

Avvalimento e cooptazione

Scritto da Fabrizio Laudani
Mercoledì 07 Settembre 2011 16:08 -

N. 636/2011 Reg. Prov. Coll. N. 447 Reg. Ric. ANNO 2011 REPUBBLICA ITALIANA IN
NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 447 del 2011, proposto da:

R.T.I. Z. L. e P. S.a.s., rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iofrida, con domicilio eletto presso Domenico Iofrida, Avv. in Reggio Calabria, via prol.to Aschenez, trav. Amendola n. 15;

contro

Provincia di Reggio Calabria, Suap - Stazione Unica Appaltante Provinciale - di Reggio Calabria, rappresentati e difesi dall'avv. Angela Simona Borrello, con domicilio eletto presso la sede della Provincia in Reggio Calabria, via S. Anna Il Tronco Spirito Santo;

per l'annullamento

del provvedimento della Provincia di Reggio Calabria - Stazione Unica Appaltante, comunicato con nota Prot. N. 209460 del 30.05.2011 con il quale è stata disposta in fase preliminare l'esclusione del costituendo Raggruppamento d'Imprese Z.-P. dalla Gara di Appalto per la progettazione esecutiva, previa acquisizione della progettazione definitiva in sede di offerta ed esecuzione "chiavi in mano" di un istituto scolastico da destinare a sede del nuovo Istituto Professionale di Stato per l'Industria e l'Artigianato nel Comune di Locri" - Imp. euro 3.354.000,00 - nonché di tutti gli atti propedeutici, connessi e conseguenti a quello indicato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Reggio Calabria e di Suap - Stazione Unica Appaltante Provinciale - di Reggio Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2011 il dott. Giulio Veltri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

I - La Provincia di Reggio Calabria bandiva una gara per l'affidamento di "appalto di

Avvalimento e cooptazione

Scritto da Fabrizio Laudani

Mercoledì 07 Settembre 2011 16:08 -

progettazione esecutiva, previa acquisizione della progettazione definitiva in sede di offerta ed esecuzione "chiavi in mano" di un istituto scolastico da destinare a sede del nuovo Istituto Professionale di Stato per l'Industria e l'Artigianato nel Comune di Locri - Imp. euro 3.354.000,00".

Partecipava alla selezione il costituendo R.T.I. con mandataria capogruppo l'impresa Z. L. per una quota del 60%, e mandante la P. S.a.s. per il 40%. Per la progettazione, lo stesso R.T.I. indicava un raggruppamento temporaneo di professionisti costituito dalla P. S.r.l. e dalla S. S.r.l.

Il bando prevedeva opere prevalenti di categoria OG1 Classe IV ed opere scorporabili di categoria OG11 Classe III. In relazione alla necessaria qualificazione, la mandataria capogruppo - impresa Z. L. - in possesso di SOA OG1 Classe II - dichiarava di volersi avvalere per la classe IV dei requisiti tecnici dell'impresa Cittadini S.r.l. (in possesso della classe V), e la P., anch'essa in possesso di SOA per la Categoria OG 1 Classe II, dichiarava di avvalersi per la categoria scorporabile OG11 dei requisiti dell'impresa GI. (in possesso di qualificazione per la classe III).

La mandante infine si impegnava a far eseguire parte delle opere scorporabili (20%) di cui alla Categoria OG 11 alla capogruppo impresa Z. L.; ciò asseritamente ai sensi dell'art. 95 comma 4 DPR 554/99 (cd cooptazione).

Proprio in relazione a tale ultima dichiarazione, la Stazione Appaltante, in fase di valutazione dell'ammissibilità delle offerte, escludeva quella dell'RTI ricorrente, in proposito sostenendo che la previsione di cui all'art. 95 comma 4 del DPR 554/99 potrebbe applicarsi solo ad imprese terze e non a quelle costituenti il raggruppamento.

