

## Avvalimento plurimo o frazionato e limiti alla sua ammissibilità.

di Daniela Corsetti

Data di pubblicazione: 21-4-2018

(i) Il divieto sancito dall'art. 89, comma 7 (...) ha la funzione di assicurare la lealtà del confronto concorrenziale ed impedire che della stessa capacità tecnico-organizzativa o economico-finanziaria si avvalgano più partecipanti alla medesima gara, oltre che di prevenire che anche le offerte possano essere alterate. Per ragioni analoghe la disposizione in esame vieta all'impresa ausiliaria di assumere la veste del concorrente nella medesima procedura di affidamento. Per contro, l'avvalimento all'interno dei partecipanti ad un raggruppamento temporaneo di imprese è espressamente consentito nella (art. 89, comma 1), così come è riconosciuto l'avvalimento «di più imprese ausiliarie» (comma 6), a differenza dell'avvalimento "a cascata", invece vietato dal medesimo comma 6.

(ii) In caso di avvalimento frazionato ciò che rileva è la dimostrazione da parte del concorrente che si avvale delle capacità di più imprese di potere disporre effettivamente dei mezzi di questi ultimi necessari all'esecuzione dell'appalto. La stessa Corte di giustizia nella sentenza 10 ottobre 2013, C-94/12 ha precisato che l'applicazione dell'avvalimento plurimo o frazionato non è senza limiti e che in particolare questa forma di prestito può legittimamente essere vietata quando l'appalto da affidare presenti caratteristiche «tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori».

(ii) Cons. Stato, V, 28 aprile 2014, n. 2200, 17 marzo 2014, n. 1327. CGUE 10 ottobre 2013, C-94/12 e 2 giugno 2016, C-27/15.

(ii) Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di avvalimento frazionato, Tar Torino, 2 gennaio 2018, n. 1.

### Guida alla lettura

Il caso all'esame del Consiglio di Stato è quello di un RTI la cui ammissione alla procedura di gara veniva ritenuta illegittima dal giudice di primo grado in quanto la mandataria del raggruppamento, consentiva l'avvalimento delle proprie referenze bancarie a tre mandanti in violazione dell'art. 89 comma 7 del d.lgs. n. 50/2016 che vieterebbe l'avvalimento tra più imprese partecipanti alla medesima procedura. In buona sostanza, usando le parole della sentenza in commento, si realizzava all'interno del raggruppamento un "avvalimento plurimo invertito" in cui più mandanti (ausiliate) si avvalevano tutte di un'unica ausiliaria (l'impresa mandataria), ai fini del possesso del requisito di capacità economico-finanziario richiesto dal bando.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che le conclusioni cui era giunto il giudice di primo grado fossero il frutto di una errata lettura dell'art. 89, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016, offrendo importanti chiarimenti sui limiti all'applicazione dell'avvalimento plurimo.

La norma in questione pone il divieto per gli operatori economici che concorrano alla medesima procedura di gara di avvalersi della medesima impresa per qualificarsi.

Il divieto di avvalimento plurimo tra concorrenti è volto ad assicurare *“la lealtà del confronto concorrenziale ed impedire che della stessa capacità tecnico-organizzativa o economico-finanziaria si avvalgano più partecipanti alla medesima gara, oltre che di prevenire che anche le offerte possano essere alterate”*. Con la stessa finalità, la disposizione vieta all'impresa ausiliaria di concorrere alla gara cui prende parte l'impresa ausiliata.

Per contro, l'art. 89, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, ammette testualmente (e senza limiti espressi) l'avvalimento all'interno delle imprese unite in raggruppamento nonché quello “frazionato” ovvero “a più imprese ausiliarie”, mentre resta vietato quello “a cascata”, che si verifica allorché l'impresa ausiliaria si avvale a sua volta, di altra impresa (art. 89, comma 6).

Benché ammesso, l'avvalimento plurimo o frazionato non è senza limiti.

In particolare, seguendo le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza eurounitaria (CGUE, sentenza 10 ottobre 2013, C.94/12), esso può essere vietato in tutti i casi in cui appalto da affidare presenti caratteristiche *“tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori”*.

