

N. 03938/2013 REG.PROV.COLL.
N. 08237/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8237 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Lovers Srl, in qualità di mandataria del costituendo RTI con le società Tessitura Majocchi S.r.l. e NV Seyntex S.A., in persona dell'Amministratore unico e legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Ministero della Difesa, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Sinergy Group Srl, quale mandante del costituendo RTI con El Corte Ingles s.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Marino, con domicilio eletto presso Lucio Mario Epifanio in Roma, via Gramsci, 7;

Società El Corte Ingles s.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- degli atti e verbali di gara con i quali il Ministero della Difesa ha ammesso alla prosecuzione della gara il RTI El Corte Ingles SA e Sinergy Group s.r.l.;
 - della nota del 6 settembre 2012 sull'offerta tecnica dell'aggiudicataria;
 - dell'aggiudicazione provvisoria disposta a favore del suddetto RTI nella seduta pubblica del 25 settembre 2012;
 - della risposta all'istanza ex art. 243/bis del D.Lgs. n. 163 del 2006 comunicata in data 28 settembre 2012;
- e con atto contenente motivi aggiunti
- del decreto dd. N. 2/01/2013 del 17 gennaio 2013, comunicato alla società ricorrente il 18 gennaio 2013 con il quale il Ministero della Difesa procedeva all'aggiudicazione definitiva del lotto 1 del Bando di gara inviato alla GUUE S85 in data 3.5.2012 per la fornitura di materiale vario di vestiario-equipaggiamento a favore del RTI Corte Ingles – Sinergy Group;
 - del verbale del 21 dicembre 2012 per la valutazione dei requisiti di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e del verbale per la valutazione dei requisiti di cui all'art. 48 del medesimo D.Lgs.;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e della Soc Sinergy Group Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2013 il dott. Francesco Riccio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso, notificato il 15 ottobre 2012 e depositato il successivo 16 ottobre, la società interessata, quale facente parte del RTI con le società Tessitura Majocchi S.r.l. e NV Seyntex S.A. partecipante alla gara bandita il 3 maggio 2012 dal Ministero della Difesa, tramite una procedura ristretta ed accelerata, per la fornitura di materiale vario di vestiario-equipaggiamento da aggiudicare al prezzo più basso, ha impugnato gli atti meglio specificati in epigrafe perché lesivi del proprio interesse connesso all'affidamento della citata fornitura oggetto della procedura ad evidenza pubblica.

Al riguardo, la medesima società ha prospettato come motivi di impugnazione:

1) Violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 34, 40 e 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Violazione dei principi di buon andamento e di proporzionalità. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Illogicità Manifesta, poiché la società El Corte Ingles, facente parte del RTI aggiudicatario, non ha nell'oggetto sociale la produzione di tessuti, ma soltanto l'attività di commercializzazione ed è, altresì, carente del requisito fondamentale dell'ISO 9001.2008 nel settore EA/IAF 04, richiesto dalla stazione appaltante a pena di esclusione, non essendo all'uopo sufficiente il ricorso all'istituto dell'avvalimento come dichiarato dalla suddetta società ed acclarato dalla stessa stazione appaltante;

2) Violazione e falsa applicazione di legge; Eccesso di potere per difetto di istruttoria, violazione del principio di par condicio, carenza di motivazione, poiché l'atto di procura rilasciato al sig. Victor Manuel Linero Saro non è idoneo a legittimare, nel contesto della gara di cui è merito, la rappresentanza della società El Corte Ingles, mancando un'apposita procura ad hoc e non potendo essere sanata la relativa mancanza dall'integrazione

postuma ammessa dalla stazione appaltante;