L'esclusione è impugnata per i seguenti motivi: Eccesso di potere - Violazione di legge ex art. 95 comma 4 DPR 554/99 - art. 37 D.Lvo 163/2006. L'impegno a cooptare, nei limiti previsti dalla legge e dal Bando, altro soggetto non potrebbe in nessun caso condurre alla esclusione dalla Gara, non aggiungendo - l'impresa cooptata - alcun requisito alla RTI o all'impresa offerente, già in possesso di tutti i requisiti tecnici necessari. In tali casi potrebbe al più giustificarsi un'estensione in via analogica della normativa sul subappalto, con conseguente possibilità di denegare l'autorizzazione senza pregiudizio per la validità dell'offerta del partecipante alla gara. In ogni caso il divieto di cooptazione "interna" violerebbe la

lex specialis

della gara, violerebbe la normativa comunitaria ed il principio di concorrenza e di

favor participationis

che l'ispira, violerebbe infine l'art. 37 del codice dei contratti il quale prevede che le imprese riunite, nel caso di lavori, siano ammesse se gli imprenditori partecipanti abbiano i requisiti tecnici indicati nel regolamento (qualificazione per l'intero importo).

La stazione unica appaltante, ritualmente costituitasi, eccepisce in via preliminare l'inammissibilità del gravame per mancata notifica del preavviso di ricorso giurisdizionale di cui all'art. 243 bis del codice dei contratti; nel merito valorizza la ratio dell'art. 95 comma 4 del DPR 554/99, da individuare nella possibilità data ad imprese di piccole dimensioni di partecipare a procedure concorsuali alle quali diversamente non avrebbero mai accesso, grazie alla

Avvalimento e cooptazione

Scritto da Fabrizio Laudani

Mercoledì 07 Settembre 2011 16:08 -

cooptazione da parte di grosse imprese o di raggruppamenti già in possesso di tutti i requisiti tecnici. Ratio che risulterebbe tradita se la cooptazione avvenisse non in favore di imprese ulteriori ma di imprese appartenenti allo stesso raggruppamento che partecipa alla gara.

Il - Il ricorso è fondato nei termini di cui appresso.

Deve essere preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità formulata in relazione all'omessa comunicazione del preavviso di ricorso. Essa, come chiarito dal tenore dell'art. 243 bis del codice dei contratti pubblici, costituisce "comportamento valutabile, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile" ma non integra certo una condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria.

Venendo al merito della vicenda contenziosa, in sede di offerta, la mandante, P. sas, in possesso dei requisiti di qualificazione per le opere scorporabili di cui alla categoria OG 11 grazie all'avvalimento di requisiti tecnici forniti da altra impresa, si è impegnata a far eseguire il 20% delle stesse all'impresa Z. L., mandataria capogruppo; ciò ai sensi dell'art. 95 comma 4 DPR 554/99.

La stazione appaltante ha ritenuto non ammissibile la cooptazione, in tali termini formulata, poiché "il comma 4 dell'art. 95 del DPR 554/99, nel disciplinare l'istituto della cooptazione, fa riferimento alla possibilità per le imprese che intendono riunirsi in associazione e che siano in possesso dei requisiti prescritti, di associare "altre imprese" qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti dal bando. L'impresa Z. L., già indicata come capogruppo del costituendo raggruppamento, non può - secondo l'amministrazione - in alcun modo essere considerata "altra impresa", ossia impresa terza, soggetto fisico e giuridico diverso dai partecipanti al raggruppamento.

La norma, più volte richiamata, è inserita nelle disposizioni relative ai requisiti delle imprese singole e riunite, e consente che "se l'impresa singola o le imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono associare 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"

Siffatta possibilità, descritta efficacemente come "associazione per cooptazione", già contemplata dall'art. 23, comma 6, d.lg. 19 dicembre 1991 n. 406, ed oggi disciplinata nei medesimi termini anche dal nuovo regolamento generale d'esecuzione, di cui al D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, è stata originariamente concepita allo scopo di far entrare nel sistema degli appalti pubblici, anche le imprese di modeste dimensioni che altrimenti non avrebbero potuto parteciparvi per mancanza dei requisiti prescritti per costituire un'A.T.I. ordinaria.