Alla luce di quanto precede, il Consiglio di Stato ha affermato il principio secondo cui *“le finalità di massima partecipazione sottese all'istituto dell'avvalimento non devono andare a discapito dell'interesse della stazione appaltante a contrarre con operatori economici affidabili ed effettivamente in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dalla normativa di gara”*

Ebbene, in applicazione di tale principio, è stato ritenuto che, nel caso di specie, l'avvalimento plurimo delle referenze bancarie della mandataria, non fosse ostativo alla partecipazione del raggruppamento alla gara.

Ed infatti il Consiglio di Stato ha rilevato che l'avvalimento plurimo invertito realizzato all'interno del raggruppamento non faceva venir meno in capo al concorrente (il raggruppamento) i requisiti necessari per eseguire l'appalto e, conseguentemente, non andava a discapito della stazione appaltante, venendo in rilievo un requisito di capacità economico-finanziaria finalizzato a garantire l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto sul piano patrimoniale rispetto al quale la stazione appaltante è tutelata dalla responsabilità solidale tra concorrente e ausiliaria.

**REPUBBLICA ITALIANA****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 9264 del 2017, proposto da:

Marino Rent s.r.l., Marino Car Service s.r.l., A.F. Motori di Adriano Civitella s.a.s., Officina Antinucci Francesco, Euro Soccorso 2015 s.a.s. di Delle Cave Rosetta, EuroSoccorso Stradale s.a.s. di Colella Luciano, Palermo Daniele ditta individuale, Rev. Mad. s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sergio Como, in Roma, via Giovanni Antonelli 49;

***contro***

Della Corte s.r.l., Da.Ma. s.r.l., Dimi s.r.l., Fratelli Valentino di Valentino Domenico e Valentino Paolo & C. s.n.c., Servizio Citroen di Iovene Giovanni & C. s.n.c., Desy Soccorso s.r.l.s., Esposer di Esposito Vincenzo & C. s.a.s., Lombardo s.r.l.s., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, la prima in proprio e quale capogruppo mandataria e le altre in proprio e in qualità di mandanti del raggruppamento temporaneo di imprese, tutte rappresentate e difese dagli avvocati Sergio Cenni e Marco Tiberii, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angela Fiorentino, in Roma, via Visconti 11;

***nei confronti***

Ministero dell'Interno, Agenzia del Demanio Campania, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Prefettura di Caserta – Ufficio territoriale di governo, non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE IV, n. 5516/2017, resa tra le parti, concernente le ammissioni alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'articolo 214-bis del codice della strada per l'ambito territoriale provinciale di Caserta

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno e dell'Agenzia del Demanio – Direzione della Campania;

Visto l'appello incidentale delle società Della Corte s.r.l., Da.Ma. s.r.l., Dimi s.r.l., Fratelli Valentino di Valentino Domenico e Valentino Paolo & C. s.n.c., Servizio Citroen di Iovene Giovanni & C. s.n.c., Desy Soccorso s.r.l.s., Espofer di Esposito Vincenzo & C. s.a.s. e Lombardo s.r.l.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2018 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Luigi Maria D'Angiolella, Sergio Cenni, Marco Tiberi e Davide Di Giorgio per l'Avvocatura generale dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO**

1. Le società indicate in epigrafe, facenti parte dei rispettivi raggruppamenti temporanei di imprese unici partecipanti alla procedura indetta dalla Prefettura di Caserta e dall'Agenzia del Demanio - Direzione regionale Campania per l'affidamento in appalto del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'articolo 214-*bis* del codice della strada per l'ambito territoriale provinciale di Caserta (bando pubblicato il 23 febbraio 2017), impugnano per quanto di rispettivo interesse la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania – sede di Napoli in epigrafe.

2. Con tale pronuncia il giudice di primo grado ha accolto i ricorsi incrociati, principale e incidentale, proposti ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm. dai due raggruppamenti temporanei contro l'altrui ammissione alla procedura di gara oggetto del presente giudizio (disposte entrambe nella seduta di gara di cui al verbale n. 6 del 21 luglio 2017 e comunicate con nota di prot. n. 10590 del 26 luglio 2017).