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Violazione dell'interesse pubblico. Art. 97 della Costituzione. Par condicio. Eccesso di potere per omessa attestazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1 lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006, con riferimento agli amministratori con rappresentanza della società El Corte Ingles, nonché i direttori tecnici delle società ausiliarie, atteso che le citate dichiarazioni dovevano essere rilasciate, diversamente da quanto documentato dalla predetta società spagnola, anche dagli altri soggetti che sono dotati di poteri di rappresentanza ed in particolar modo il sig. Juan Manuel del Mingo Contreras, che, in qualità di Consigliere-Segretario del Consiglio di Amministrazione della predetta società, aveva rilasciato la procura al sig. Victor Manuel Linero Saro, nonché il sig. Anselmo Carlos Martinez Echavarria, indicato nella seconda procura trasmessa dalla società El Corte Ingles; dalla dichiarazione depositata sarebbe esclusa anche la dichiarazione ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 del direttore tecnico delle società ausiliarie;

4) Violazione di legge e del bando, punto III.2.1, lett. f); Violazione dell'art. 28 del T.U. n. 773/1931; Eccesso di potere per carenza di istruttoria, disparità di trattamento, poiché la Società confezionista B&M Cloting con sede in Polonia avrebbe dovuto quantomeno presentare una certificazione di conformità dei prodotti valevole per lo Stato Polacco (OiB) che ha la stessa funzione della licenza rilasciata dal Ministero della difesa ai sensi del citato articolo 28;

5) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*; Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione, poiché le società raggruppate non sono in grado di svolgere neppure una delle fasi essenziali di lavorazione richieste dall'appalto e devono ricorrere all'avvalimento per tutta l'esecuzione della fornitura; inoltre i contratti di avvalimento

sottoscritti dalla Sinergy Group S.r.l. limitano il relativo contratto alla sola confezione, non contemplando in alcun modo il taglio; per ciò che riguarda la capacità produttiva giornaliera delle società ausiliarie si fa rilevare che l'istruttoria compiuta dalla stazione appaltante sia del tutto carente e poca esaustiva visto il numero ristretto dei dipendenti delle due imprese ausiliarie incaricate del confezionamento del vestiario-equipaggiamento.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero della Difesa e la Società Sinergy Group S.r.l., quale facente parte del costituendo RTI aggiudicatario della gara in discussione.

Il primo ha eccepito, in rito, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse alla decisione stante la natura provvisoria dell'aggiudicazione impugnata e per difetto del giusto contraddittorio e, nel merito, l'infondatezza dei motivi di gravame.

La seconda ha, invece, eccepito in rito la nullità della notifica del ricorso nei confronti della società associata mandataria, El Corte Ingles S.A. e la tardività del ricorso principale, anche in ragione della circostanza che il presente mezzo di gravame è stato notificato alla predetta società spagnola – capogruppo del costituendo RTI – solo attraverso il mezzo del fax che, secondo la normativa comunitaria e la convenzione esistente tra l'Italia e la Spagna, non sarebbe un mezzo idoneo a perfezionare la notifica; in merito alla tardività si richiama l'art. 120, comma 5, del c.p.a. (trenta giorni dalla conoscenza dell'atto), individuando il dies a quo per il computo del termine nel giorno del 6 settembre 2012, momento in cui la società ricorrente ha acquisito copia dell'aggiudicazione provvisoria della gara in questione. Nel merito la controinteressata eccepisce l'infondatezza dei motivi di gravame.

Avendo il Ministero della Difesa comunicato in data 18 gennaio 2013 l'avvenuta aggiudicazione definitiva a favore del RTI El Corte Ingles ed avendo la società ricorrente espletato l'accesso ai documenti di gara, la parte istante ha proposto per l'annullamento del provvedimento definitivo

della stazione appaltante un apposito atto contenente motivi aggiunti, notificato il 1 febbraio 2013 e depositato il successivo 15 febbraio.

Al riguardo sono stati prospettati, oltre quelli già riportati nel ricorso originario, i seguenti ulteriori motivi di impugnazione:

1) Violazione e falsa applicazione di legge: violazione della lex specialis ed in particolare violazione degli artt. 75 del D.Lgs. N. 163 del 2006; eccesso di potere per carenza di istruttoria, poiché l'aggiudicazione definitiva è stata adottata (17 gennaio 2013) nonostante che la fideiussione abbia avuto una validità sino a tutto il 7 gennaio 2013;

2) Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, in particolare violazione e/o falsa applicazione dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 88 del D.P.R. n. 207 del 2010. Violazione e falsa applicazione del bando di gara e della lettera di invito. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, atteso che nel contratto di avvalimento stipulato sia con la Gemor che con la B&M Clothing mancherebbe completamente la volontà di mettere a disposizione il requisito di capacità economica finanziaria, né allo stesso le parti avrebbero indicato nell'oggetto del contratto le risorse ed i mezzi prestatati in modo determinato e specifico.

