

Publicato il 06/09/2022

N. 07752/2022REG.PROV.COLL.
N. 07297/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7297 del 2021, proposto da Comune di Popoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Tommaso Marchese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Blue Line - Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Di Sciascio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

S.A.T.I.C. Società Cooperativa Sociale A.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Della Rocca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilio de' Cavalieri 11;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) n. 368/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
visti gli atti di costituzione in giudizio di Blue Line - Società Cooperativa Sociale e di S.A.T.I.C. Società Cooperativa Sociale A.R.L.;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e preso atto del deposito della richiesta di passaggio in decisione senza la preventiva discussione, ai sensi del Protocollo d'intesa del 20 luglio 2021, prorogato con DPCS n. 187/2022, è data la presenza degli avvocati Tommaso Marchese, Sergio Della Rocca e Alessandro Di Sciascio;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Popoli, con determinazione dirigenziale del 18 luglio 2020, n. 155, ha approvato *“l’avviso per l’indagine di mercato finalizzata all’acquisizione di manifestazioni d’interesse relative a proposte di co-progettazione per interventi e servizi di inclusione socio-lavorativa di pubblico interesse, per l’attivazione di procedura negoziata ai sensi dell’art. 36 comma 2, lett. b) del D.Lgs. 50/2016, per l’individuazione dell’operatore economico al quale affidare i servizi di Inclusione Sociale del Comune di Popoli per il biennio 2020-2022”*.
2. L’indagine di mercato prendeva poi avvio con l’avviso del 31 luglio 2020, con cui tutti *“gli Enti [...] regolarmente iscritti agli albi delle cooperative sociali di Tipo B”* venivano invitati *“ad inoltrare una manifestazione di interesse, utilizzando il modulo allegato A, per partecipare alla successiva procedura negoziata, ai sensi dell’art. 36 comma 2, lett. b) del D. Lgs. 50/2016, per forme di co-progettazione per la gestione di interventi e servizi comunali di pubblico interesse, con le finalità di inclusione Sociale e lavorativa di cui alla L. 381/91, L. 328/2000 e Piano Sociale Regione Abruzzo 2016/2018...”*.
3. Con determinazione del 26 agosto 2020, n. 172, il Responsabile del Servizio *“Affari Generali”* prendeva atto del *“verbale redatto in data 24 agosto 2020 dal Responsabile del Procedimento”* di compendio delle manifestazioni

d'interesse pervenute, che erano state formulate da Blue Line - Società Cooperativa Sociale (nel prosieguo, solo "Blue Line") e da S.A.T.I.C. - Società Cooperativa Sociale per la procurazione, il lavoro ed i servizi (nel prosieguo solo "S.A.T.I.C.").

4. Dopo l'adozione della determina a contrarre, il Comune trasmetteva la lettera d'invito ed il disciplinare di gara alle cooperative sopra indicate.

5. Nella domanda di partecipazione, S.A.T.I.C. dichiarava di aver stipulato un contratto di avvalimento con l'Ambiente S.r.l., in relazione al requisito di partecipazione declinato dall'art. 4, lett. "A", punto m), del disciplinare di gara, che richiedeva il *"possesso di idonee referenze bancarie certificate da almeno due istituti bancari, rilasciate in data successiva a quella di pubblicazione del presente bando di gara, dalle quali risulti che l'impresa ha sempre fatto fronte ai suoi impegni con regolarità e puntualità e che è in possesso della capacità economica e finanziaria per svolgere i servizi oggetto dell'appalto. In caso di raggruppamento temporaneo di impresa, ciascuna impresa associata deve essere in possesso di almeno una referenza bancaria"*.

6. Dopo aver designato, con determinazione del 25 settembre 2020, n. 191, i membri della Commissione giudicatrice, il R.U.P., nel corso della seduta pubblica n. 1 del 28 settembre 2020, procedeva all'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa. Blue Line veniva *"ammessa a partecipare alla procedura negoziata"*, venendo, invece, disposta *"l'attivazione del soccorso istruttorio in favore della Cooperativa Sociale S.A.T.I.C. di Sulmona (AQ)"*, in virtù delle carenze documentali di seguito indicate:

a) la mancata indicazione dello svolgimento del servizio indicato nel requisito, di cui alla lettera f) del Quadro Riepilogativo a pagina 1 del Disciplinare di gara, Servizio bibliomediateca comunale (ex L. 285/97), da ricondurre nell'alveo degli interventi e servizi a supporto di pubblica utilità (punto 1. Primo capoverso del Disciplinare di gara);

b) la mancata presentazione del contratto di avvalimento di una delle due referenze bancarie richieste;

c) i carenti dati presenti nell'attestazione presentata dall'istituto bancario alla ditta che ha fornito avalimento alla Cooperativa Sociale S.A.T.I.C. di Sulmona (AQ), secondo le indicazioni dell'art. 4, lettera A), punto 3 del Disciplinare.