3. Più in particolare il Tribunale, in accoglimento del ricorso principale del raggruppamento facente capo alla Marino Rent s.r.l., ha ritenuto illegittima l'ammissione alla gara del raggruppamento temporaneo facente capo alla Della Corte s.r.l., perché:

- innanzitutto, in violazione dell'art. 89, comma 7, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, quest'ultima aveva assunto il ruolo di ausiliaria per le due referenze bancarie richieste quali requisiti economico-finanziari necessari ai fini della partecipazione alla gara nei confronti di più di una mandante (Desy soccorso s.r.l.s., la Lepore Giovanni s.r.l.s. e la Lombardo s.r.l.s.);

- quindi, la stazione appaltante aveva illegittimamente consentito di sanare questo vizio, attraverso l'invito a presentare «*distinte referenze bancarie per ciascuna delle imprese raggruppate*» (così in sentenza).

4. Del pari il giudice di primo grado ha ritenuto fondato il ricorso incidentale del raggruppamento temporaneo facente capo alla Della Corte e quindi illegittima la partecipazione alla gara del raggruppamento con capogruppo la Marino Rent, perché:

- quest'ultima, incaricata dell'esecuzione del 40% del servizio e dunque destinata a svolgere «*un ruolo essenziale*», era priva di un'area utilizzabile come autorimessa;

- inoltre, sia la mandataria che alcune mandanti erano iscritte alla Camera di commercio per attività di impresa non comprendenti il recupero, la custodia e l'acquisto di autoveicoli.

5. Le imprese facenti parte del raggruppamento con capogruppo la Marino Rent hanno quindi proposto appello, cui resistono con appello incidentale le imprese raggruppate con mandataria la Della Corte.

6. Si sono costituite in giudizio il Ministero dell'interno e l'Agenzia del Demanio, con comparsa di forma.

## DIRITTO

1. Entrambi gli appelli principale ed incidentale delle società facenti parte dei raggruppamenti temporanei partecipanti alla procedura di affidamento in contestazione nel presente giudizio sono fondati, cosicché la loro ammissione alla gara deve ritenersi legittima.

2. Con riguardo alla partecipazione del raggruppamento temporaneo facente capo alla Marino Rent, ed in particolare per quanto concerne la disponibilità delle aree da adibire a deposito di autoveicoli, va affermato quanto segue:

- il disciplinare di gara richiede al concorrente, quale requisito di capacità tecnico-organizzativa per l'attività di custodia dei veicoli da dichiarare ai fini della partecipazione alla gara, di «*disporre di un'area adibita a depositaria con una superficie non inferiore a 500 mq e idonea al parcheggio di almeno 50 autoveicoli*», oltre che recintata e illuminata (§ IX, punto A2, lett. b, del disciplinare di gara);

- nella parte relativa ai raggruppamenti temporanei di imprese il disciplinare di gara prevede che «*i requisiti tecnico organizzativi di cui al punto A.2 lett. a) e b) dovranno essere posseduti nel loro complesso dal RTI/consorzio ordinario e andranno attestati da ciascuno degli operatori economici che compongono il RTI/Consorzio ordinario, limitatamente alle attività di propria competenza*» (§ X, punto 9);

- che il requisito in questione sia dunque riferibile al raggruppamento temporaneo nel suo complesso convengono del resto anche le imprese odierne appellanti incidentali (cfr. a pag. 23 e 24 dell'appello incidentale);

- ciò precisato, come risulta dagli atti di causa, il raggruppamento di cui fanno parte le imprese odierne appellanti principali hanno messa a disposizione complessivamente cinque depositi: della capogruppo Marino Rent, in Teverola, e delle mandanti Euro Soccorso 2015 s.a.s. di Delle Cave Rosetta, in San Felice a Cancellò, impresa Palermo Daniele, in Vairano Patenora, e della Rev.Mad. s.r.l., in Maddaloni;
- non vi è contestazione sul fatto che i siti in questione soddisfino nel loro complesso i requisiti di superficie e la capacità di parcheggio dei veicoli richiesti dal disciplinare di gara;
- l'ampio dibattito tra le parti in causa sviluppatosi al riguardo, determinato a sua volta dalle ragioni che hanno portato il giudice di primo grado a ritenere illegittima la partecipazione alla gara del raggruppamento temporaneo appellante principale, concerne invece la conformità urbanistica ed edilizia dei medesimi siti;
- ciò premesso, tale dibattito trascura un profilo fondamentale, consistente nel fatto che il presente giudizio verte sull'ammissione alla gara;
- infatti le previsioni del disciplinare sopra richiamate sono relative alle modalità di presentazione delle offerte (cfr. la rubrica del § IX), ed in particolare alla documentazione amministrativa;
- quindi, con specifico riguardo alle aree adibite a deposito dei veicoli, nell'ambito di questa documentazione i concorrenti erano richiesti di produrre una relazione di un tecnico abilitato, attestante la conformità delle stesse *«al piano regolatore corrente nonché alle leggi vigenti, alle norme urbanistiche»* e la presenza di *«vie di accesso e di esodo»*;
- la fase dell'ammissione era quindi deputata alla verifica della conformità e completezza della documentazione amministrativa rispetto a quanto richiesto dal disciplinare di gara ed in questa linea si è correttamente posta la stazione appaltante;
- per contro, ai sensi del § XII del medesimo documento la verifica in ordine al possesso effettivo del requisito di capacità tecnico-organizzativa in questione è demandata alla fase di efficacia dell'aggiudicazione (cfr. il penultimo cpv. del paragrafo ora citato);
- deve peraltro evidenziarsi che il giudice di primo grado ha errato nel ritenere inidonea l'area situa nel Comune di Castel Volturno messa a disposizione dalla mandante Marino Car Service (poi nel prosieguo attribuita alla mandataria Marino Rent);
- la statuizione si fonda sul provvedimento di archiviazione della s.c.i.a. adottato dal medesimo Comune per l'esercizio dell'attività di autorimessa, che tuttavia è stato annullato dallo stesso Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – sede di Napoli, all'esito del giudizio instaurato contro tale provvedimento dall'odierna appellante (sentenza 12 marzo 2018, n. 1536; prodotta nel presente giudizio da quest'ultima);
- nella pronuncia in questione viene statuito che l'archiviazione – fondata sul mancato accatastamento dell'area nella categoria D/8 (Fabbricati costruiti o adattati per le speciali

esigenze di un'attività commerciale e non suscettibili di destinazione diversa senza radicali trasformazioni), non idonea secondo l'amministrazione allo svolgimento dell'attività in questione – è illegittima;

- ciò sul rilievo che la stessa «non è sottoposta ad alcun vincolo, è completamente scoperta e, soprattutto, al suo interno non vi sono locali chiusi o manufatti di qualsivoglia genere» ed inoltre «è solo recintata con muro e sovrastanti paletti e rete metallica per un'altezza non inferiore a mt. 2,50 ed è illuminata da un'altezza non inferiore a mt. 5», per cui il motivo ostativo addotto dal Comune di Castel Volturno è insussistente;

- il medesimo Tribunale amministrativo ha anche dato atto che la Marino Car Service ha successivamente ottenuto la classificazione dell'area nella categoria D/8 «a seguito di cambio della destinazione d'uso da deposito scoperto ad autorimessa scoperta» e che sulla base di questo nuovo classamento l'amministrazione «ha in sostanza prestato acquiescenza, rimuovendo in

*definitiva, l'ostacolo all'assentimento della SCIA»;*

- in contrario le società facenti parte del raggruppamento temporaneo con capogruppo la Della Corte deducono che la variazione della destinazione d'uso in questione è successiva al termine di presentazione dell'offerta;

- senonché nella sentenza poc'anzi esaminata il Tribunale amministrativo di Napoli ha comunque ritenuto illegittima l'archiviazione della s.c.i.a. sulla base di un più ampio accertamento della conformità dell'area dal punto di vista urbanistico ed edilizio, laddove la classificazione catastale non ha rilievo determinante a questo scopo;

- per tutte le ragioni finora esposte anche le ulteriori contestazioni riproposte nel presente giudizio d'appello ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. dalle appellanti incidentali in relazione agli altri siti messi a disposizione del raggruppamento temporaneo con capogruppo la Marino Rent vanno disattese (motivo VI dell'appello incidentale).

3. Per quanto riguarda invece l'ulteriore elemento ritenuto dal giudice di primo grado ostativo alla partecipazione alla gara del medesimo raggruppamento temporaneo, consistente nella mancanza dei requisiti di idoneità professionale ex art. 83, commi 1 lett. a) e 3, del codice dei contratti pubblici per lo svolgimento del servizio di recupero e custodia dei veicoli, va osservato quanto segue:

- come risulta dagli estratti dello statuto relativi all'oggetto sociale indicati dagli statuti delle società:

1) la mandataria Marino Rent esercita l'attività di traino e soccorso stradale nonché quella di deposito di beni per conto terzi, oltre che di commercio di veicoli in genere;

2) la Marino Car Service esercita l'attività di soccorso stradale con autorimessa e quella di demolizione di veicoli;



3) la Euro Soccorso 2015 s.a.s. di Delle Cave Rosetta esercita l'attività di soccorso stradale e di deposito e custodia giudiziale di veicoli su disposizione e affidamento di enti pubblici;

4) la Rev.Mad. svolge l'attività di soccorso stradale e di autorimessa di veicoli anche in custodia giudiziale;

- al riguardo, il § IX del disciplinare di gara impone ai concorrenti di essere iscritti alla Camera di commercio «*per l'attività oggetto dell'appalto*»;

- come si sottolinea nell'appello principale l'attività cui si riferisce questa previsione del disciplinare si sostanzia in un servizio unitario suddiviso al suo intero in più attività (recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto di sequestro, confisca o fermo amministrativo), che pertanto vanno ancora una volta considerate frazionabili nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese;

- in considerazione di quanto ora rilevato, ed in particolare in ragione del fatto che tra le attività per le quali le imprese odierne appellanti principali sono iscritte vi è anche la custodia di veicoli, non vi è dubbio che il raggruppamento temporaneo di cui le stesse fanno parte è nel suo complesso in possesso del requisito di idoneità professionale in questione;

- è in particolare incontestabile quella congruenza contenutistica tra iscrizione camerale e oggetto di appalto che consente di ritenere le attività oggetto della prima rispondenti alla finalità di verifica dell'effettiva idoneità professionale dell'operatore, da valutare in modo non formalistico, rispetto alle prestazioni da affidare (cfr. Cons. Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170, 10 novembre 2017, n. 5182; V, 7 febbraio 2018, n. 796);

- per le medesime ragioni ora esposte va respinto il motivo di impugnazione riproposto dalle appellanti incidentali ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm. con il quale si assume che le imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo di cui la Marino Rent è mandataria avrebbero reso nel D.G.U.E. false dichiarazioni sul punto (motivo V dell'appello incidentale).

4. Quanto al restanti motivi di ricorso incidentale riproposti dalle imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo con capogruppo la Della Corte, nel quale queste ultime assumono che le imprese del raggruppamento temporaneo concorrente non avrebbero specificato le quote del servizio da ciascuna assunto (motivo VII), lo stesso è infondato.

Tale censura si basa sulla non corretta premessa per cui la specificazione delle quote di esecuzione avrebbe dovuto riguardare le singole attività di cui il servizio posto a gara si compone: recupero, custodia e acquisto dei veicoli. Si è invece precisato *supra* che il servizio in questione va considerato in modo unitario, per cui deve ritenersi legittima l'indicazione cumulativa delle percentuali da parte degli operatori facenti parte del raggruppamento con capogruppo la Marino Rent.

5. Esaurite le questioni relative alla partecipazione alla gara di quest'ultima, vanno ora esaminate quelle concernenti il raggruppamento temporaneo con capogruppo la Della Corte.



6. Sul punto, sono fondate le censure che queste ultime formulano all'indirizzo del capo della sentenza di primo grado in cui è stato ritenuto illegittimo l'avvalimento plurimo inverso infra raggruppamento temporaneo delle referenze bancarie (richieste dal § IX, punto A4 del disciplinare di gara in numero di due e recanti l'attestazione del «*la solidità economica e finanziaria dell'offerente*»).

Come infatti si deduce nell'appello incidentale, il divieto sancito dall'art. 89, comma 7, del codice dei contratti pubblici – il quale recita «*in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti*» - pone nella prima parte un divieto che operatori economici in competizione in gara facciano sì avvalgano della stessa impresa per qualificarsi. Il divieto in questione ha la funzione di assicurare la lealtà del confronto concorrenziale ed impedire che della stessa capacità tecnico-organizzativa o economico-finanziaria si avvalgano più partecipanti alla medesima gara, oltre che di prevenire che anche le offerte possano essere alterate. Per ragioni analoghe la disposizione in esame vieta all'impresa ausiliaria di assumere la veste del concorrente nella medesima procedura di affidamento.

7. Per contro, l'avvalimento all'interno dei partecipanti ad un raggruppamento temporaneo di imprese è espressamente consentito nella (art. 89, comma 1), così come è riconosciuto l'avvalimento «*di più imprese ausiliarie*» (comma 6), a differenza dell'avvalimento “a cascata”, invece vietato dal medesimo comma 6. Nella sua prima parte questa disposizione recepisce l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea, espresso nel vigore del previgente codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con la sentenza 10 ottobre 2013, C-94/12 e poi riaffermato con la sentenza 2 giugno 2016, C-27/15.

8. In linea con le pronunce della Corte di giustizia ora richiamate, la giurisprudenza nazionale ha affermato che in caso di avvalimento frazionato ciò che rileva è la dimostrazione da parte del concorrente che si avvale delle capacità di più imprese di potere disporre effettivamente dei mezzi di questi ultimi necessari all'esecuzione dell'appalto (cfr., Cons. Stato, V, 28 aprile 2014, n. 2200, 17 marzo 2014, n. 1327). La stessa Corte di giustizia nella sentenza 10 ottobre 2013, C-94/12 ha precisato che l'applicazione dell'avvalimento plurimo o frazionato non è senza limiti e che in particolare questa forma di prestito può legittimamente essere vietata quando l'appalto da affidare presenti caratteristiche «*tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori*» (§ 35 della sentenza).

In altri termini, dai precedenti giurisprudenziali in esame si desume che le finalità di massima partecipazione sottese all'istituto dell'avvalimento non devono andare a discapito dell'interesse della stazione appaltante a contrarre con operatori economici affidabili ed effettivamente in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dalla normativa di gara.

9. Ciò precisato, nel caso di specie viene in rilievo un requisito di capacità economico-finanziaria, finalizzato ad assicurare la stazione appaltante circa l'idoneità del concorrente a sostenere le obbligazioni derivanti dal contratto sul piano patrimoniale, in relazione alla quale a tutela della stazione appaltante vi è la previsione di responsabilità

solidale tra concorrente e ausiliaria di cui all'art. 89, comma 5, del codice dei contratti pubblici. Sotto questo profilo deve quindi ritenersi che l'avvalimento del requisito in questione a favore di più mandanti dello stesso raggruppamento temporaneo non sia di per sé ostativo alla partecipazione alla gara, se e nella misura in cui questa modalità di prestito plurimo non si risolva in una elusione dei requisiti previsti, e si consenta quindi ad imprese non qualificate di essere ammesse alla procedura di affidamento oppure si privi l'ausiliaria del requisito stesso.

10. Questa evenienza non risulta nel caso di specie, in cui la mandataria Della Corte ha dichiarato di prestare le proprie referenze bancarie a tre mandanti: s.r.l.s. Lombardo, Desy e Lepore Giovanni. I rilievi formulati sul punto dalla stazione appaltante si incentrano invece sul rispetto di una specifica previsione del disciplinare di gara secondo cui le due referenze bancarie avrebbero dovuto essere presentate «*da ciascun operatore raggruppato*» (§ X, punto 10)

11. Tuttavia, con riguardo a tale profilo risulta legittimo il soccorso istruttorio consentito al raggruppamento temporaneo tra le imprese odierne appellanti incidentali. Infatti, come sostengono queste ultime, l'applicazione nel caso di specie di questo istituto risulta conforme alla norma di cui all'art. 86, comma 7, del codice dei contratti pubblici, secondo cui l'operatore economico «*che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*».

12. Nel caso di specie i fondati motivi per i quali queste tre mandatarie avevano inizialmente presentato una sola referenza bancaria sono stati poi chiariti dal raggruppamento temporaneo con capogruppo la Della Corte, in riscontro alle richieste di regolarizzazione della stazione appaltante (relative alle sole società Desy e Lepore Giovanni, poiché per la Lombardo si è ritenuto valido l'avvalimento della mandataria Della Corte). Le ragioni in questione sono consistite nella «*recente costituzione aziendale*» e nella scelta di non aprire nuovi rapporti con altri istituti di credito (così nella nota in data 19 luglio 2017 della medesima mandataria).

13. Ebbene, deve affermarsi al riguardo che si tratta di motivi legittimi ai sensi della disposizione del vigente codice dei contratti pubblici da ultimo menzionata, tenuto conto della libertà di impresa e dell'idoneità – non contestata – della sola referenza bancaria inizialmente prodotta da ciascuna di queste due mandanti, oltre che del fatto che tali referenze costituiscono «*mezzi di prova*» dei requisiti di capacità economico-finanziaria (così la rubrica del sopra citato art. 86 d.lgs. n. 50 del 2016), per cui occorre avere riguardo all'idoneità delle stesse e non già al loro numero a provare la capacità in questione. In termini si è del resto espressa la giurisprudenza amministrativa nel rigore del previgente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (cfr. Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1068, secondo cui non è applicabile la sanzione espulsiva quando la mancata presentazione della seconda referenza sia giustificata da idonea ragione ostativa, come la sussistenza di rapporti con un solo istituto bancario, e sia supplita dalla produzione di documentazione equipollente a fini dimostrativi).

14. Al medesimo riguardo va poi sottolineato che con la citata nota di riscontro alla richiesta di regolarizzazione la Della Corte ha prodotto per ciascuna delle due mandanti Desy e Lepore

Giovanni due referenze bancarie, che comprovano ulteriormente la capacità economica e finanziaria di queste due società. Capacità che – giova ribadire, in relazione alle ulteriori contestazioni formulate sul punto dalle imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo con capogruppo la Marino Rent – è stata comprovata sin dalla presentazione dell’offerta del raggruppamento temporaneo concorrente e che le referenze bancarie prodotte in riscontro al soccorso istruttorio hanno ulteriormente confermato.

15. Nell’appello principale sono peraltro riproposte altre censure che in ipotesi renderebbero illegittima la partecipazione alla gara del raggruppamento con capogruppo la Della Corte, che pertanto vanno esaminati.

16. Si sostiene innanzitutto che la mandante Lepore Giovanni era priva del requisito di idoneità professionale già esaminato in precedenza, perché risultante inattiva dalla certificazione camerale prodotta in gara.

17. Il motivo va respinto per le ragioni espresse dal Tribunale amministrativo, ed in particolare in considerazione del fatto che la pretesa inattività consisteva in realtà in una mera sospensione dell’iscrizione camerale, poi superata da documentazione successiva in virtù della quale il procedimento si è poi concluso positivamente. La circostanza che l’integrazione documentale sia avvenuta in epoca successiva al termine di presentazione delle offerte, come sottolineano le appellanti principali, non si traduce sulla partecipazione alla gara dell’impresa, stante il carattere meramente interinale della medesima sospensione e l’effetto retroattivo dell’iscrizione conseguente al superamento delle ragioni a base di quest’ultimo provvedimento.

18. Da ultimo le appellanti principali ripropongono il motivo diretto a sostenere che l’inidoneità delle aree di deposito dei veicoli messe a disposizione per l’esecuzione del servizio dalle imprese facenti parte del raggruppamento con capogruppo la Della Corte, che tuttavia va respinto per le stesse ragioni espresse con riguardo alla censura speculare censura di queste ultime nei confronti delle prime.

19. In conclusione, in accoglimento di entrambi gli appelli la sentenza di primo grado va riformata, dovendo essere respinti sia il ricorso principale che il ricorso incidentale di primo grado.

La reciproca soccombenza delle parti giustifica compensazione integrale delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, come in epigrafe proposti, li accoglie entrambi e per l’effetto, in riforma della sentenza di primo, respinge i ricorsi principale e incidentale.