

Pubblicato il 28/07/2025

N. 00673/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00411/2025 REG.RIC.



**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 per la Sardegna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 411 del 2025, proposto da Zicchittu Francesco S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG N.D. , rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Pilia e Francesca Piga, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mattia Pani, Alessandra Putzu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

della determina n. 386 del 16 aprile 2025 della Presidenza della Regione Sardegna di esclusione dell'operatore soc. Zicchittu Francesco SRL dalla gara europea a procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro, con diversi operatori economici, per l'affidamento di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria da

eseguire su immobili in uso e di proprietà dell'Azienda Regionale per l'Edilizia Abitativa (AREA) inerente al triennio 2025-2027.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Autonoma della Sardegna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 luglio 2025 il dott. Roberto Montixi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe, la società Zicchittu Francesco S.r.l. ha adito l'intestato Tribunale al fine di ottenere l'annullamento della determina n. 386 del 16/4/2025 della Presidenza della Regione Sardegna che ha disposto la sua esclusione dalla “*Gara europea a procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro, con diversi operatori economici, per l'affidamento di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria da eseguire su immobili in uso/ di proprietà dell'Azienda Regionale per l'Edilizia Abitativa. Triennio 2025-2027 Applicazione clausole e criteri - art. 57 del D. Lgs. 36/2023 – Procedura suddivisa in 9 lotti prestazionali – Importo complessivo € 120.000.000,00*”.

2. Espone la ricorrente che, con determinazione del 5 dicembre 2024, n. 835, prot. 10668 la Regione Autonoma della Sardegna ha indetto una procedura aperta informatizzata, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro con più operatori economici per l'affidamento di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria di natura edile da eseguirsi sul patrimonio di AREA, con termine per la presentazione delle offerte al 28 gennaio 2025.

3. La Zicchittu Francesco S.r.l. ha presentato, in qualità di capogruppo di un R.T.I. da costituirsi con la “cooptata” Ellegia S.r.l., domanda di partecipazione allegando,

tra gli altri, la “*dichiarazione di impegno a costituire RTP*” con la medesima società Ellegia S.r.l., nella quale precisava di voler costituire un’associazione per la sola esecuzione, in cui la società Ellegia S.r.l. avrebbe avuto “*una quota di partecipazione al raggruppamento pari al 0,00 %*” e “*una quota di esecuzione al raggruppamento pari al 20,00*”.

In particolare, la Zicchittu Francesco S.r.l. avrebbe partecipato alla gara in qualità di mandataria di un costituendo RTI con l’impresa Ellegia S.r.l., designata come impresa cooptata per l’esecuzione delle lavorazioni nella misura del 20%.

4. In data 4 aprile 2025 perveniva alla società ricorrente una richiesta di chiarimenti mediante soccorso istruttorio nella quale veniva la Stazione Appaltante comunicava che erano “*stati riscontrati una serie di elementi che appaiono contraddittori e inconciliabili tra di loro sui quali, pertanto, si intende ricevere i doverosi chiarimenti attraverso l’attivazione dell’istituto del soccorso istruttorio di cui all’articolo 101 del D.lgs. 36/2023*”, in quanto “*l’operatore economico dichiara di partecipare nella forma della costituenda ATI*”, “*nella domanda di partecipazione: l’impresa Zicchittu Francesco s.r.l. dichiara di partecipare in ATI da costituirsi con la cooptata Ellegia srl*” e “*nell’impegno a costituire l’ATI sono presenti i richiami all’art. 68, co. 12, e all’art. 30, co. 4, dell’allegato II.12, relativi all’istituto della cooptazione*”.

Venivano, dunque, richiesti chiarimenti sia sul ruolo rivestito dall’impresa Ellegia S.r.l. all’interno della costituenda ATI, sia sugli elementi specifici che rendevano possibile qualificare la stessa quale impresa cooptata, sia, infine, sulla compatibilità del ruolo di cooptata con la volontà dichiarata dalla stessa di fare ricorso al subappalto.

5. In data 10 aprile 2025 la società ricorrente riscontrava la richiesta di chiarimenti avanzati dall’amministrazione, specificando tra l’altro che “*l’Impresa Zicchittu Francesco s.r.l. intende partecipare alla procedura aperta come da oggetto, in qualità di Operatore Economico Mandatario in ATI da costituirsi con l’Impresa ELLEGIA s.r.l. che partecipa in qualità di Cooptata*” e che “*l’Impresa ELLEGIA s.r.l., si dichiara che essa intende partecipare come*

*Cooptata e non come Mandataria (...) e che non intende subappaltare nessun tipo di lavorazione in quanto impossibilitato a farlo, visto il proprio ruolo di Cooptata”.*

6. Con determina n. 386 del 16/4/2025 la Presidenza della Regione Sardegna disponeva l'esclusione della società ricorrente sulla base dei rilevati profili di inconciliabilità tra la dichiarata forma di partecipazione e le regole che disciplinano l'istituto della cooptazione. In particolare, l'Amministrazione rilevava che la configurazione prospettata dalla società ricorrente non rispecchiava né il modello di partecipazione singola né quello di raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), integrando una terza ipotesi non prevista dalla normativa vigente.

7. Avverso il provvedimento di esclusione è insorta la società ricorrente deducendo, con il primo motivo di ricorso, violazione di legge in relazione agli artt. 68 e 57 del D.lgs. n. 36/2023 e all'art. 92 comma 5 del dpr 207/2010 ed eccesso di potere.

7.1. In particolare, la società rappresenta di aver partecipato alla procedura dichiarando di voler costituire un'associazione per la sola esecuzione in cui la società Ellegia S.r.l. avrebbe avuto una quota di partecipazione pari allo 0% e avrebbe partecipato quale impresa cooptata e che per tale ragione era stata indicata la percentuale del 20% di esecuzione dei lavori.

7.2. La ricorrente rileva come l'applicazione dell'istituto della cooptazione generi delle problematiche significative rispetto all'inquadramento dell'istituto quale fattispecie autonoma di partecipazione ovvero quale modulo speciale ricompreso nel più ampio *genus* dell'associazione temporanea di imprese e, conseguentemente, rispetto alla qualità di concorrente o meno dell'impresa cooptata.

7.2.1. Secondo una parte della giurisprudenza, infatti, l'istituto della cooptazione avrebbe carattere eccezionale e derogatorio e per tale ragione sarebbe previsto che l'impresa cooptata possa eseguire soltanto i lavori, ma non possa assumere lo status di concorrente. Secondo altra parte della giurisprudenza, invece, l'istituto configurerebbe una regola speciale rispetto alla disciplina della ripartizione dei

requisiti di partecipazione nell'ambito dei raggruppamenti temporanei di impresa, disciplinando un'associazione in cooptazione.

7.3. In ogni caso, la società ricorrente non sarebbe incorsa in alcuna violazione della disciplina in materia di cooptazione, in quanto nella domanda di partecipazione aveva dichiarato, con riferimento alla Zicchittu Francesco S.r.l. una quota di partecipazione al raggruppamento pari al 100% e di esecuzione pari all'80%, mentre con riferimento alla posizione della Ellegia S.r.l. una quota di partecipazione pari al 0% e di esecuzione pari al 20%.

7.4. Pertanto, anche ove si accedesse all'interpretazione più restrittiva dell'istituto della cooptazione, la Zicchittu Francesco S.r.l. si era limitata a dichiarare di voler costituire non un raggruppamento in senso stretto, ma un'associazione per la sola esecuzione. Ciò risulterebbe coerente anche con la circostanza che la società Zicchittu Francesco S.r.l. aveva dichiarato di essere in possesso dei requisiti di legge e di quelli previsti dal bando per una quota di partecipazione al raggruppamento pari al 100%.

8. Con il secondo motivo di ricorso la società ricorrente ha contestato la determinazione impugnata nella parte in cui ha accolto l'interpretazione che sostiene l'incompatibilità tra l'istituto della cooptazione e il raggruppamento temporaneo d'impresa.

L'amministrazione, infatti, avrebbe erroneamente interpretato le disposizioni normative relative all'istituto della cooptazione, escludendo la società Zicchittu Francesco S.r.l. nonostante questa avesse rispettato i requisiti previsti dall'art. 68, co. 12 del D. Lgs. n. 36/2023.

8.1. La figura della cooptazione, secondo la ricorrente, consentirebbe, infatti, di associare al raggruppamento un'impresa che, pur non possedendo i requisiti per partecipare autonomamente alla gara, vi prende parte per l'esecuzione di specifiche lavorazioni, sotto la responsabilità del raggruppamento stesso.

8.2. A sostegno della tesi favorevole alla configurabilità della cooptazione quale speciale tipologia di “*aggregazione*” rientrante nel genus dell’associazione temporanea si porrebbe, secondo la ricorrente, la disciplina relativa al possesso dei requisiti di ordine generale.

Tale disciplina, in particolare, prevede che ogni operatore economico debba essere in regola con il possesso di tali requisiti. Pertanto, posto che la norma di riferimento per la cooptazione (art. 95 del DPR n. 207/2010) non richiede espressamente che la cooptata debba soddisfare tali requisiti, si dovrebbe ritenere che il legislatore abbia inteso considerare la cooptata quale soggetto interno al raggruppamento e, dunque, quale soggetto per cui non sarebbe necessaria alcuna specifica disposizione in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale. Se, al contrario, il legislatore avesse voluto optare per la diversa soluzione di considerare la cooptata quale soggetto esterno al raggruppamento avrebbe richiesto espressamente in capo a essa il possesso dei requisiti, così come ha fatto nelle ipotesi di subappalto e avvalimento.

8.3. Deduce, inoltre, la ricorrente che l’istituto della cooptazione risulta finalizzato a garantire la massima partecipazione, come evincibile dai principi affermati a livello europeo con riguardo alla forma dei raggruppamenti. In particolare, la direttiva 2014/24 UE, al 15° considerando, afferma 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.

Peraltro, la qualificazione della cooptata quale soggetto partecipante al raggruppamento, secondo la ricorrente, non si porrebbe neppure in contrasto con il principio di parità di trattamento tra i partecipanti, né sarebbe ravvisabile alcuna ragione di interesse pubblico a sostegno della differente opzione.

8.4. Pertanto, in assenza di una specifica disposizione normativa che vieti la cooptazione nell'ambito degli RTI, la soluzione più conforme ai principi europei e nazionali sarebbe quella che ne consente l'ammissibilità.

9. Con il terzo motivo di ricorso, la ricorrente ha dedotto l'illegittimità del provvedimento di esclusione per violazione di legge, in relazione agli artt. 133, comma 6 del D.lgs. n. 50/2016 e artt. 54, comma 4 e 59 del Codice degli appalti, oltre che per eccesso di potere.

Il provvedimento impugnato, infatti, sarebbe errato sia in quanto ha interpretato la domanda presentata dalla Zicchittu Francesco S.r.l. nel senso che essa avrebbe previsto una "terza" ipotesi di cooptazione non prevista dalla legge sia in quanto ha disposto l'esclusione della Zicchittu in via automatica, sostenendo l'incompatibilità fra la presenza di una impresa cooptata e la partecipazione in forma associata, senza dare conto di specifici elementi di rischio per l'interesse pubblico o di puntuali violazioni delle condizioni di legge.

9.1. Tale interpretazione restrittiva e formalistica, in assenza di un espresso divieto normativo, sarebbe lesiva del principio di massima partecipazione e libera concorrenza e in contrasto coi principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Ciò avuto riguardo, nella specie, alla particolarità della procedura, ossia la gara europea a procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro, ovvero un contratto "normativo" dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori, ma la cui efficacia consiste nel "vincolare" la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle stesse parti (in vista, dunque, della conclusione di successivi contratti esecutivi).

