



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7230 del 2008, proposto da:
Società N.E.M. S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Enzo
Napolano, con domicilio eletto presso Enzo Napolano in Napoli, V.
Andrea D'Isernia N.8;

contro

Comune di Napoli, rappresentato e difeso dall'Giuseppe Tarallo,
domiciliata per legge in Napoli, piazza Municipio;

per l'annullamento

del provvedimento del 9.10.2008, comunicato con nota del
22.10.2008 n. 4509, recante l'esclusione dell'Ati NEM – CONESA –
Edile Vispin dalla fase preliminare della gara per l'affidamento in
concessione della progettazione, costruzione e gestione
dell'ampliamento del cimitero circoscrizionale di Chiaiano-Miano e

San Giovanni a Teduccio del Comune di Napoli

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2010 il dott. Carlo Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il ricorso, con cui l'Ati ricorrente contesta la propria esclusione dalla gara in questione per non essere la mandante Edile Vispin qualificata per l'importo dei lavori corrispondente alla dichiarata percentuale di partecipazione all'Ati (14%), è fondato e va accolto per le ragioni che seguono.

Si presenta, infatti, sorretta da condivisibili argomentazioni la prima ed assorbente censura del gravame, la cui esattezza risiede nella circostanza che la cd. "associazione per cooptazione" in cui sarebbe stata coinvolta Edile Vispin s.r.l., già contemplata dall'art. 23 del d.lgs. n. 406/1991 (di attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici), si caratterizza per la possibilità, da parte delle imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea e con i requisiti di

partecipazione, di associare altre imprese iscritte all'(ex) albo nazionale dei costruttori, 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 oggetto dell'appalto e che l'ammontare complessivo delle iscrizioni possedute da ciascuna di tali imprese sia almeno pari all'importo dei lavori che sarebbero stati ad essa affidati.

La norma è stata ripresa nel comma 4 dell'art. 95 del regolamento n. 554/1999 per cui può ritenersi ancora operante l'istituto della cooptazione, il quale si caratterizza, come già anticipato, per la possibilità di far partecipare all'appalto anche imprese di modeste dimensioni, non suscettibili di raggrupparsi nelle forme previste dai commi 2 e 3 del citato art. 95, purché, come nel caso di specie, l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute sia almeno pari all'importo dei lavori che sarebbero stati ad essa affidati e i lavori eseguiti dalle cooptate non superino il 20% dell'importo complessivo dei lavori (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° settembre 2009, n. 5161; Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2001, n. 3129 e Id., 25 luglio 2006, n. 4655; nonché , ex plurimis, T.A.R. Salerno, sez. I, 7 luglio 2006, n. 954).

In altri termini, lo strumento della "cooptazione" - a differenza del sistema dell'associazione d'impresa di tipo orizzontale o verticale il quale è preordinato all'integrazione reciproca delle risorse tecniche e finanziarie delle imprese e, pertanto, a ciascuna di esse è richiesto il possesso delle prescritte attestazioni di qualificazione - è di tipo di

mera aggregazione aggiuntiva minima, di tal che, in assenza di una disposizione più puntuale, il mero ricorso al sistema della cooptazione rende possibile la partecipazione delle imprese ricorrenti anche in assenza dell'obbligo di qualificazione sulla quota di partecipazione, prescritta in relazione alla costituzione di associazione temporanea.

Ne discende, quanto alle modalità di esercizio di siffatta facoltà, che appare maggiormente in linea con l'orientamento comunitario contrario alla imposizione di una forma giuridica specifica ai raggruppamenti di operatori economici, l'opzione ermeneutica per cui la possibilità dell'impresa singola o delle imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 95 citato, di associare, nei modi di cui al comma 4, altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, sia insita nello stesso dettato normativo che impone alle imprese cooptate il solo limite percentuale delle opere (in termini, Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2001, n. 3129).

In definitiva, il ricorso va accolto con conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla il provvedimento in epigrafe indicato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Carlo Buonauro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/12/2010

IL SEGRETARIO

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