Rispetto ai suddetti motivi aggiunti il Ministero della Difesa ha eccepito l'infondatezza degli ulteriori motivi di doglianza.

La parte controinteressata, Società Sinergy Group S.r.l., con riferimento all'atto contenente i citati motivi aggiunti eccepisce, in rito, la sua inammissibilità per nullità della notifica intervenuta solo per via fax e, nel merito, l'infondatezza delle ulteriori doglianze.

Con successiva nota, depositata il 14 marzo 2013 la stessa parte resistente ha, altresì, eccepito il mancato deposito di apposita certificazione utile a comprovare l'avvenuta ricezione del ricorso principale da parte della Società El Corte Ingles S.A., evocata in giudizio con il ricorso principale, ma non

costituita.

Con memoria di replica, depositata dalla parte ricorrente il 19 marzo 2013, si è fatto presente che sia il ricorso principale che i motivi aggiunti sono stati notificati attraverso l'UNEP ufficio internazionale, in data 26 ottobre 2012 per il ricorso principale, e che le attestazioni comprovanti il perfezionamento della notifica risultano in concreto depositati.

DIRITTO

Preliminarmente il Collegio ritiene di dover esaminare le eccezioni in rito sollevate dalla difesa della parte controinteressata costituita in giudizio e che attengono nel loro complesso non solo al perfezionarsi di un completo e sufficiente contraddittorio, ma anche e soprattutto alla sussistenza - al momento della definizione nel merito della presente controversia - delle condizioni previste dal c.p.a. per l'esame delle domande prospettate dalla parte istante.

Conformemente alla memoria di replica da ultimo citata nella descrizione in fatto, la parte istante non solo ha provveduto alla regolare notificazione dell'originario mezzo di gravame e dei conseguenti motivi aggiunti alla Società El Corte Ingles s.a., con sede in Madrid, Calle Hermosilla n. 112, facendo ricorso alla procedura di cui al R.E. n. 1393 del 2007, ma ha anche depositato in giudizio la documentazione necessaria a provare il perfezionamento della notifica (vedasi al riguardo la documentazione allegata al fascicolo depositato il 25 gennaio 2013, erroneamente inserita insieme all'atto contenente i motivi aggiunti, e quella contenuta nel fascicolo di parte depositato il 5 marzo 2013).

Ciò induce a ritenere che, quantomeno alla data dell'odierna udienza pubblica, sono stati pienamente soddisfatti gli oneri probatori imposti dall'art. 45, comma 3, del c.p.a., avendo la parte ricorrente fatto ricorso alla facoltà prevista dal secondo comma del medesimo articolo (deposito del ricorso al momento in cui la notifica si perfeziona a favore del notificante).

Stando quindi i presupposti per l'esame delle domanda giudiziale di annullamento, non può, inoltre, essere condivisa l'eccezione di tardività del ricorso principale.

In primo luogo, giova segnalare che la notifica alla società mandante (società Energy Group s.r.l.), tra l'altro non contestata nemmeno nei termini, è già di per se sufficiente a realizzare il contraddittorio minimo indispensabile secondo il principio generale previsto dall'art. 41, comma 2, del c.p.a..

Infatti, trattandosi nel caso di specie di un costituendo raggruppamento e non essendosi ancora formalizzata l'aggiudicazione definitiva (poi impugnata con separato atto contenente i motivi aggiunti), il RTI evocato in giudizio non costituisce ancora un soggetto giuridico distinto dalle società che ne fanno parte; per cui è sufficiente la notifica almeno ad uno dei soggetti che aderiscono alla volontà di costituire il raggruppamento di imprese per l'affidamento della fornitura oggetto di gara (Cfr. TAR Puglia, sede di Bari, 12 marzo 2004 n. 1345).

Giova, poi, rilevare che, in ogni caso, il computo dei termini decadenziali non è quello invocato dalla parte controinteressata (trenta giorni ex art. 120, comma 5, del c.p.a.) trattandosi per la sede legale della El Corte Ingles s.a. di una notifica da espletarsi in un paese estero appartenente alla Comunità Europea.

Ciò comporta l'applicazione del prolungamento del termine secondo il disposto del citato art. 41, comma 5, del c.p.a. senza che possa applicarsi qualsiasi dimidiazione dei termini dato che ciò è espressamente escluso dall'art. 119, comma 2, del c.p.a., norma applicabile in via residuale anche ai giudizi relativi alle procedure ad evidenza pubblica.

Del pari infondate sono le eccezioni sollevate dalla difesa dell'Amministrazione resistente.

Per ciò che attiene al difetto del giusto contraddittorio è sufficiente

richiamare le argomentazioni sopra illustrate; riguardo all'inammissibilità del gravame per la natura provvisoria dell'aggiudicazione impugnata si rinvia alla giurisprudenza sul punto (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 7 maggio 2012 n. 2613).

Infatti, nelle gare d'appalto, sull'impresa non aggiudicataria che, pur non essendovi tenuta, ha impugnato immediatamente e in via autonoma il provvedimento di aggiudicazione provvisoria grava l'onere di impugnare, in un secondo momento, anche l'aggiudicazione definitiva, pena l'improcedibilità del primo ricorso, atteso che la seconda aggiudicazione non è un atto meramente confermativo od esecutivo della prima, ma un provvedimento, che, anche quando recepisce integralmente i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, postula una nuova ed autonoma valutazione, pur facendo parte della medesima sequenza procedimentale.

Ne consegue, altresì, che la parte che sceglie la via dell'immediata contestazione dell'aggiudicazione provvisoria è comunque tenuta a rispettare il termine perentorio di impugnativa, e quindi ha l'onere di dedurre, nei confronti degli atti conosciuti al momento della proposizione del ricorso diretto contro l'aggiudicazione stessa, i motivi di doglianza avverso tutti i vizi di cui sia già a conoscenza; pertanto, in occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte suddetta può dedurre contro gli atti indittivi o di espletamento della gara non già gli ulteriori motivi, che avrebbe potuto proporre in precedenza bensì i motivi contro gli eventuali vizi propri dell'aggiudicazione definitiva o, al più, i vizi di nuovi atti del procedimento, sopravvenuti all'aggiudicazione provvisoria ed anche motivi relativi agli atti già avversati, ma alla sola condizione che siffatti ulteriori motivi trovino giustificazione e fondamento in circostanze non precedentemente conosciute.

Tutto ciò premesso è consentito al Collegio di esaminare nel merito le singole censure prospettate.

Con la prima doglianza si assume che la Società El Corte Ingles s.a. avrebbe indebitamente partecipato alla gara senza avere le capacità tecniche organizzative e la certificazione ISO 9001/2008 necessaria per la tessitura del materiale da utilizzare per la fornitura di uniformi da combattimento e servizio. A tale scopo si sostiene che sia del tutto inutile e non consentito il ricorso al sistema dell'avvalimento attraverso il quale la società ausiliata farebbe propri dei requisiti soggettivi di qualità posseduti da altri.

Si sostiene tra l'altro che la stessa società ausiliaria non abbia affatto affermato di mettere a disposizione la certificazione sufficiente né di possederla.

Sulla infondatezza delle doglianze sopra riportate è sufficiente richiamare il precedente giurisprudenziale del 17 ottobre 2012 n. 5340 emesso dalla Sez. IV del Cons. Stato.

Sul punto così si è espresso il giudice di secondo grado:

“La giurisprudenza ha, inoltre, osservato come la disciplina dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici non pone alcuna limitazione al ricorso all'istituto dell'avvalimento, se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39 (Cons. St., sez. III, 15 novembre 2011 n. 6040), di modo che è possibile comprovare tramite detto istituto anche il fatturato, l'esperienza pregressa ed il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, ovvero integrare anche il requisito del possesso di capitale sociale minimo, ritenendo quest'ultimo come requisito di natura economica (Cons. St., sez. V, 8 ottobre 2011 n. 5496).

I requisiti devono tuttavia essere integralmente ed autonomamente posseduti da parte dell'impresa avvalsa, proprio perché la finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica o economica) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere comunque alla gara (Cfr. Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2011 n. 3565).”.

In particolare, si è affermato che l'avvalimento nei requisiti soggettivi deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente "prestare" la certificazione posseduta, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato, come si è detto, a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, garantendo nondimeno l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati.

Ne consegue che, perché il ricorso all'istituto dell'avvalimento sia legittimo, occorre l'espreso impegno da parte dell'impresa ausiliaria, nei confronti dell'impresa ausiliata e della stazione appaltante, di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente (Cons. St., sez. V, 18 novembre 2011 n. 6079; sez. III, 18 aprile 2011 n. 2343).

Si è altresì precisato (Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012 n. 810), che la volontà di utilizzare il previsto istituto dell'avvalimento deve essere espressa dal concorrente al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Poiché l'impresa partecipa alla gara non solo "in proprio", e quindi con tutta la sua organizzazione tecnico-economica, ma anche per mezzo di altra impresa, essa deve allora indicare tale rilevante modificazione soggettiva del tipo di partecipazione, al momento stesso in cui rappresenta alla pubblica amministrazione la propria volontà di voler partecipare alla gara.

Come la giurisprudenza ha già avuto condivisibilmente modo di chiarire (Cons. St., n. 2785/2009 cit.), «l'impresa che aspira a partecipare alla procedura concorsuale e che non possiede in proprio i requisiti di ammissione può a tal fine giovare di altra impresa in funzione ausiliaria. In questa ipotesi non viene, tuttavia, meno l'onere di dichiarazione dell'avvalimento nella fase di ammissione, che cristallizza l'accertamento del possesso dei requisiti alla data di scadenza del termine stabilito dal bando

per la presentazione della domanda di partecipazione.>>

La finalità dell'avvalimento, dunque, è quella di permettere la più ampia partecipazione alle gare, consentendo a soggetti che ne siano privi di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti.

E ciò al fine di conseguire un duplice risultato consistente: per un verso, nella più ampia partecipazione di imprese alle gare; per altro verso, in un più ampio campione di imprese partecipanti assoggettate al giudizio della stazione appaltante, nella convinzione che la maggiore partecipazione garantisca una maggiore competitività ed una migliore individuazione del soggetto contraente con la pubblica amministrazione, a condizioni rese vieppiù ottimali dalla accentuata pluralità delle offerte.”.

A fronte dell'istituto dell'avvalimento, la disciplina dei contratti pubblici prevede anche la possibilità di partecipazione alle gare di raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti.

I raggruppamenti temporanei sono definiti dall'art. 2, comma 20, d. lgs. n. 163/2006, come “un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di un'unica offerta”.

Lo scopo del raggruppamento (o associazione) temporanea è del tutto simile a quello connesso all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento: cioè consentire la più ampia partecipazione a gare di appalto, in relazione alle quali le singole imprese non posseggono singolarmente tutte le competenze tecnico-operative, le categorie, caratteristiche e classifiche richieste dal bando (scopo che risulta accentuato dalle facilitazioni offerte dalla legge 18 novembre 1998 n. 415, che ha escluso la necessità di costituzione preventiva dell'associazione ai fini della partecipazione alla gara).

Proprio perché la finalità è costituita dalla agevolazione partecipativa alle gare attraverso temporanee aggregazioni “di scopo”, il raggruppamento

temporaneo di imprese - come è stato chiarito anche dalla giurisprudenza risalente (Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 1987 n. 246) fino alla più recente (Cons. Stato, Ad. Plen., 13 giugno 2012 n. 22) – non dà luogo alla costituzione di un soggetto autonomo e distinto dalle imprese che lo compongono (mancando qualunque organizzazione comune), né ad un rigido collegamento strutturale.

