

APPALTI: Tribunale Amministrativo della Campania - Salerno, Sezione Prima, sentenza 11 giugno 2024, n. 1267 in Guida al Diritto, n. 26/2024, pag. 96: *“In linea con la visione codicistica valorizzato l’accesso al mercato”* di D. Ponte

1. Appalti – Appalti pubblici – Procedura di gara – Cooptazione – Possibilità e limiti – Ragioni.

2. Appalti – Appalti pubblici – Procedura di gara – Cooptazione – Possibilità da parte di ogni concorrente.

1. In sede di gara d’appalto, l’istituto della cooptazione consente al concorrente, in via eccezionale e derogatoria, di indicare come esecutrice dei lavori, nel limite del 20 per cento dell’importo complessivo dell’affidamento, un’impresa priva dei requisiti di qualificazione prescritti dalla lex specialis ma in possesso di una qualificazione corrispondente, se non alla categoria, all’importo dei lavori ad essa riservati; l’impresa cooptata non è quindi tenuta a dimostrare il possesso degli specifici requisiti di qualificazione richiesti dal bando o dalla lettera d’invito (che devono essere invece posseduti dall’impresa o dalle imprese concorrenti), purché qualificata in altra o altre categorie per una ammontare complessivo almeno pari alla propria quota di lavori. Si tratta di una forma speciale di cooperazione nell’esecuzione dell’appalto, che ha l’obiettivo di offrire alle imprese non totalmente prive di qualificazione, in quanto già qualificate in relazione a categorie diverse e per importi complessivamente utili, l’opportunità di maturare i requisiti necessari a conseguire l’attestazione SOA per ulteriori categorie di lavori.

2. Stante la ratio sottesa, va ammesso il ricorso alla cooptazione anche da parte dei consorzi stabili e da parte di ogni concorrente, quale che sia la forma di partecipazione prescelta.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Avellino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2024 il dott. Raffaele Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato con il 28 marzo 2024 e depositato il 3 aprile 2024, il Consorzio stabile ricorrente impugna l’esclusione dalla procedura negoziata per l’affidamento dei “lavori per ricostruzione delle spallette laterali e muri di contenimento vallone in prossimità dell'ex macello comunale su via Roma (Strada Statale 374)”, indetta dalla SUA Provincia di Avellino con lettera di invito del 2 febbraio 2024, avente ad oggetto opere relative alla categoria OG8, classifica VIII, di importo complessivo pari a euro 266.108,36 (al netto dell’Iva) e da aggiudicare sulla base del criterio del prezzo più basso.

L'appalto è finanziato con fondi PNRR Missione 2 – Componente 4 - investimento 2.1.b. “Misure per la gestione del rischio di alluvione e per la riduzione del rischio idrogeologico”, di cui è Amministrazione centrale titolare il Dipartimento della Protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

2. Nell'ambito della procedura, il ricorrente ha cooptato, ai sensi dell'art. 68, comma 12, del d.lgs. n. 36/2023, altra impresa, qualificata per la categoria OG1, classifica II, per l'esecuzione del 20 per cento della prestazione.

L'Amministrazione ha invece escluso il concorrente, evidenziando che il ricorso alla cooptazione è consentito solo ai consorzi ordinari e ai raggruppamenti temporanei di imprese e che la cooptata, a cui era stata affidata l'esecuzione di lavori di importo inferiore a euro 150.000,00, non aveva in ogni caso reso la dichiarazione circa il possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, comma 1, dell'allegato II.12 al d.lgs. n. 36/2023.

3. Il ricorrente deduce:

- l'applicabilità anche ai consorzi stabili della disposizione di cui all'art. 68, comma 12, del d.lgs. n. 36/2023 in materia di cooptazione, in quanto forma di cooperazione all'esecuzione che consente alle imprese minori di operare nel mercato delle commesse pubbliche e di maturare capacità tecniche in categorie di lavori diverse da quelle per le quali già risultano qualificate. L'impresa cooptata pertanto non è tenuta a dimostrare il possesso dei requisiti speciali previsti ai fini della partecipazione, fermo restando il possesso da parte della stessa di qualificazioni di importo complessivo almeno pari all'importo dei lavori che dovrà eseguire;

- la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione in quanto il provvedimento espulsivo è stato disposto “nei confronti di un operatore economico pienamente in possesso di tutti i requisiti previsti dalla *lex specialis*, e che tra l'altro ha anche formulato l'offerta migliore per la Committente, avendo offerto un ribasso economicamente più vantaggioso in quanto migliorativo rispetto a quello offerto dal controinteressato e unico altro partecipante alla gara, Appalti Generali s.r.l.”.

4. Si è costituita la Provincia di Avellino, eccependo l'inammissibilità dell'impugnazione per errore nell'individuazione dell'indirizzo pec di notifica del ricorso, risultando il corretto indirizzo dell'Amministrazione dai pubblici registri; argomenta inoltre per l'infondatezza del ricorso, facendo leva sulla identità monosoggettiva del consorzio stabile, che ne impedisce l'equiparazione ai consorzi ordinari e ai raggruppamenti temporanei.

