

La cooptazione nel sistema degli appalti pubblici:

qualche spunto critico di riflessione

A cura di SALVATORE DETTORI

Sommario: 1. Premessa. 2. La posizione dell'ANAC e della giurisprudenza. 3. Prime ipotesi di risoluzione del conflitto: l'argomento letterale. 4. L'argomento sistematico. 5. L'argomento finalistico.

1. Premessa.

L'istituto della cooptazione è disciplinato dall'art. 92, comma 5, del DPR 207/2010, ove è previsto 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 venti 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”*.

La finalità della norma in esame appare pertanto chiara: essa vuole permettere che imprese minori siano associate a imprese maggiori sì che le prime possano in questo modo maturare capacità tecniche ulteriori a quelle già possedute, rimanendo salvo l'interesse della stazione appaltante alla corretta esecuzione dell'appalto¹. Si tratta dunque di un istituto volto innanzitutto a favorire la massima partecipazione alla gare d'appalto e, nella stessa direzione, posto dunque a tutela e salvaguardia delle realtà imprenditoriali minori.

¹ Delibera ANAC n. 228 del 1 marzo 2017, ove si osserva che in ragione del perseguimento di tale finalità *“il legislatore impone precise condizioni per il legittimo ricorso all'istituto de quo: (i) le imprese singole o associate, che assumono la veste di concorrente, devono di per sé già possedere i requisiti richiesti dalla lex specialis; (ii) l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute dall'impresa cooptata deve essere almeno pari all'importo dei lavori da affidare alla medesima; (iii) tali lavori non possono superare il 20% dell'importo complessivo”*; nel medesimo senso, Cons. Giust. Amm. Sic., 08 febbraio 2017, n. 37.

Va peraltro fin da subito evidenziato che la cooptazione è applicabile anche a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 50/2016, in virtù di quanto previsto dall'art. 216, comma 14, del D.Lgs. 50/2016. Tale applicazione continua peraltro ad evidenziare una serie di problematiche significative, prima fra tutte quella relativa allo stesso inquadramento dell'istituto, quale fattispecie autonoma di partecipazione all'evidenza pubblica ovvero quale fattispecie (speciale) ricompresa nel *genus* più ampio dell'associazione temporanea di imprese. In buona sostanza, ci si chiede se la cooptata sia o meno un concorrente nelle procedure di gara. È peraltro evidente che accogliere l'una piuttosto che l'altra soluzione determina conseguenze assai rilevanti in termini sia di verifica del possesso dei requisiti in capo al concorrente, sia di responsabilità dello stesso nell'esecuzione della prestazione oggetto di affidamento. In poche parole, si discute della portata del coinvolgimento della cooptata nell'impegno assunto dinanzi alla stazione appaltante prima in sede di offerta e successivamente in sede di esecuzione contrattuale.

Tale questione sarà oggetto del prosieguo della riflessione, anche in ragione del fatto che in ordine all'accennata problematica si registrano indirizzi giurisprudenziali che presentano profili evidentemente critici.

2. La posizione dell'ANAC e della giurisprudenza.

Muovo la riflessione da quanto di recente osservato dall'ANAC sull'istituto e segnatamente sulla questione in precedenza esposta².

L'Autorità afferma in particolare che l'istituto della cooptazione ha carattere eccezionale e derogatorio, non essendo richiesto alle imprese cooptate di possedere tutti i requisiti di qualificazione richiesti ai concorrenti. Ed infatti *“l'impresa cooptata può eseguire i lavori, ma non assume lo status di concorrente; essa, di conseguenza, non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto e, quindi, non deve (e, in realtà, neppure può) dichiarare la propria quota di partecipazione al raggruppamento temporaneo”*³. A sostegno di tale posizione, nella medesima delibera in esame, l'Autorità osserva come in tal senso militi anche l'orientamento prevalente della giurisprudenza, secondo cui *“il soggetto cooptato non acquista lo status di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, non riveste la posizione di offerente*

² Delibera ANAC n. 228 del 1 marzo 2017, peraltro richiamata nella nota precedente.

³ Sul punto l'ANAC richiama la propria precedente determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, punto 7.1.1.

(prima) e contraente (dopo) e non presta garanzie; infine non può né subappaltare, né comunque affidare a terzi la propria quota dei lavori”⁴.

La posizione espressa dall’ANAC, così come quella della richiamata giurisprudenza, non convince pienamente.

Ritengo innanzitutto che la questione non possa essere risolta in modo netto, posto che vi sono argomenti validi per sostenere entrambe le tesi in discussione, ossia quella che da una parte vuole riconoscere nell’operatore economico cooptato un partecipante al raggruppamento, alla stessa stregua dei partecipanti “ordinari”, e quella che invece insiste per l’autonomia della figura, di cui valorizza peculiarità e specialità. Si pensi in tal senso, solo per fare un esempio, alla circostanza per cui *“nelle ordinarie e più diffuse forme di associazione, orizzontali o verticali, l’aggregazione serve a raggiungere il livello di capacità economica o tecnica richiesto per la partecipazione, mentre ciò non si verifica per la cooptazione”* ovvero a quella, contraria, per cui il ricorso alla cooptazione corrisponde alla *“possibile scelta di un’impresa o di un costituendo raggruppamento di associare a sé un’altra impresa”⁵*. Tale complicazione si riflette nell’esperienza giurisprudenziale, ove dunque, a ben vedere, si ritrovano orientamenti contrastanti.

Ed infatti, a fronte della posizione richiamata dall’ANAC, è noto che esista un differente orientamento della giurisprudenza amministrativa, che in più occasioni ha avuto modo di affermare che la cooptazione, pur presentando evidenti connotati di peculiarità, si configura come una speciale tipologia di aggregazione che comunque rientra nel *genus* dell’associazione temporanea⁶.

3. Prime ipotesi di risoluzione del conflitto: l’argomento letterale.

Al fine di comprendere quale possa essere l’opzione più corretta ed evitare quindi di inseguire la giurisprudenza nelle decisioni adottate caso per caso, è bene procedere per ordine, muovendo innanzitutto dal dato letterale della norma in esame, ossia della disposizione contenuta nell’art. 92, comma 5, del DPR 207/2010.

⁴ L’ANAC richiama la seguente giurisprudenza: Cons. St., Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1492; Sez. V, 17 marzo 2014, n. 1327; Sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344; Sez. V, 27 agosto 2013, n. 4278; TAR del Lazio, Roma, Sez. I, 16 giugno 2016, n. 6922; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5 dicembre 2014, n. 12288)

⁵ T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 20 dicembre 2013, n. 2517, richiamata peraltro da P. CARBONE, *L’impresa cooptata alla ricerca di una identità (considerazioni su una giurisprudenza ondivaga)*, in Riv. trim. app.,

⁶ Cons. St., Sez. V, 26 giugno 2012, n. 3740; Id., 19 marzo 2014, ord. n. 1153; Id., Sez. VI, 14 dicembre 2012, n. 5749; Id., Sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; Id. 27 gennaio 2016, n. 264.

Essa prevede innanzitutto, come ricordato, che i concorrenti in possesso dei requisiti previsti dal bando “*possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando*”. Ebbene, il termine “raggruppare” non fornisce evidentemente indicazioni univoche in un senso o nell’altro: se però si dovesse prendere posizione dovrebbe forse sostenersi che quando “si raggruppa” qualcosa “il raggruppato” mantiene la propria ontologica essenza, non essendo dunque necessariamente attratto in quella del raggruppante. Ad una soluzione probabilmente diversa si potrebbe invece giungere quando si consideri il termine “cooptazione”: nel senso generalmente attribuito al termine, ossia quello di “eleggere un nuovo membro” di un corpo collegiale⁷, si ha infatti che il cooptato viene attratto nella medesima dimensione ontologica del cooptante. La questione potrebbe trovare un chiarimento qualora si intenda il termine “raggruppare” nella specificità data dallo stesso dal contesto in cui è inserito, ossia il sistema degli appalti pubblici. Ed infatti, nella terminologia appartenente a tale sistema, il raggruppamento è l’insieme degli operatori economici che, pur potendo mantenere le proprie peculiarità, decidono di presentare un’unica offerta e si impegnano in caso di aggiudicazione ad eseguire congiuntamente l’appalto.

In tale prospettiva la lettera della norma sembrerebbe quindi favorire l’interpretazione volta a considerare la cooptata come partecipante al raggruppamento e dunque concorrente nella procedura.

Sempre considerando la lettera della norma, a sostegno della lettura della stessa nel senso da ultimo indicato milita un ulteriore argomento.

Si tratta della circostanza per cui quando il legislatore ha voluto che taluni soggetti esterni al concorrente assumessero un determinato rilievo ai fini della gara, li ha espressamente qualificati e specificatamente distinti dai primi: si pensi in tal senso, solo per fare un esempio, alla categoria degli ausiliari di cui all’art. 89 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

4. L’argomento sistematico.

A sostegno della tesi favorevole a considerare la cooptata come facente parte del raggruppamento può considerarsi ancora un ulteriore argomento, questa volta di tipo sistematico.

Il tema è quello del possesso dei requisiti di ordine generale. Come noto, per avere accesso alle procedure ad evidenza pubblica e risultare dunque affidatari di appalti e concessioni, i partecipanti devono essere in regola con i requisiti di ordine generale, oggi disciplinati dall’art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016.

⁷ <http://www.treccani.it/vocabolario/cooptare/>.

L'esigenza di tutelare la stazione appaltante è infatti così forte che anche in caso di partecipazione in forma plurima, tutti i componenti del raggruppamento o del consorzio debbono possedere i suddetti requisiti, come pure li debbono possedere i subappaltatori.

Non solo quindi i requisiti di ordine generale non possono essere oggetto di avvalimento e dunque non possono essere presi "in prestito" da un altro soggetto terzo, ma l'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 prevede espressamente che anche l'impresa ausiliaria, quella cioè esterna alla gara che "presta" i requisiti all'impresa ausiliata che intende partecipare alla procedura, deve essere in regola con i requisiti di ordine generale per poter prestare i requisiti speciali.

In definitiva, il sistema normativo degli appalti pubblici prevede che ogni operatore economico che si rapporta con la stazione appaltante debba essere in regola con il possesso dei suddetti requisiti generali.

Da tale quadro si ricava una conseguenza utile al nostro fine, ossia quello di verificare la posizione della cooptata interna o esterna al raggruppamento.

Ed infatti, posto che la norma di riferimento dell'istituto della cooptazione, ossia il richiamato art. 95 del DPR 207/2010, non richiede espressamente che la cooptata debba soddisfare il suddetto requisito – e non essendo possibile, per quanto detto, ipotizzare che il legislatore abbia voluto derogare alle regole generali – non può che ritenersi che il legislatore abbia inteso considerare la cooptata quale soggetto interno al raggruppamento e dunque quale soggetto per cui non era necessaria alcuna specifica disposizione in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale. Al contrario, se il legislatore avesse voluto optare per la diversa soluzione di considerare la cooptata quale soggetto esterno al raggruppamento, avrebbe richiesto espressamente in capo a questo il possesso dei requisiti di ordine generale, così come ha fatto nelle ipotesi del subappalto e dell'avvalimento.

A pensare diversamente, si legittimerebbe per assurdo un soggetto privo di requisiti di ordine generale ad eseguire una parte della prestazione oggetto dell'appalto.

5. L'argomento finalistico.

Vi è infine un ulteriore argomento di tipo finalistico che può supportare la tesi che si va sostenendo. Esso riguarda più precisamente la finalità che è sottesa alla norma che disciplina l'istituto della cooptazione. Si è in precedenza già osservato come tale istituto sia finalizzato alla garanzia della massima partecipazione. Ebbene, in tal senso giova richiamare i principi affermati a livello europeo con riguardo alla forma dei raggruppamenti. Nella direttiva 2014/24 UE, al 15° considerando, viene

infatti espressamente osservato che i raggruppamenti di operatori economici, inclusi quelli sotto forma di associazione temporanea, possono partecipare a procedure di aggiudicazione senza dover assumere una forma giuridica specifica. In tal senso viene quindi specificato che, nella misura in cui ciò sia necessario, ad esempio nei casi in cui sia prevista la responsabilità in solido, detti raggruppamenti possono essere obbligati ad assumere una forma specifica qualora l'appalto sia stato loro aggiudicato. Tale principio è ribadito nell'art. 19 della medesima direttiva.

A ciò si aggiunge infine che la qualificazione della cooptata in termini di soggetto partecipante al raggruppamento non si porrebbe neppure in contrasto con il principio di parità di trattamento tra i partecipanti, né si intravede alcuna differente ragione di interesse pubblico a sostegno della differente opzione.