



**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 5610 del 2012, proposto dalla società Ferco s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo dell'a.t.i. con Lancar e Miorelli Service, rappresentato e difeso dall'avv.to Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via del Mascherino n. 72;

***contro***

Provincia di Milano, in persona del presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Angela Bartolomeo e Marialuisa Ferrari, con domicilio eletto presso Piero D'Amelio in Roma, via della Vite n. 7;

***nei confronti di***

Geco Soc. Cons. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv.to Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

***per la riforma***

della sentenza del T.a.r. per la Lombardia – Milano – Sezione I, n. 1658 del 14 giugno 2012.

Visti il ricorso in appello principale e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Milano e della Geco Soc. Cons. a r.l.;

visto l'appello incidentale proposto dalla Geco Soc. Cons. a r.l.;

viste le memorie difensive depositate dalla appellante principale (in data 24 agosto 2012 e 4 gennaio 2013), dalla appellante incidentale (in data 24 agosto 2012 e 11 gennaio 2013) e dalla provincia di Milano (in data 24 agosto 2012 e 21 dicembre 2012);

visti tutti gli atti della causa;

visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2013 il consigliere Vito Poli e udite per le parti gli avvocati Zoppolato, Vagnozzi su delega dell'avvocato Ferrari, e Brugnoletti;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dagli atti della gara telematica (da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), per l'affidamento del servizio di pulizia e prestazioni accessorie per

le sedi della provincia di Milano, indetta dalla stessa provincia con bando spedito per la pubblicazione in data 21 aprile 2011.

1.1. La gara è stata aggiudicata in via definitiva alla Geco Soc. Cons. a r.l. (in prosieguo ditta Geco, cfr. determinazione n. 9207 del 5 ottobre 2011); al secondo posto si è classificata l'a.t.i. costituita fra la mandataria Ferco s.r.l. e le imprese mandanti Lancar e Miorelli Service (in prosieguo ditta Ferco), che ha impugnato la procedura formulando domanda di risarcimento del danno.

2. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Lombardia – Milano – Sezione I, n. 1658 del 14 giugno 2012 -: a) ha respinto tutti i motivi posti a base del ricorso incidentale proposto dalla Geco;

b) ha respinto tutti i motivi posti a base del ricorso principale proposto dalla Ferco;

c) ha compensato le spese di lite.

3. Con atto ritualmente notificato e depositato la ditta Ferco ha interposto appello principale avverso la su menzionata sentenza reiterando criticamente tutti i motivi posti a sostegno del ricorso di primo grado.

4. Si sono costituiti per resistere, la Provincia di Milano e la Geco; quest'ultima ha interposto appello incidentale insistendo, in via pregiudiziale, per l'accoglimento del ricorso incidentale.

5. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 22 gennaio 2013.

6. Preliminarmente il collegio rileva che, essendo riemerso l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado, è prioritario l'esame del ricorso incidentale a suo tempo proposto dalla ditta Geco.

7. Si rileva decisivo l'esame dei primi due motivi del ricorso incidentale sviluppato in primo grado.

7.1. Con il primo motivo (pagine 5 – 8), si lamenta la violazione del punto F del disciplinare di gara; si deduce che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la ditta Ferco per non aver presentato, unitamente alla mandante Miorelli Service, due referenze bancarie recanti entrambe l'impegno all'apertura di una linea di credito per un importo minimo di due milioni di euro.

7.1.1. Il motivo è fondato.

7.1.2. In fatto si precisa quanto segue:

a) il disciplinare ha imposto a pena di esclusione, a tutte le imprese raggruppate, di produrre <<...idonee referenze bancarie da parte di almeno due istituti bancari operanti negli stati membri della UE attestanti la disponibilità ad aprire a favore del soggetto economico concorrente, qualora dovesse risultare aggiudicatario definitivo ed addivenire alla stipulazione del contratto d'appalto, una linea di credito dedicata di valore almeno pari ad Euro 2.000.000,00>> (cfr. punto F, n. 1, lett. h) e n. 2, secondo trattino, del disciplinare);

b) nel corso della procedura la ditta Ferco ha richiesto alla stazione appaltante un chiarimento del seguente testuale tenore: <<per le referenze bancarie l'affidamento di 2.000.000,00 è da intendersi, come presumiamo, complessivo per le due referenze richieste?>>; è seguita la risposta dell'amministrazione che si riporta: <<posto che la valorizzazione della linea di credito (Euro 2.000.000,00) è stata operata in rapporto al valore presunto (base d'appalto) di ciascun lotto, al fine del possesso del requisito di partecipazione di cui alla lettera h) del paragrafo F del disciplinare di gara (idonee referenze bancarie), è sufficiente che l'importo minimo di Euro 2.000.000,00 dell'apertura di credito risulti attestato dalle referenze bancarie presentate nel loro complesso>>.

