punto tale che la sua non integrale applicazione viene spesso considerata una causa di illegittimità della procedura di gara. Ciò detto, la ratio del principio di rotazione in sede di inviti è facilmente comprensibile: evitare che la stazione appaltante inviti sempre gli stessi soggetti restringendo o addirittura annullando la concorrenza. Tuttavia estendere tale principio a un'ipotesi come quella del caso in esame, per cui non potrebbe presentare offerta un raggruppamento in cui l'operatore originariamente invitato abbia aggregato il precedente affidatario, non trova alcun fondamento nella normativa vigente e – come detto – porta a un'applicazione distorta del principio stesso.

Occorre infatti considerare che il raggruppamento di imprese è soggetto che – pur non essendo dotato di autonoma personalità giuridica – è totalmente distinto dai singoli componenti, per cui è del tutto improprio operare un'identificazione soggettiva tra raggruppamento che presenta l'offerta e

precedente affidatario. Con la logica conseguenza che tale ultima qualifica in capo a un componente del raggruppamento non può portare all'applicazione del principio di rotazione nei confronti del raggruppamento stesso, se non attraverso una lettura distorta di tale principio.

### **I caratteri della procedura negoziata**

La procedura negoziata ha assunto un ruolo sempre maggiore nell'ordinamento dei contratti pubblici, specie con riferimento agli affidamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria. Per tali affidamenti è divenuta infatti una procedura di comune utilizzo a seguito dei decreti Semplificazione. Situazione destinata a consolidarsi in base alle previsioni contenute nello schema del nuovo Codice dei contratti.

Diventano quindi molto significative alcune affermazioni operate nella pronuncia del Consiglio di Stato. Viene ribadito che si tratta di una procedura scevra da particolari formalità, in cui manca una fase di prequalifica e coerentemente la scelta dei soggetti da invitare è connotata da un'ampia discrezionalità. I vincoli introdotti nella fase di scelta non trovano riscontro nelle norme, ma solo nelle indicazioni contenute nelle Linee guida dell'Anac e nell'interpretazione giurisprudenziale. La definizione stessa della procedura negoziata, in cui si specifica che l'ente appaltante negozia le condizioni dell'appalto con uno o più soggetti dallo stesso prescelti, offre evidenza di questa circostanza.

Ovviamente la selezione dei soggetti da invitare deve avvenire nel rispetto dei principi generali. E sotto quest'ultimo profilo, si ripropone un elemento di criticità relativo alla difficoltà di conciliare la natura della procedura negoziata senza bando con l'obbligo di pubblicità, venendosi a configurare nell'ambito dello svolgimento della procedura due elementi contraddittori tra loro.

---

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

Il Sole  
**24 ORE**