Al fine di individuare gli operatori economici più idonei alla stipula dell'accordo quadro, l'art. 133, comma 6, del D.lgs. n. 50/2016 richiama l'art. 95 del medesimo D.lgs. che indica i medesimi criteri di aggiudicazione dell'offerta, proprio al fine di limitare la discrezionalità dell'Amministrazione.

9.2. In relazione a tale fattispecie, inoltre, dovrebbe trovare applicazione secondo la ricorrente il principio generale di proporzionalità nell'individuazione delle cause di esclusione dalle gare d'appalto.

10. Si è costituita in giudizio la Regione Autonoma della Sardegna che ha instato per la reiezione del gravame in ragione della sua rilevata infondatezza.

11. Con Ordinanza del 12 giugno 2025, n. 148 l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente è stata respinta.

12. In vista dell'udienza di merito, parte ricorrente ha depositato memoria insistendo sull'accoglimento del gravame, mentre la resistente ha depositato repliche.

13. All'udienza del 22 luglio 2025 la Regione Autonoma della Sardegna ha dato atto di aver proceduto, alla luce del contenuto dell'Ordinanza n. 148/2025, all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica e, in seguito alla discussione delle parti, la causa è stata infine trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Possono essere oggetto di trattazione congiunta i primi due motivi di ricorso in ragione della loro connessione dal momento che entrambi presuppongono, secondo la prospettazione della ricorrente, la configurabilità, nel caso di specie, di una c.d. associazione per la sola esecuzione, formata unicamente da una società mandataria/cooptante (la Zicchittu Francesco S.r.l.) e da un'impresa cooptata (la Ellegia S.r.l.).

1.1. In particolare, con il primo motivo di ricorso la ricorrente ha esposto che, contrariamente a quanto affermato nel provvedimento di esclusione, essa non sarebbe incorsa in alcuna violazione dal momento che nella documentazione amministrativa presentata alla Stazione appaltante avrebbe dichiarato di partecipare quale "*associazione per la sola esecuzione*" e che, pertanto, alcun contrasto sussisterebbe tra l'istituto della cooptazione e le concrete modalità di partecipazione.

1.2. Con il secondo motivo di ricorso, inoltre, la Zicchittu Francesco S.r.l. ha dedotto che, in ogni caso, non sussisterebbe alcuna incompatibilità fra l'istituto della cooptazione e la partecipazione quale costituendo RTI qualora, come nel caso di specie, siano rispettati i limiti quantitativi e le condizioni di legge per il ricorso alla cooptazione e che, pertanto, la sua esclusione risulterebbe illegittima, avendo la Stazione appaltante errato nell'adottare l'interpretazione che sostiene l'incompatibilità tra i due istituti.

2. Tali motivi sono infondati per i motivi di seguito esposti.

2.1. Innanzitutto, si osserva che nella originaria documentazione amministrativa relativa alla gara in oggetto parte ricorrente ha dichiarato di partecipare quale costituenda ATI con l'impresa cooptata Ellegia S.r.l., sebbene in una peculiare forma dal momento che mentre la mandataria/cooptante Zicchittu Francesco S.r.l. avrebbe avuto una quota di partecipazione al RTI pari al 100%, per la cooptata, pur prevista come mandate, era stata, invece, indicata la quota dello 0%. Al tempo stesso, mentre la Zicchittu avrebbe eseguito l'80% delle lavorazioni della categoria OG1, all'impresa Ellegia S.r.l. spettava una quota di esecuzione *“pari al 20,00, RELATIVAMENTE ALLE LAVORAZIONI COMPRESSE NELLA CATEGORIA OG1, oltre al 100,00 % delle lavorazioni soggette alle abilitazioni di cui al DM n. 37/2008, lettere A, B, C, D, E e G, RELATIVAMENTE ALLE LAVORAZIONI EVENTUALI COMPRESSE NELLE CATEGORIE OS3, OS28, OS30 E OG11”* (doc. 6 ricorrente).

2.2. Sempre dall'esame della documentazione originaria (nella specie, la domanda di partecipazione, l'impegno a costituire l'ATI, il DGUE prodotto dall'impresa Zicchittu Francesco S.r.l. e il DGUE prodotto dall'impresa Ellegia S.r.l.) emergono, tuttavia, una serie di elementi che, come rilevato nel provvedimento di esclusione e ancor prima nella *“richiesta di soccorso istruttorio e chiarimenti”* del 4/4/2025 (doc. 7 ricorrente), si pongono in contrasto con l'istituto della cooptazione e rendono,

dunque, inammissibile la prospettata forma di partecipazione alla gara della ricorrente.

2.3. La cooptata Ellegia S.r.l., infatti, per quanto più rileva, ha sottoscritto con la Zicchittu Francesco S.r.l. l'impegno a costituire un'ATI, nel quale sono presenti i richiami alle disposizioni che disciplinano l'istituto della cooptazione (art. 68, comma 12 D.lgs. n. 36/2023, art. 30, co. 4, dell'allegato II.12). Al tempo stesso, tuttavia, vengono utilizzate le categorie tipiche dell'ATI (mandataria/mandante), viene assunta una responsabilità solidale nei confronti della Stazione appaltante, le cauzioni sono state originariamente intestate a entrambe le imprese, nel primo DGUE presentato dalla cooptata Ellegia S.r.l., soprattutto, è presente, nella parte D dedicata al subappalto, la dichiarazione relativa alla volontà di voler subappaltare il 49,99% delle lavorazioni relative alla categoria OG1, il 100% dei lavori nella categoria OG11 e delle lavorazioni di cui al DM 37/2008 lettera F.

2.4. Solo in esito alla richiesta di chiarimenti da parte della Stazione appaltante in sede di soccorso istruttorio la Zicchittu Francesco S.r.l. ha modificato diversi elementi della domanda trasmettendo una nuova dichiarazione di impegno alla costituzione del RTI (in cui è stata indicata per la Ellegia S.r.l. una quota di esecuzione pari al 20,00% limitata alle lavorazioni della sola categoria OG1, a differenza della originaria dichiarazione), effettuando una nuova dichiarazione sul subappalto e modificando la dichiarazione precedentemente resa da Ellegia s.r.l. affermando che essa non avrebbe fatto ricorso al subappalto "in quanto impossibilitato a farlo, visto il proprio ruolo di Cooptata", e rettificando, infine, le polizze provvisorie allegate con l'intestazione della sola Zicchittu S.r.l.

2.5. In tal modo parte ricorrente, al fine di giustificare la propria forma di partecipazione ha, tuttavia, inammissibilmente modificato la propria domanda e la propria modalità di partecipazione, come correttamente rilevato dal provvedimento

impugnato a pag. 7 (doc. 1), non oggetto peraltro di specifica contestazione sul punto.

2.5.1. Ed infatti, in virtù del principio di autoresponsabilità nelle pubbliche gare, lo strumento del soccorso istruttorio non può essere utilizzato al fine di operare una modifica sostanziale delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione e nella documentazione amministrativa atteso che *“il divieto di modifica non riguarda solo l’oggetto del soccorso istruttorio (per i requisiti di ordine generale ma non altrettanto per l’offerta tecnica oppure quella economica) ma anche la tipologia di operazione che si attiva con il soccorso stesso (consentito per la mera integrazione o correzione ma non anche per la riformulazione sostanziale ed integrale della domanda o anche soltanto di una parte di essa”* (cfr. Cons. Stato n. 286/2025; si veda anche Cons. Stato, n. 1540 del 2021).

2.5.2. Nel caso di specie, pertanto, la *“rettifica”* delle dichiarazioni da parte della ricorrente, soprattutto con riguardo alla dichiarata volontà dell’impresa cooptata Ellegia S.r.l. di non avvalersi più del subappalto, deve essere considerata una modifica sostanziale delle modalità di partecipazione alla gara cui non può darsi luogo a seguito di soccorso istruttorio.

3. Dunque, dall’esame complessivo della documentazione di gara si evince come non possa venire in rilievo, nel caso di specie, una *“associazione per la sola esecuzione”*.

3.1. Infatti, al di là del rilievo per cui, effettivamente, tale figura non risulta espressamente prevista da alcuna disposizione codicistica (come rilevato in memoria dalla Regione), nel caso di specie, la Ellegia S.r.l., pur indicando una quota di partecipazione al raggruppamento pari allo 0%, ha, in realtà, sostanzialmente partecipato come una comune impresa che si associa all’interno di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, assumendo in tal modo un ruolo incompatibile con quello di impresa cooptata.

3.1.1. Si osserva, infatti, come l’istituto della cooptazione sia espressamente previsto all’art. 68, comma 12, D.lgs. n. 36/2023 secondo cui *“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”.*

3.1.2. Dalla lettera della disposizione emerge con evidenza la previsione di due distinte ipotesi, dalle quali si differenzia la modalità di partecipazione indicata dalla ricorrente.

Da un lato, quella dell'operatore in possesso dei requisiti di partecipazione, che quindi partecipa in qualità di operatore singolo, indicando un'impresa “*cooptata*” che eseguirà lavori nei limiti del 20%, in deroga alla disciplina vigente in tema di qualificazione SOA, dall'altro, l'ipotesi di un raggruppamento di imprese, che si qualifica alla luce dei requisiti dallo stesso posseduti, che partecipa in questa forma e indica un'impresa “*cooptata*” che eseguirà lavori nei limiti del 20%.

3.1.3. La Zicchittu, invece, non ha dichiarato né di partecipare come operatore singolo, né di partecipare in raggruppamento con altro operatore economico e di coinvolgere espressamente l'impresa Ellegia S.r.l. soltanto nella fase esecutiva. Al contrario, quest'ultima ha partecipato sia sostanzialmente (in ragione di quanto detto sopra) che formalmente (nonostante l'indicazione di una quota di partecipazione al raggruppamento dello 0%) quale partecipante della costituenda ATI e al tempo stesso è stata indicata quale impresa “*cooptata*” (e, di conseguenza, viene alla stessa affidato soltanto il 20% delle lavorazioni della categoria indicata).

3.1.4. Tale formula partecipativa risulta, tuttavia contraddittoria dato che, essendo soltanto due le imprese associate, se vi è cooptazione di una delle associande non vi può essere ATI, venendo meno uno dei soggetti costitutivi (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, Sent., 13/01/2012, n. 115).

La modalità di partecipazione indicata della ricorrente, pertanto, come correttamente rilevato dalla difesa regionale, costituisce una sorta di tertium genus attraverso cui viene operata una “*commistione tra l’istituto della cooptazione e la forma giuridica di partecipazione dichiarata (Ati orizzontale) con le conseguenti differenze di ruoli (concorrenti e cooptate)*”.

3.2. L’impresa cooptata, infatti, non può partecipare alla gara quale componente di un RTI e, dunque, quale concorrente, stante la diversità di funzioni che connota ciascuno degli istituti. In particolare, “*la cooptazione costituisce uno strumento diverso dalla partecipazione in r.t.i., diretto a consentire ai concorrenti non qualificati per una specifica prestazione di maturare le capacità tecniche in categorie di lavori diversi da quelle per cui sono qualificati, affiancando un’altra impresa maggiormente qualificata. Tale istituto, tuttavia, presenta delle sensibili differenze rispetto alla partecipazione in RTI, in quanto l’impresa cooptata può eseguire i lavori, ma non assume lo status di concorrente*” (T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, Sent., 06/05/2025, n. 640).

3.2.1. Al riguardo, deve essere richiamato l’ormai consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui “*La cooptazione è un istituto di carattere speciale che abilita un soggetto, privo dei prescritti requisiti di qualificazione (e, dunque, di partecipazione), alla sola esecuzione dei lavori nei limiti del 20%, in deroga alla disciplina vigente in tema di qualificazione SOA, con la conseguenza che il soggetto cooptato non può acquistare lo status di concorrente e 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; il ricorso alla cooptazione, alla luce del carattere eccezionale e derogatorio dell’istituto, deve, inoltre, necessariamente scaturire da una dichiarazione espressa ed inequivoca del concorrente, per evitare che un uso improprio della stessa consenta l’elusione della disciplina inderogabile in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica; pertanto, deve escludersi la figura della cooptazione laddove la società asseritamente cooptata abbia tenuto un comportamento*

*tale da manifestare la volontà, oltre che di eseguire lavori, anche di impegnarsi direttamente nei confronti della Amministrazione appaltante al pari di una sostanziale associata (Consiglio di Stato sez. V, 23 novembre 2018, n. 6636)”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, Sent., 23/01/2024, n. 742; nel medesimo senso anche Cons. Stato, Sez. V, Sent., 14/10/2024, n. 8214, T.A.R. Campania Salerno, Sez. I, Sent., 11/06/2024, n. 1267, T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, Sent., 10/06/2024, n. 2174).

3.2.2. Nella specie, indipendentemente dal dato formale (dichiarazione di impegno a costituire un RTI con l'impresa cooptata, in cui, comunque, la Ellegia S.r.l. non avrebbe avuto alcuna quota di partecipazione al raggruppamento – indicata nella misura dello 0%), ciò che assume maggiormente rilievo dal punto di vista sostanziale e che rivela l'incompatibilità delle dichiarazioni della Ellegia S.r.l. rispetto alle caratteristiche dell'istituto della cooptazione è soprattutto l'originaria dichiarata volontà di subappaltare il 49,99% delle lavorazioni della categoria OG1, il 100% dei lavori nella categoria OG11 e di cui al DM 37/2008 lettera F, certamente incompatibile con il ricorso all'istituto della cooptazione.

3.2.3. In definitiva, in primo luogo, si osserva che, anche a voler ammettere la configurabilità di una “*associazione per la sola esecuzione*” essa non sarebbe comunque ravvisabile nel caso di specie atteso che l'impresa, pur formalmente designata quale cooptata, avrebbe comunque sostanzialmente e inammissibilmente agito come concorrente, firmando le garanzie, assumendo una responsabilità solidale nei confronti della Stazione appaltante e dichiarando di far ricorso al subappalto.

3.2.4. Solo in un secondo momento, come detto, a seguito della richiesta di chiarimenti dell'Amministrazione, la Zicchittu ha modificato, peraltro in modo inammissibile, la propria forma di partecipazione rettificando i documenti di gara.

3.2.5. In secondo luogo, non può essere condivisa la tesi della ricorrente in ordine alla coesistenza in capo al medesimo soggetto della qualità di mandante e di impresa

cooptata, stante la già evidenziata incompatibilità e contraddittorietà della formula partecipativa.

3.3. Peraltro, occorre ribadire che *“il ricorso alla cooptazione, alla luce del carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto, deve, inoltre, necessariamente scaturire da una dichiarazione espressa ed inequivoca del concorrente, per evitare che un uso improprio della stessa consenta l'elusione della disciplina inderogabile in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica”* (Cons. Stato n. 6636/2018 cit.).