7.1.3. Dal tenore testuale delle clausole del disciplinare, come illustrate dai chiarimenti, emerge che la stazione appaltante ha prescritto a pena di esclusione:

a) la presentazione di almeno due referenze bancarie;

b) che ciascuna referenza contenga l'impegno della banca ad aprire una linea di credito;

c) che il valore della linea di credito sia almeno pari ad euro due milioni nel complesso.

La prescrizione non assume una valenza solo formale perché consente di rafforzare le aspettative della stazione

appaltante nella capacità dell'aggiudicataria di fronteggiare le evenienze che si dovessero verificare durante l'esecuzione del rapporto contrattuale in caso di criticità riferibili ad una delle due banche prescelte.

Risultando *per tabulas* (ma la circostanza non è controversa fra le parti), che la capogruppo Ferco e la mandante Miorelli non hanno presentato due referenze conformi al disciplinare, il relativo motivo del ricorso incidentale deve essere accolto.

Per concludere sul punto il collegio evidenzia che è irrilevante che pure la ditta Geco abbia presentato una sola referenza bancaria idonea perché nei suoi confronti non è stata dedotta la relativa censura da parte di Ferco.

7.2. Con il secondo motivo (pagine 8 – 11), si lamenta la violazione del punto G (*rectius* H) del disciplinare di gara; si deduce che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la ditta Ferco per non aver presentato una idonea cauzione provvisoria.

7.2.1. Il motivo è fondato.

7.2.2. In fatto si precisa quanto segue:

a) il disciplinare ha imposto a pena di esclusione che <<...*ai sensi dell'art. 75, comma 5, del D.lgs. 163/2006, la garanzia dovrà essere corredata a pena di esclusione dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia per ulteriori 90 giorni, nel caso in cui alla scadenza di validità della garanzia provvisoria non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione.*>> (cfr. punto H, n. 1 lett. b) e allegato n. 2 recante il pertinente modulo di dichiarazione del garante);

b) il bando di gara nulla ha previsto *in parte qua*,

c) la società garante SACE bt ha rilasciato la seguente dichiarazione: <<*In relazione a quanto previsto dall'art. 75, comma 5, del D. LGS n. 163 del 12.4.2006, la società si impegna sin da ora, su richiesta della stazione appaltante, a rinnovare la presente garanzia, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione*>>.

7.2.3. E' pacifica la difformità della garanzia offerta da Ferco rispetto a quanto stabilito dal disciplinare; invero la SACEbt, si è letteralmente impegnata a estendere la garanzia per la durata del bando (che non prevede alcun termine a differenza del disciplinare) e dietro richiesta della stazione appaltante (mentre il disciplinare ha previsto un assoluto automatismo).

Come noto, in tema di appalti pubblici l'atto che costituisce la prestazione di garanzia non può presentare contraddizioni o ambiguità tali che il garante possa opporre alla stazione appaltante limitazioni alla garanzia prestata ovvero eccezioni tali da frustrare la finalità stessa della previsione normativa; pertanto, quando la polizza non consenta con immediatezza di ritenere assolta la garanzia di cui all'art. 75 cit. (cioè senza che si renda necessario un lavoro interpretativo in ordine alla individuazione della esatta portata soggettiva ed oggettiva del patto contrattuale), deve ritenersi violata la relativa prescrizione della legge di gara (cfr. da ultimo Cons. St., sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340).

Da qui un ulteriore profilo di illegittimità relativo alla mancata esclusione della ditta Ferco.

8. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza accogliere l'appello incidentale e dichiarare improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'appello principale.

9. Nel peculiare andamento del processo il collegio ravvisa, a mente del combinato disposto degli artt. 26, co. 1, c.p.a. e 92, co. 2, c.p.c., eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) accoglie l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso incidentale

di primo grado e dichiara improcedibile il ricorso principale;

b) dichiara improcedibile l'appello principale;

c) dichiara integralmente compensate fra le parti le spese di ambedue i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2013

IL SEGRETARIO

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