7. Dopo l'esame della documentazione integrativa prodotta in data 8 ottobre 2020, il R.U.P., all'esito della seduta pubblica n. 2 del 12 ottobre 2020, decretava l'ammissione di S.A.T.I.C. alle successive fasi di gara.

8. In data 14 ottobre 2020, la Commissione giudicatrice provvedeva all'apertura della documentazione inerente l'offerta tecnica e, in pari data, procedeva in seduta riservata alla valutazione di tutti i parametri discrezionali costituenti l'offerta tecnica contenuti nelle buste 'B' presentate dalle ditte offerenti ed all'attribuzione dei relativi punteggi, fatti oggetto di successiva riparametrazione. S.A.T.I.C. totalizzava 63,80 punti (riparametrati in 80,00 punti), mentre Blue Line 56,33 punti (riparametrati in 70,64 punti). In seduta pubblica procedeva alla *“valutazione dei parametri oggettivi costituenti l'offerta economica contenuti nelle buste 'C'”*. A S.A.T.I.C., che aveva offerto un ribasso pari al 5%, venivano tributati 20 punti, mentre a Blue Line (che aveva offerto un ribasso pari allo 0,82%), 16,69 punti. Procedeva quindi alla formazione della graduatoria finale e alla proposta di aggiudicazione.

9. Con determinazione dirigenziale del 18 novembre 2020, n. 247, il Comune aggiudicava la procedura in favore di S.A.T.I.C.

10. In data 20 ottobre 2020, Blue Line inoltrava alla Stazione appaltante una *“comunicazione informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale ex art. 243 bis D.Lgs. 163/2006”*. Ne seguiva, in data 26.11.2020, la formulazione di una *“istanza di accesso agli atti ai sensi dell'art. 53 del D.lgs. n. 50/2016 con richiesta, mediante visione ed estrazione di copia, di tutti gli atti di gara”*, in pari data acquisita al Protocollo comunale con n. 14732.

11. Blue Line, quindi, adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, per ottenere l'annullamento, previa concessione delle più opportune misure cautelari, dei seguenti atti e

provvedimenti: “- del verbale di gara n. 1 con cui la Commissione di gara non ha disposto l'esclusione della S.A.T.I.C. Cooperativa Sociale; - del verbale della Commissione di gara n. 2; - del verbale di gara n. 3 con cui la Commissione non ha disposto l'esclusione della S.A.T.I.C. Cooperativa Sociale; - della Determina n. 1035 R.G. del 18.11.2020, comunicata in data 07.12.2020, quale provvedimento di comunicazione di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla S.A.T.I.C. Cooperativa Sociale”.

12. All'esito della Camera di Consiglio del 29 gennaio 2021, il TAR adottava l'ordinanza n. 54/2021 con cui accoglieva l'istanza cautelare proposta da Blue Line.

13. La citata ordinanza veniva riformata con ordinanza n. 1540/2021 di questa Sezione sulla scorta della seguente motivazione: “Ritenuto che, a fronte dell'oggettiva controvertibilità della principale questione di diritto posta dal ricorso e della plausibilità dell'interpretazione normativa prospettata dall'appellante, sia rilevante la mancata considerazione, nell'ordinanza cautelare appellata, del *periculum in mora*; ritenuto, quanto a quest'ultimo, che debba essere data prevalenza all'interesse pubblico all'affidamento dei servizi alla stregua dell'esito attuale della gara, essendo tutelabili le ragioni della ricorrente anche mediante subentro nel contratto”.

14. Il Comune di Popoli procedeva quindi:

- a) con determinazione dirigenziale del 12 aprile 2021, n. 78, ad approvare lo schema di contratto;
- b) alla sottoscrizione del “*processo verbale di avvio dell'esecuzione anticipata del contratto in via d'urgenza e sotto riserva di legge*”;
- c) in data 21 aprile 2021, alla stipula del “*Contratto per l'affidamento degli Interventi e Servizi di Inclusione Sociale, nell'ambito delle attività sociali integrative a supporto dei servizi di pubblica utilità comunali*”.

15. Successivamente, il TAR, all'esito dell'Udienza Pubblica di discussione dell'11 giugno 2021, pubblicava, in data 27 luglio 2021, la sentenza n. 368/2021, con cui accoglieva il primo motivo di ricorso spiegato da Blue Line (assorbendo, invece, le restanti censure di cui al secondo e terzo motivo di gravame).

16. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta e illegittima, il Comune di Popoli ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua di un unico articolato motivo, rubricato: *“I. Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83, comma 8, 89 e 112 del decreto legislativo 18.4.2016, n. 50. Violazione e falsa applicazione dei principi di massima apertura al mercato e di tutela della concorrenza nelle procedure ad evidenza pubblica, nonché dei principi di parità di trattamento e non discriminazione”*.