3.3.1. Nella stessa direzione si è espressa anche Cons. Stato n. 742/2024 secondo cui *“L'affermazione secondo cui, per utilizzare l'istituto della cooptazione sia necessaria una dichiarazione espressa e inequivoca del concorrente, è costante nella giurisprudenza di questa Sezione (oltre al precedente appena citato, si può richiamare, tra le altre, la decisione del 10 settembre 2018, n. 5282). La ragione è facilmente intuibile: l'art. 92 comma 5 del D.P.R. n. 207 del 2010 è una norma derogatoria (una norma che fa eccezione ad una norma generale) che fa assumere all'istituto della cooptazione un rilievo nella sola fase esecutiva della gara, coerentemente con la sua finalità che si colloca al di fuori del vincolo associativo di partecipazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 giugno 2018, n. 3623)”*.

3.3.2. Pertanto, una volta precisato che per utilizzare l'istituto della cooptazione è necessaria una dichiarazione espressa e inequivoca del concorrente e che essa si colloca, appunto, *“al di fuori del vincolo associativo di partecipazione”*, ed essendo nel caso di specie evidente, alla luce di quanto osservato sopra, che le dichiarazioni rese dalla ricorrente sono invece equivoche e contraddittorie, ne consegue la legittimità dell'esclusione disposta dalla Stazione appaltante.

3.4. Per tali ragioni, dunque, i primi due motivi di ricorso devono essere disattesi.

4. Con il terzo motivo di ricorso, infine, la ricorrente ha dedotto la violazione del principio di massima partecipazione, di proporzionalità e di ragionevolezza per avere la Stazione appaltante escluso la società Zicchittu Francesco S.r.l. sulla base di una

interpretazione restrittiva e formalistica delle norme. Ciò anche alla luce della peculiarità della procedura in oggetto, volta alla stipula di un accordo-quadro.

4.1. Occorre, innanzitutto, evidenziare la genericità del motivo dal momento che il ricorrente, soprattutto nell'operare i riferimenti all'istituto dell'accordo-quadro, non esplicita le specifiche censure mosse all'operato dell'Amministrazione, con conseguente inammissibilità del motivo di ricorso.

4.2. In ogni caso e per altro verso, il motivo si rivela infondato.

4.2.1. Richiamando quanto osservato sopra in relazione alla contraddittorietà e inammissibilità della forma di partecipazione dichiarata dalla ricorrente, si osserva, in aggiunta, come la Stazione appaltante abbia legittimamente disposto l'esclusione della Zicchittu Francesco S.r.l. in applicazione della normativa vigente in materia di cooptazione, che non ammette la modalità di partecipazione ipotizzata dalla ricorrente.

4.2.2. Né può sostenersi che il provvedimento impugnato si ponga in violazione dei principi di massima partecipazione, proporzionalità e ragionevolezza.

In primo luogo, infatti, come correttamente rilevato anche dall'Amministrazione resistente, il principio di massima partecipazione non può essere inteso nel senso di ammettere qualsiasi forma di partecipazione, anche se non prevista dalla legge.

In secondo luogo, la determinazione espulsiva assunta dalla Stazione appaltante non può ritenersi né sproporzionata né irragionevole in quanto, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, non risulta fondata su un'interpretazione meramente formalistica della normativa in materia di cooptazione (che si configura, peraltro, come istituto derogatorio ed eccezionale), ma evidenzia gli specifici elementi di incongruenza e contraddittorietà della modalità partecipativa individuata dalla ricorrente (e l'inammissibile tentativo di modificarla in seguito alle richieste di soccorso istruttorio).

Si ribadisce, infatti, come l'impresa "*cooptata*", lungi dal fare solo formale riferimento alla sua qualità di partecipante al costituendo RTI, ha anche sostanzialmente assunto una posizione incompatibile con il ruolo di mera cooptata.

5. Conclusivamente, alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso è infondato e deve essere, pertanto, rigettato.

6. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge siccome infondato.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre agli accessori di legge, ove dovuti.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 22 luglio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Marco Buricelli, Presidente

Oscar Marongiu, Consigliere

Roberto Montixi, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Roberto Montixi**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Buricelli**

IL SEGRETARIO