5. Con ordinanza n. 142/2024, è stata disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'Amministrazione centrale titolare dell'intervento, in quanto parte necessaria del giudizio ai sensi

dell'art. 12 *bis*, comma 4, del D.L. 68/2022, convertito con modificazioni dalla Legge n. 108/2022, sospendendo nelle more gli effetti del provvedimento impugnato.

6. A seguito della integrazione del contraddittorio, effettuata dal ricorrente nei termini di notifica e deposito previsti, alla camera di consiglio del 5 giugno 2024, la causa è stata trattenuta per essere decisa con sentenza breve, previo avviso alle parti.

7. Preliminarmente, deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità avanzata dalla Provincia di Avellino, in quanto il vizio derivante dall'erronea individuazione dell'indirizzo PEC a cui destinare la notifica del ricorso risulta comunque sanato dalla costituzione dell'Amministrazione (cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 4 luglio 2018, n. 17533, punto 9.1.1, nonché TAR Campania – Napoli, Sez. I, 19 aprile 2024, n. 2618).

8. Nel merito, il ricorso è fondato e va accolto.

L'art. 68, comma 12, del d.lgs. n. 36/2023 prevede che “se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati”.

L'art. 30, comma 4, dell'allegato II.12 al medesimo decreto prevede che “se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie e importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno a essa affidati”.

L'istituto della cooptazione consente al concorrente, in via eccezionale e derogatoria, di indicare come esecutrice dei lavori, nel limite del 20 per cento dell'importo complessivo dell'affidamento, un'impresa priva dei requisiti di qualificazione prescritti dalla *lex specialis* ma in possesso di una qualificazione corrispondente, se non alla categoria, all'importo dei lavori ad essa riservati; l'impresa cooptata non è quindi tenuta a dimostrare il possesso degli specifici requisiti di qualificazione richiesti dal bando o dalla lettera di invito (che devono essere invece posseduti dall'impresa o dalle imprese concorrenti), purché qualificata in altra o altre categorie per un ammontare complessivo almeno pari alla propria quota di lavori.

La cooptazione, quindi, abilita un operatore economico, privo dei prescritti requisiti di qualificazione, alla sola esecuzione dei lavori e nei limiti del 20 per cento del relativo importo, in deroga alla disciplina vigente in materia di qualificazione SOA, con la conseguenza che il soggetto cooptato non

può acquistare lo status di concorrente né alcuna quota di partecipazione all'appalto; non può rivestire la posizione di offerente, prima, e di contraente, poi; non può prestare garanzie, al pari di un concorrente o di un contraente; non può, in alcun modo, subappaltare o affidare a terzi una quota dei lavori da eseguire (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 23 gennaio 2024, n. 742; Consiglio di Stato, Sez. V, 23 novembre 2018, n. 6636; Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2017, n. 3036).

Si tratta di una forma speciale di cooperazione nell'esecuzione dell'appalto, che ha l'obiettivo di offrire a imprese non totalmente prive di qualificazione, in quanto già qualificate in relazione a categorie diverse e per importi complessivamente utili, l'opportunità di maturare i requisiti necessari a conseguire l'attestazione SOA per ulteriori categorie di lavori.

La cooptazione può essere letta, nell'ambito del nuovo d.lgs. n. 36/2023, alla luce del principio dell'accesso al mercato di cui all'art. 3 del medesimo decreto, che secondo il successivo art. 4 costituisce altresì criterio di interpretazione e di applicazione delle disposizioni del Codice.

Infatti la cooptazione consente di coinvolgere, non nella partecipazione alla procedura ma nella successiva esecuzione del contratto, imprese che, già operanti nel settore dei lavori pubblici, intendano ampliare l'ambito categoriale della propria qualificazione e accedere a sotto-settori di mercato diversi, accrescendone così il grado di concorrenzialità.

Ciò senza pregiudicare l'esecuzione del contratto, che è e resta affidata alle responsabilità esclusiva del concorrente cooptante, senza alcuna responsabilità della cooptata nei confronti della Stazione appaltante.

È evidente quindi che la *ratio* della cooptazione è, puramente e semplicemente, quella del *favor* per l'ampliamento del novero delle imprese operanti nel segmento di mercato di riferimento, a vantaggio degli operatori economici (che, tramite la cooptazione, hanno la possibilità di acquisire quella qualificazione aggiuntiva che ne consentirà poi la partecipazione, in forma individuale o collettiva ma in ogni caso diretta, a un maggior numero di procedure) e delle Stazioni appaltanti (che potranno disporre di un più ampio ventaglio di concorrenti nelle future procedure), tuttavia in una prospettiva di primo accesso mediante il supporto di un operatore economico già munito di adeguata qualificazione e che assume la responsabilità della corretta esecuzione, realizzando così un corretto bilanciamento tra il principio del risultato e il principio dell'accesso al mercato.