17. Ha resistito al gravame Blue Line - Società Cooperativa Sociale chiedendone il rigetto.

18. Si è costituita altresì S.A.T.I.C. Società Cooperativa Sociale a.r.l. chiedendo l'accoglimento dell'appello.

19. Alla udienza pubblica del 12 maggio 2022 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

20. L'unico articolato motivo in diritto contenuto nell'atto di appello del Comune di Popoli può essere di seguito sintetizzato.

20.1. Secondo il Comune sarebbero tre, in particolare, i profili di criticità che attingono l'iter logico giuridico seguito dal TAR:

a) il primo, consiste nell'aver prefigurato, nell'ambito delle procedure di gara disciplinate dall'art. 112 del Codice, un'applicazione dell'avvalimento inammissibilmente limitativa;

b) il secondo, consiste nel *vulnus* che la predicata esclusione di S.A.T.I.C. dal confronto concorrenziale arrecherebbe al principio della tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti;

c) il terzo, l'aver fatto richiamo a giurisprudenza ripetutamente smentita dalla successiva ed ormai maggioritaria elaborazione pretoria.

20.2. Quanto al primo profilo, l'appellante sottolinea che *“l'interpretazione giurisprudenziale più sostanzialistica”* fatta propria dal TAR contrasterebbe con le disposizioni contenute nell'art. 63 (*“Affidamento sulle capacità di altri*

soggetti”) della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26.2.2014.

20.3. La limitazione opposta all'avvalimento dal TAR non rinverrebbe alcun fondamento nel diritto positivo.

20.4. Quanto al secondo e terzo profilo, l'amministrazione osserva che l'ammissibilità del ricorso all'avvalimento con le società di capitali è stata ripetutamente ammessa da numerose pronunce (che elenca nell'atto di appello).

21. Nella memoria depositata il 7 settembre 2021 la Blue Line ha, da un lato, argomentato con ampi svolgimenti la propria tesi contraria alla ammissibilità del contratto di avvalimento presentato e sottoscritto con una società di capitali e non con una cooperativa sociale di tipo b) nelle gare indette ai sensi dell'art. 112 del Codice dei contratti (Appalti e concessioni riservati), dall'altro, ha riproposto le due censure assorbite in primo grado, di seguito trascritte: *“II. Violazione art 83 d.lgs. 56 del 18 aprile 2015, violazione della lex specialis di cui al punto A n. 1 lett. m) – erroneità dell'azione amministrativa per mancata esclusione della controinteressata; III. Violazione art. 83 Codice Appalti. Violazione requisiti punto A, n.1), lett. m) del disciplinare di gara. Mancata esclusione della concorrente alla procedura di gara”*.

22. L'unico articolato motivo, dedotto dall'appellante, sopra sintetizzato, può essere esaminato. Esso è fondato.

22.1. La questione sottoposta al Collegio verte su un unico punto: se il contratto di avvalimento presentato e sottoscritto con una società di capitali e non con una cooperativa sociale di tipo b) sia ammissibile nelle gare indette ai sensi dell'art. 112 del Codice dei contratti (Appalti e concessioni riservati).

22.2. La questione si risolve partendo da un dato testuale: il divieto per le cooperative sociali di tipo b) di avvalersi di un requisito prestato da una società di capitali non si deduce da alcuna disposizione del Codice dei contratti e della direttiva 2014/24/UE.

22.3. Questa Sezione ha più volte affermato che l'avvalimento è un istituto del diritto dei contratti pubblici di carattere generale avente la funzione di apertura alla concorrenza del relativo mercato (Consiglio di Stato sez. V, 8 gennaio 2021, n. 290) e che esso può essere escluso soltanto nelle ipotesi tipizzate dal legislatore nell' art. 89, commi 10 e 11 del d.lgs. 50/2016 (Consiglio di Stato sez. V, 17 marzo 2020, n. 1920).

22.4. Come noto, l'avvalimento ha la sua origine nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE (tra le tante, Corte giust. CE, 14 aprile 1994, in causa C-389/92, Corte giust. CE, 18 marzo 2004, in causa C-314-01).

Nel tempo, la Corte di Giustizia ha, sempre di più guardato alla sostanza economica del fenomeno onde evitare che aspetti di natura formale potessero ostacolare il raggiungimento del risultato della piena apertura del mercato interno, dello sviluppo dei principi di libera circolazione delle merci, servizi e capitali e della concorrenza al suo interno e alla eliminazione di barriere che non siano puntualmente giustificabili secondo le poche eccezioni ammesse. In definitiva, è il buon funzionamento del mercato interno il predicato che sorregge l'obiettivo del favorire la massima partecipazione possibile ai procedimenti di gara per l'affidamento degli appalti.