All'epoca della sua introduzione, l'ordinamento non contemplava altri strumenti per agevolare la partecipazione di imprese prive dei requisiti, non risultando ancora disciplinata né diversamente ammessa, la possibilità per le stesse di fare affidamento sul supporto finanziario, tecnico ed organizzativo di imprese non partecipanti alla gara semplicemente comprovandone la

Avvalimento e cooptazione

Scritto da Fabrizio Laudani

Mercoledì 07 Settembre 2011 16:08 -

disponibilità. In un contesto normativo in cui lo strumento del raggruppamento temporaneo richiedeva comunque la sussistenza di requisiti minimi, la cooptazione era quindi l'unica possibilità a disposizione delle piccole imprese per ottenere accesso agli appalti pubblici e sviluppare professionalità e competenza successivamente spendibili.

Oggi, l'accesso agli appalti pubblici esso deve essere ormai visto anche nel quadro degli ulteriori strumenti che consentono l'ampliamento della platea dei concorrenti, tra cui, in primis, la possibilità di fare affidamento, ai fini della partecipazione alle gare, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei relativi legami (Cfr. art. 48 Direttiva 31/03/2004 n. 18 04/18/CE), e ciò attraverso l'istituto dell'avvalimento se del caso anche dell'attestazione SOA di altro soggetto (cfr. art. 49 codice dei contratti).

L'avvalimento è un istituto di carattere generale che ha come finalità precipua quella di consentire la massima partecipazione possibile alle gare ad evidenza pubblica, permettendo alle imprese non in possesso dei requisiti di sommare, per la gara in espletamento, le proprie capacità tecniche ed economico-finanziarie, con quelle di altre imprese. La giurisprudenza, anche comunitaria, ha ormai chiarito che si tratta di un istituto di carattere generale e di portata applicativa indifferenziata, che trova applicazione, generalizzata, anche se non espressamente richiamato dal bando (da ultimo Consiglio Stato, sez. VI, 29/12/2010, n. 9576), nell'ottica di assicurare la partecipazione alla gara del maggior numero possibile di concorrenti.

Rispetto all'avvalimento, la cooptazione si distingue, quindi, perché 1) è meccanismo finalizzato all'associazione e non all'instaurazione di meri legami collaborativi; 2) presuppone l'iniziativa delle imprese cooptanti, che in sede di partecipazione alla gara devono individuare gli associati per cooptazione (nel caso dell'avvalimento è invece l'impresa ausiliata a partecipare alla gara; 3) non incide sul regime della qualificazione necessaria per la partecipazione alla procedura concorsuale ed anzi presuppone che l'impresa o il gruppo delle imprese cooptanti la possiedano per tutte le categorie e per l'intero importo dei lavori messi a gara (laddove invece l'avvalimento è funzionale proprio a raggiungere i requisiti tecnici necessari per partecipare alla gara); 4) consente all'impresa cooptata di eseguire le lavorazioni nei limiti del 20% dell'importo complessivo dell'appalto, sempre che sussistano per tali importi le prescritte qualificazioni (nell'avvalimento l'impresa ausiliaria rimane invece estranea all'appalto, limitandosi a mettere a disposizione i requisiti, salvo che sia successivamente coinvolta quale subappaltatrice).

Le differenze tra i due istituti sono così profonde da giustificare una netta separazione logico giuridica, sia pur nell'ambito comune della collaborazione fra imprese ai fini dell'assunzione ed esecuzione di appalti pubblici: l'avvalimento è in sintesi istituto finalizzato a legittimare la collaborazione ai fini dell'accrescimento del potenziale tecnico finanziario della partecipante, la cooptazione è istituto finalizzato a consentire l'associazione di imprese prive dei requisiti, sempre che il potenziale tecnico finanziario della partecipante sia assicurato.

Volendo procedere ad un accostamento, la cooptazione appare nei suoi tratti sostanziali, molto più vicina al subappalto - anche in questo caso la qualificazione del concorrente è fattore presupposto ed anche in questo caso è consentita la partecipazione (non all'associazione ma) all'esecuzione dei lavori di imprese che non hanno i requisiti per assumere in proprio l'intero appalto - differenziandosene solo per la natura e le caratteristiche del vincolo che lega le

Avvalimento e cooptazione

Scritto da Fabrizio Laudani

Mercoledì 07 Settembre 2011 16:08 -

imprese: contratto associativo atipico con conferimento di mandato con rappresentanza collettivo ed

in rem propriam

nell'un caso, mero contratto di sub appalto nell'altro. In entrambi i casi non v'è una deroga al regime della qualificazione ai fini dell'esecuzione, poiché è prescritto che, sia l'impresa subappaltatrice che quella cooptata debbano essere in possesso delle qualificazioni necessarie per le lavorazioni concretamente affidate.

Così ricostruito, per quanto qui rileva, il quadro degli istituti dedicati alla collaborazione fra imprese ai fini dell'assunzione od esecuzione di appalti pubblici, occorre sciogliere gli interrogativi iniziali sollecitati dal ricorrente, ossia se sia o meno possibile la cooptazione, nei limiti del 20% dei lavori complessivi, di impresa già associata (cd cooptazione interna) e quale sia l'effetto, ai fini della gara, di una cooptazione non consentita.

In ordine al primo quesito, depongono per la soluzione negativa due elementi: 1) il dato testuale secondo cui "Se l'impresa singola o le imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando...". La locuzione "altre imprese", riferita all'associazione temporanea che ha i requisiti, sembra alludere ad imprese diverse ed ulteriori; 2) il dato funzionale in quanto, se la ratio della norma è quella di consentire l'associazione di imprese, altrimenti non possibile, in esecuzione di politiche generali ispirate al

favor participationis

, la cooptazione "interna" non appare strumento coerente, risolvendosi in una diversa distribuzione delle lavorazioni fra le imprese già associate, in violazione del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione. Sotto questo profilo, non appare condivisibile la tesi della ricorrente, sostenuta anche in sede di discussione, secondo la quale alla cooptazione interna non sarebbero estranei elementi di concorrenzialità, sub specie di accrescimento della capacità tecnica ai fini della qualificazione, delle imprese già associate. Piuttosto, questo sembra un elemento che prova le potenzialità elusive di un'interpretazione di tal fatta essendo noto che l'impresa aggiudicataria (e quindi anche l'impresa cooptata) acquisisce "meriti" tecnici ai fini della qualificazione per il sol fatto di essere aggiudicataria anche se poi, nel concreto, subappalta le lavorazioni. L'effetto finale che ne deriva è - sul versante soggettivo - il depotenziamento dell'effetto edivivo della norma e - su quello oggettivo - l'utilizzo di quest'ultima per lo sviluppo di esperienza tecnica ulteriore da parte di imprese che comunque avevano già le "carte" per associarsi in via ordinaria.

Gli argomenti sono sufficienti ad escludere la percorribilità di una cooptazione meramente interna. Resta da vedere se la sola previsione di una cooptazione interna sia elemento sufficiente, in assenza di un'espressa comminatoria della

lex specialis

di gara, a determinare l'esclusione.

In proposito torna utile la ricostruzione sopra compiuta, potendosi agevolmente constatare che a differenza dell'avvalimento, la cooptazione non interferisce sulla qualificazione necessaria alla partecipazione alla gara, proponendosi, l'impresa cooptata, quale esecutrice di quota parte di

Avvalimento e cooptazione

Scritto da Fabrizio Laudani

Mercoledì 07 Settembre 2011 16:08 -

lavori per i quali sussiste già, nel complesso, la qualificazione delle associate in via ordinaria (o delle imprese che si impegnano ad associarsi in via ordinaria) in caso di aggiudicazione.

Similmente al subappalto, invece, la cooptazione si risolve nell'introduzione di altro soggetto, ultroneo rispetto alle astratte capacità tecniche possedute dal raggruppamento, di per sé sole sufficienti. Ciò sembra fornire valido supporto per il richiamo del principio, anche di recente affermato dalla giurisprudenza, secondo il quale, "l'incompleta o erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio della facoltà di subappalto è suscettibile di comportare l'esclusione dello stesso dalla gara nel solo caso in cui questi risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, determinando negli altri casi effetti unicamente in fase esecutiva, sotto il profilo dell'impossibilità di ricorrere al subappalto come dichiarato, il che è conclusione anche coerente con il principio di tassatività delle ipotesi di esclusione, tenuto conto che di solito le prescrizioni relative alla dichiarazione sul subappalto non risultano assistite dalla comminatoria di esclusione dalla gara" (Cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 30/10/2009, n. 6708).

Le peculiarità del caso di specie, valgono a tacitare le obiezioni (valide in astratto per la cooptazione "esterna") circa l'innegabile presenza del soggetto illegittimamente cooptato nell'ambito della composizione soggettiva del costituendo raggruppamento che partecipa alla gara, atteggiandosi la dichiarata cooptazione interna quale mero subappalto o quale diversa distribuzione delle quote di lavoro rispetto a quella profilata dalle quote di partecipazione al raggruppamento.

Anche la condizione da ultimo menzionata (diversa distribuzione delle quote di lavoro rispetto alle quote di partecipazione al raggruppamento) non può condurre ad esclusione. E' pur vero che per principio giurisprudenziale sufficientemente pacifico la quota di effettiva partecipazione al raggruppamento e la quota di lavori, nonché il vincolo di corrispondenza che le lega, devono essere stabilite e manifestate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara, costituendo ambedue le relative dichiarazioni, requisiti di ammissione alla gara e non contenuto di obbligazione da far valere in sede di esecuzione del contratto (Cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 27/11/2010, n. 8253) Tuttavia, nel caso di specie, la non corrispondenza è l'effetto del ricorso non consentito ad una cooptazione interna, la cui elisione, in forza di quanto osservato, ristabilisce l'equilibrio non lasciando residuare problemi di copertura qualificatoria delle prestazioni assunte dagli associati in via ordinaria. Del resto, sanzionare con l'esclusione una simile fattispecie - come detto recuperabile attraverso il divieto di ricorso alla dichiarata cooptazione - violerebbe non solo il principio di tassatività delle ipotesi di esclusione ma anche e soprattutto quello di proporzionalità della sanzione rispetto alla violazione, non essendo revocabile in dubbio che, trattandosi com'anzidetto di questioni che non minano la qualificazione o l'affidabilità del contraente, le stesse possano essere meglio affrontate attraverso misure correttive e conservative. Ciò appare tra l'altro coerente con la natura della procedura concorsuale di cui si discute, la quale prevede l'acquisizione, in sede di gara, della progettazione definitiva e, dunque, il sostenimento di sforzi progettuali il cui esito appare vantaggioso per l'amministrazione verificare, in assenza di espresse sanzioni espulsive previste dal bando.

In conclusione, la sola dichiarazione di cooptazione interna non è sufficiente a giustificare, nel

Avvalimento e cooptazione

Scritto da Fabrizio Laudani

Mercoledì 07 Settembre 2011 16:08 -

caso di specie, l'esclusione, potendo, la questione, essere valutata ed eventualmente sanata in fase successiva. Ciò, salva, ovviamente, ogni valutazione ulteriore dell'amministrazione, sia in ordine ai rimanenti requisiti di partecipazione dell'ATI ricorrente che a quelli rilevanti nel prosieguo della gara.

Avuto riguardo alla peculiarità della controversia ed alla complessità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, nei modi di cui in motivazione, facendo espressamente salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione.

Spese compensate.

Il pagamento del contributo unificato è posto a carico dell'Amministrazione resistente.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Ettore Leotta

L'ESTENSORE

Giulio Veltri

IL CONSIGLIERE

Giuseppe Caruso

Depositata in Segreteria il 2 agosto 2011

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)