Una interpretazione delle disposizioni di cui all'art. 68, comma 12, del d.lgs. n. 36/2023 e all'art. 30 dell'allegato II.12 al medesimo decreto guidata da tale *ratio* e da tale principio consente di evidenziare che non vi sono ragioni per limitare il ricorso alla cooptazione unicamente ai consorzi ordinari e ai raggruppamenti temporanei di imprese e che sussistono invece più solidi motivi per ammettere il ricorso alla cooptazione anche da parte dei consorzi stabili e da parte di ogni concorrente, quale che sia la forma di partecipazione prescelta.

Qualora l'ambito di applicazione delle citate disposizioni fosse limitato ai concorrenti che rivestono determinate forme di partecipazione, risulterebbe irragionevolmente circoscritta l'opportunità di maturare ulteriore qualificazione e altrettanto irragionevolmente compresso l'effetto espansivo del mercato e delle sue opportunità, con risultato peraltro discriminatorio e sproporzionato; discriminatorio in quanto volto a distinguere irragionevolmente imprese poste nella medesima condizione (ovvero già qualificate ma interessate ad acquisire qualificazione in ulteriori categorie) unicamente in ragione della natura del concorrente cooptante; sproporzionato in quanto idoneo a precludere l'accesso alla qualificazione per una diversa categoria e quindi a un diverso sotto-settore di mercato, in totale assenza di ragioni di tutela della posizione della Stazione appaltante in termini di corretta esecuzione del contratto.

Risulta inoltre dirimente la lettera delle disposizioni riferite alla cooptazione.

Infatti, sia l'art. 68, comma 12, del d.lgs. n. 36/2023 sia l'art. 30 dell'allegato II.12 al medesimo decreto consentono la cooptazione al "concorrente singolo" o ai "concorrenti che intendono riunirsi in raggruppamento temporaneo"; possono pertanto ricorrere a tale istituto non solo i raggruppamenti temporanei o, come suggerirebbe la collocazione sistematica dell'art. 68, i consorzi ordinari ma anche il "singolo concorrente".

Con il riferimento al "singolo concorrente" il d.lgs. n. 36/2023, al pari della previgente disciplina che recava analoghe disposizioni, non intende indicare il "concorrente singolo" ovvero l'operatore economico che partecipa in forma individuale, ma il concorrente che partecipa in una qualsiasi altra forma diversa dal raggruppamento temporaneo, non specificata infatti nell'ambito della medesima disposizione.

A ciò si aggiunga che l'art. 68 fa costante ed esplicito riferimento, nei singoli commi, ai raggruppamenti e ai consorzi, limitando pertanto in maniera chiara il relativo campo di applicazione, a differenza della più generica formulazione letterale del comma 12, che conferma così il più ampio ambito di riferimento dell'istituto della cooptazione.

Occorre infine precisare che, se la ragion d'essere dell'art. 68, comma 12, è quella di favorire una maggiore presenza di operatori qualificati nei singoli segmenti del mercato dei lavori, si deve ritenere allora che la norma sia focalizzata sull'operatore economico cooptato e sulla sua esigenza di ampliamento delle categorie di qualificazione; di conseguenza, risulta indifferente la natura monosoggettiva o plurisoggettiva del concorrente cooptante, in quanto estranea al meccanismo articolato dal legislatore in relazione all'obiettivo e non incidente sulla realizzazione dello stesso.

9. Inoltre, come evidenziato dal ricorrente, l'impresa cooptata non era tenuta a dimostrare la sussistenza dei requisiti previsti ai fini della partecipazione ma solo di quelli riferibili, per ammontare,

all'esecuzione della parte di lavori ad essa assegnata (quota di importo sicuramente inferiore a euro 150.000,00).

La cooptata, tuttavia, è pienamente in possesso di tali requisiti, disponendo di attestazione SOA per la categoria OG1, classifica II, che risulta idonea a consentire l'esecuzione della quota dell'affidamento ad essa riservata, in considerazione dell'importo dei lavori che la classifica II abilita ad eseguire (lavori fino a euro 516.000,00).

Occorre inoltre considerare che l'art. 28, comma 2, dell'allegato II.12 al d.lgs. n. 36/2023 prevede che "nel caso di operatori economici già in possesso dell'attestazione SOA relativa ai lavori da eseguire, non è richiesta ulteriore dimostrazione circa il possesso dei requisiti"; la norma deve essere interpretata nel senso che l'attestazione SOA qualifica l'impresa anche ai fini dell'esecuzione di lavori di importo inferiore a euro 150.000,00.

Risulta di conseguenza smentita l'argomentazione addotta dall'Amministrazione circa la necessità della dimostrazione del possesso degli specifici requisiti previsti dall'art. 28 dell'allegato II.12 al d.lgs. n. 36/2023 ai fini dell'esecuzione di lavori di importo pari inferiore a euro 150.000, risultando a tal fine sufficiente l'attestazione SOA già posseduta dalla cooptata.

10. In conclusione, il ricorso è fondato e va accolto, con conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione del ricorrente dalla procedura.

L'assoluta novità delle questioni trattate, su cui non si rinvencono specifici precedenti giurisprudenziali, consente di disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario

Raffaele Esposito, Referendario, Estensore