22.5. Dalla dimensione giurisprudenziale l'avvalimento è poi approdato ad una dimensione normativa, prima con le direttive nn. 18 e 17 del 2004, poi, con le direttive 23, 24 e 25 del 2014. Dimensione normativa che è di massima apertura verso l'istituto (nell'art. 63 della Direttiva 24 non vi è traccia di limitazioni quali quelle poste a fondamento della sentenza impugnata).

22.6. Si deve quindi concludere nel senso che l'istituto dell'avvalimento non soffre limitazioni con riguardo agli appalti riservati *ex art.* 112 d.lgs. n. 50/2016.

22.7. Tale conclusione è avallata, peraltro, dalla circostanza che il TAR ha pacificamente prodotto una norma inespressa (un divieto mai formulato da alcuna disposizione). Una norma inespressa non può essere riferita ad alcun

testo normativo come suo significato. È ricavata, in genere, da una o più norme espresse mediante un ragionamento.

22.8. Si distinguono tre tipi di ragionamento la cui conclusione è una norma inespressa:

a) norme inesprese che sono ricavate a partire da norme espresse mediante ragionamenti logicamente validi (ossia deduttivi), in cui non compaiono premesse che non siano norme espresse;

b) norme inesprese che sono ricavate a partire da norme espresse secondo schemi di ragionamento non deduttivi, logicamente invalidi (un entimema, l'argomento analogico, l'argomento a contrario in una delle sue varianti);

c) norme inesprese che sono derivate o da una congiunzione di norme espresse (o anche, a loro volta, inesprese) e di assunzioni dogmatiche, ovvero direttamente da sole assunzioni dogmatiche.

22.9. Le norme inesprese del primo tipo possono essere considerate implicite in senso stretto (cioè in senso logico), e quindi, per così dire, "positive", sebbene non formulate. Esse sono frutto di attività cognitiva. Le norme inesprese dei tipi rimanenti sono frutto di attività nomopoietiche, creative di norme (nuove).

22.10. Il ragionamento del giudice di primo grado non è classificabile in alcuno dei ragionamenti appena descritti, ed è quindi erroneo, poiché si risolve nella genuina creazione di una norma senza disposizione non ricavabile deduttivamente da alcuna norma espressa.

22.11. L'appello proposto dal Comune di Popoli è, in definitiva, fondato.

23. Devono a questo punto essere esaminate le censure assorbite dal TAR e riproposte da Blue Line. Esse sono infondate.

23.1. Quanto alla prima censura (secondo motivo del ricorso di primo grado), Blue Line afferma che la referenza presentata dall'aggiudicataria non ha i requisiti minimi per essere valutata ed ammessa. La referenza offerta infatti non specifica né il destinatario della medesima (amministrazione precedente) né tanto meno l'oggetto (la procedura di gara) per la quale è rilasciata.

23.2. La censura è infondata per pacifica giurisprudenza di questa Sezione che ha più volte affermato che in sede di gara le referenze bancarie non devono essere consacrate in formule sacramentali, e per la loro idoneità è sufficiente l'indicazione della correttezza e puntualità dei rapporti tra la cliente e l'istituto bancario; le stesse vanno considerate idonee qualora gli istituti bancari abbiano riferito sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, con particolare riguardo alla correttezza e puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, e all'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, che siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso; in ogni caso, le referenze bancarie sono suscettibili di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, che ha anche la possibilità di richiedere la loro integrazione mediante altra documentazione (Consiglio di Stato sez. V, 17 marzo 2022, n. 1936).

23.4. Quanto alla seconda censura (terzo motivo del ricorso di primo grado) Blue Line afferma che l'amministrazione precedente avrebbe illegittimamente utilizzato lo strumento del soccorso istruttorio consentendo all'operatore economico di produrre tardivamente il contratto di avvalimento.

23.5. Come noto, il contratto di avvalimento deve essere presentato unitamente alla domanda di partecipazione e qualora ciò non avvenga, ed in particolare nel caso di soccorso istruttorio (che è ammissibile) si pone il problema di dimostrare, a posteriori, che il contratto di avvalimento sia stato stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209).

23.6. Nel caso qui esaminato, al di là di inutili formalismi, dall'esame dei documenti prodotti in sede di gara (in particolare, documenti 8 e 9 produzioni del Comune di Popoli in primo grado) risulta che il contratto di avvalimento tra la S.A.T.I.C. ed Ambiente S.r.l. è stato stipulato in data 22 settembre 2020 (giorno di scadenza del termine per la presentazione delle offerte).

24. L'appello deve quindi essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

25. Le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti in causa vista la complessità delle questioni sottoposte al Collegio e la giurisprudenza non consolidata sulla principale questione oggetto di controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) n. 368/2021, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO