



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2986 del 2011, proposto da:  
Ferco S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Zoppolato, con  
domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Dante, 16

***contro***

Provincia di Milano, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nadia Marina  
Gabigliani, Angela Bartolomeo, Maria Luisa Ferrari e Alessandra  
Zimmitti, domiciliata in Milano, Via Vivaio, 1

***nei confronti di***

Geco Soc.Cons. a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimiliano  
Brugnoletti e Riccardo Marletta, con domicilio eletto presso lo studio  
di quest'ultimo in Milano, Piazza Duse, 3

***per l'annullamento***

della determinazione dirigenziale n. 9207 del 5 ottobre 2011, prot. n.

157629 del 4 ottobre 2011, con la quale è stata dichiarata l'aggiudicazione definitiva del "servizio di pulizia e prestazioni accessorie per le sedi della Provincia di Milano - Lotto n. 2 - per un periodo di 36 mesi dalla stipulazione del contratto all'impresa GECO Soc.Cons. a r.l. per Pulirapida S.r.l. (esecutrice)";  
del verbale di procedura aperta con modalità telematica, atto provinciale n. 12571972011/6.11/011726 del 26 luglio 2011;  
di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e/o comunque connesso e, in particolare, dei verbali di gara, nonché del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Milano;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Geco Soc. Cons. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2012 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con ricorso tempestivamente notificato e depositato in data 4 novembre 2011, la ricorrente impugnava, chiedendone la

sospensione in via incidentale, il provvedimento con il quale l'amministrazione resistente aveva aggiudicato in via definitiva l'appalto del servizio di pulizia per le sedi della Provincia di Milano alla società controinteressata.

In particolare, Ferco S.r.l. contestava l'illegittima ammissione alla gara della società designata dall'aggiudicataria per l'esecuzione dell'appalto, in quanto tale società sarebbe stata sprovvista del requisito patrimoniale richiesto, o comunque, nel dichiararlo, avrebbe violato i principi generali del codice dei contratti pubblici in tema di avvalimento. In secondo luogo, la ricorrente sosteneva che l'aggiudicataria sarebbe dovuta essere esclusa per insufficienza dell'importo garantito a cauzione rispetto a quello previsto dal bando.

Costituitesi l'amministrazione provinciale, che resisteva al gravame, e la controinteressata, che dispiegava ricorso incidentale, articolando tre censure di illegittimità afferenti alla mancata esclusione della ricorrente principale da parte della commissione giudicatrice, questa Sezione respingeva l'istanza cautelare, mentre il Consiglio di Stato, in sede di appello, la concedeva ai soli fini di una sollecita trattazione nel merito.

La causa passava infine in decisione alla pubblica udienza del 9 maggio 2012.

## DIRITTO

Va preliminarmente esaminato il ricorso incidentale proposto dalla

controinteressata, al fine di verificare la sussistenza della legittimazione ad agire della ricorrente.

Tale ricorso appare, peraltro, destituito di fondamento.

Nello specifico, il Consorzio Geco ha innanzitutto dedotto che l'Ati Ferco sarebbe stata da escludere, in quanto entrambe le referenze bancarie da produrre per ogni impresa associata avrebbero dovuto prevedere la disponibilità all'apertura di una linea di credito dedicato per l'importo di € 2.000.000,00.

Tale censura è da respingere in quanto la clausola del disciplinare di gara in esame è stata interpretata in corso di gara, e sulla base di uno specifico quesito al riguardo formulato, come richiedente un importo minimo "complessivo" di € 2.000.000,00 di apertura di credito.

In secondo luogo, il Consorzio Geco ha contestato che la fideiussione presentata dall'Ati Ferco fosse condizionata, in violazione delle norme del disciplinare, e non avesse indicato un termine di durata del rinnovo.

Anche tale censura appare priva di pregio, poiché, da un lato, l'impegno del garante "sin d'ora" a rinnovare la cauzione provvisoria, "a richiesta della stazione appaltante", non è altro che una formula destinata ad esplicitare che l'effetto automatico richiesto dalla lex specialis sia materialmente legato ad una comunicazione in merito da parte dell'amministrazione; dall'altro, il richiamo della ricorrente alla "durata indicata nel bando" deve essere necessariamente riferito, per un elementare principio di interpretazione secondo buona fede,

proprio ai novanta giorni di cui parla il disciplinare di gara.

Infine, quanto alla presunta mancata sottoscrizione della cauzione da parte dell'Ati Ferco, la ricorrente ha provato che la firma digitale con cui doveva essere sottoscritto il documento telematico era stata debitamente allegata nelle forme prescritte.

Quanto invece al motivo di impugnazione afferente all'illegittimità della norma del disciplinare prescrivente il capitale minimo da possedere per partecipare alla gara, esso è stata articolato solo in via gradata, e in relazione ad un eventuale accoglimento del ricorso principale, con la conseguenza che dal rigetto di tale ricorso discende il suo assorbimento.

Il ricorso principale risulta infatti infondato, nei termini di quanto si dirà.

Punto nodale da risolvere è la legittimità o meno dell'utilizzazione del patrimonio netto "consolidato" da parte della società di cui si è avvalso il Consorzio Geco per soddisfare il requisito patrimoniale prescritto dal bando.

Da un lato, infatti, è corretto quanto dice il ricorrente in relazione al fatto che i concetti di patrimonio netto e di patrimonio netto consolidato non appaiono sovrapponibili, avendo il primo un valore giuridico ben definito ed essendo il secondo invece una sorta di valore fittizio scaturente dalla sommatoria di poste contabili di società diverse, in sede di consolidamento. E' altresì da condividere l'osservazione per cui il tenore letterale del disciplinare appare essere

di ostacolo ad una interpretazione estensiva del requisito richiesto, facendo esclusivo riferimento alla media del patrimonio netto come risultante dai bilanci di esercizio di un biennio.

D'altra parte, però, i gruppi societari sono oggi una realtà che non solo ha avuto un esplicito riconoscimento normativo sin dall'attuazione delle direttive comunitarie in materia di conti consolidati (avvenuta con l'introduzione del d.lgs. n. 127 del 1991), oltre che in tema di disciplina del "margine di solvibilità di gruppo" nel settore dell'intermediazione bancaria e assicurativa, ma che sempre più, per l'innegabile tendenza generale delle imprese ad evitare un eccessivo e penalizzante frazionamento sul mercato, ha preso piede (anche) nel panorama delle procedure concorsuali di aggiudicazione degli appalti.

Gli artt. 2497 e ss. del codice civile, da questo punto di vista, hanno introdotto una disciplina in materia di direzione e coordinamento di società che parte dal presupposto fondamentale di una posizione di dominio incondizionato sulle società satelliti da parte della capogruppo, e quindi cerca di stabilire delle garanzie minime a favore dei soci e dei creditori delle componenti più deboli del gruppo (ovvero, le società controllate).

Il legislatore del codice dei contratti pubblici, peraltro, ha tenuto conto di tale realtà proprio nel delineare la disciplina dell'avvalimento di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, allorché ha stabilito che "nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al

medesimo gruppo”, in luogo del “contratto in virtù del quale l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto”, “l’impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo”.

In pratica, il d.lgs. n. 163 del 2006 ha previsto come equivalente ad un contratto di avvalimento, ai fini dell’affidabilità dell’impegno, l’attestazione dell’esistenza di un legame di controllo o collegamento tra società concorrente e società ausiliaria.

Le considerazioni appena esposte, anche in ossequio al principio del “favor participationis” e all’assenza nel bando *de quo* di una clausola di esclusione formulata in modo tale da restringere il concetto di patrimonio medio a quello di un’unica impresa, inducono questo Collegio ad accogliere l’interpretazione proposta dalla società resistente in ordine alla sussistenza del requisito di ammissibilità.

In definitiva, dunque, la società ausiliaria Holding Del Conte S.r.l., risultando capofila di un gruppo di imprese, caratterizzantesi come entità economica unitaria, possiede di fatto, e certamente in termini anche giuridici di disponibilità concreta, un patrimonio complessivo derivante dalla sommatoria dei patrimoni di tutte le società dell’area di consolidamento, nei limiti e in proporzione alle partecipazioni di cui la stessa è in possesso. Tale patrimonio netto, unitariamente considerato, soddisfa certamente il requisito richiesto dal bando di

gara. Di conseguenza, la società ausiliaria non si è avvalsa a sua volta di altri patrimoni, coincidendo i patrimoni della holding e quelli delle controllate, nei termini appena esposti, né, per gli stessi motivi, la dichiarazione della Pulirapida di avere realizzato mediante avvalimento il requisito patrimoniale può essere qualificata come falsa.

Non coglie nel segno neppure l'altro motivo di ricorso secondo il quale HDC non avrebbe messo a disposizione il suo patrimonio, bensì si sarebbe semplicemente obbligata a possederlo, in quanto la lettura combinata della dichiarazione dell'ausiliaria e del contratto di avvalimento depongono nel senso di un'assunzione di obblighi nei termini di cui al bando di concorso, dovendosi necessariamente far coincidere la messa a disposizione per tutta la durata dell'appalto delle "risorse necessarie" con la messa a disposizione, in termini di possesso, del patrimonio netto richiesto.

In ultimo, va respinta anche la censura relativa all'insufficienza dell'importo della cauzione provvisoria effettivamente prestata e di quello della cauzione provvisoria che avrebbe dovuto essere indicato. Fermo restando che in presenza, come nel caso di specie, di dubbi interpretativi ingenerati da un'ambigua formulazione delle norme della lex specialis, dovrebbe comunque salvaguardarsi l'ammissibilità dell'offerta in ossequio alla clausole generali di buona fede e di massima partecipazione alla gara, lo scarto minimo tra cauzione prestata e cauzione da prestare (€ 44,63) depone nel senso di una



mera irregolarità sanabile e non di una violazione del bando sanzionabile con l'esclusione.

Appare infatti da privilegiare, in merito, la tesi secondo cui, avendo la cauzione la duplice finalità di garantire la stazione appaltante dalla mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e di assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata, tale "ratio" non può ritenersi vulnerata dalla prestazione di una garanzia fideiussoria deficitaria di poco più di 44 euro.

D'altra parte, il Consiglio di Stato, con sentenza dell'1 febbraio 2012, n. 493, ha tratto dall'introduzione nel corpo del codice dei contratti pubblici dell'art. 46 comma 1-bis, un ulteriore argomento favorevole all'interpretazione nel senso anzidetto dell'art. 75, commi 1 e 6 del d.lgs. n. 163/2006.

Tale disposizione prescrive l'obbligo di corredare l'offerta di una garanzia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente, a garanzia della serietà dell'impegno di sottoscrivere il contratto e quale liquidazione preventiva e forfettaria del danno in caso di mancata stipula per fatto dell'affidatario.

La norma non prevede, però, alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata (o venga prestata per un importo inferiore); a differenza di quanto prevede, invece, l'ottavo comma dello stesso articolo 75, con riferimento alla garanzia

fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario, garanzia che parimenti deve essere presentata unitamente all'offerta.

L'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti, inserito dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, ha previsto la tassatività delle cause di esclusione, disponendo che la stazione appaltante possa escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; ma i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione.

La novella legislativa che ha introdotto il comma 1 bis all'art. 46, che pure non è direttamente applicabile *ratione temporis* al caso di specie, accoglie dunque una interpretazione dell'art. 75 che valorizza la diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8, nel senso di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva, che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica l'esclusione dalla gara.

La disposizione dell'art. 75, comma 6 del codice dei contratti pubblici va, dunque, intesa nel senso che l'Amministrazione non può disporre l'esclusione del concorrente che abbia presentato la cauzione di importo inferiore a quello richiesto, dovendo questa, in applicazione della regola di cui all'art. 46, comma 1, consentire la regolarizzazione degli atti, tempestivamente depositati, ovvero consentire l'integrazione della cauzione insufficiente.

Il ricorso principale è dunque infondato e come tale va respinto.

Sussistono peraltro gravi ragioni, in relazione alla complessità della questione esaminata e alla soccombenza reciproca, per compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti, li respinge.

Compensa le spese di lite tra le parti.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Roberto Lombardi, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/06/2012

IL SEGRETARIO

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