In definitiva, può affermarsi che sia l'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese, sia l'istituto dell'avvalimento, rappresentano strumenti volti ad agevolare la partecipazione alle gare di appalto disposte dalle pubbliche amministrazioni e dagli organismi pubblici in genere, al duplice scopo di consentire l'ampliamento delle imprese partecipanti, e dunque le occasioni di lavoro per le medesime, e di offrire al contempo alla stazione appaltante una più ampia possibilità di scelta con conseguente migliore definizione dell'offerta.

Applicando i predetti criteri alla gara de qua è possibile ritenere infondate le doglianze prospettate, anche in virtù del contenuto implicito dell'accordo di avvalimento, che è funzionale al conferimento a favore dell'impresa ausiliata dei requisiti produttivi, economici e finanziari per l'ammissione alla gara.

Infatti, da un lato, è sufficiente il richiamo al contratto di specie, sottoscritto dalla El Corte Ingles s.a. e dalla Textil Santanderina s.a. il 25 maggio 2012, nel quale è stato disposto l'impegno formale dell'impresa ausiliaria a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata i requisiti/capacità e risorse tecniche ed umane per l'esecuzione concreta delle fasi/attività/ parti della fornitura oggetto di gara.

Dall'altro, a maggior chiarezza dell'accordo intervenuto tra le parti private, è sufficiente il rinvio al contenuto delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni (art. 46 del D.P.R. 28.12.2000 n. 445), sottoscritte dal responsabile della summenzionata impresa ausiliaria, in cui si afferma, tra

l'altro, che si è in possesso del certificato n. EC-0177/98 in data 9.9.1998, rilasciato il 9.9.1998, per il settore Tessile ed avente per oggetto sviluppo, progettazione, produzione e commercializzazione di prodotti tessili, coerente con l'oggetto del lotto, attestante la conformità del sistema di assicurazione della qualità alla normativa serie ISO 9001:2008 con scadenza in data 26.2.2013.

Ne consegue pertanto che la dichiarazione dedotta in contratto trova conferma nel comportamento esplicito e non equivoco della società ausiliaria che attesta il possesso del requisito richiesto dal bando di gara.

Per ciò che concerne la formalizzazione ed il rispetto dell'impegno ad effettuare tutte le fasi delle lavorazioni in regime di controllo di qualità in aderenza alla normativa ISO 9001:2008, occorre rilevare che è sufficiente il rinvio all'impegno assunto dal R.T.I. El Corte Ingles s.a.- Sinergy Group S.r.l. con la domanda di partecipazione alla gara poiché la stessa lettera di invito rivolge tale onere alle imprese od ai raggruppamenti temporanei partecipanti direttamente.

Inoltre, occorre considerare che il predetto impegno si integra coerentemente con gli altri assunti dall'impresa ausiliaria con l'art. 6 del contratto di avvalimento, secondo il quale quest'ultima si obbliga ad "osservare ed eseguire le determinazioni dell'impresa ausiliata a favore della quale saranno prestati i requisiti, capacità e risorse individuate agli articoli precedenti."

Con il secondo motivo di impugnazione si assume che il sig. Victor Manuel Linero Saro non avrebbe la piena rappresentanza della Società El Corte Ingles e quindi non potrebbe spendere il nome della società per partecipare alla gara.

L'argomento è smentito per tabulas.

Infatti, nell'atto di procura a favore del soggetto sopra indicato, allegato alla domanda di partecipazione, non solo si conferisce il potere di partecipare

ad ogni genere di aste, appalti e licitazioni, sia private che dello Stato (punto 5° dell'atto pubblico), ma anche quello più generale di stipulare, formalizzare e sottoscrivere contratti in qualsiasi paese del mondo (punto 6° del medesimo atto pubblico).

La circostanza che la stazione appaltante abbia ritenuto di accertare con successiva richiesta di chiarimenti la rappresentanza legale della società El Corte Ingles s.a. in capo al sig. Victor Manuel Linero Saro non implica affatto che tale potere di rappresentanza fosse assente al momento della formulazione della relativa offerta di gara. Anzi gli accertamenti posti in essere dalla stazione appaltante, come affermato dalla difesa erariale, hanno potuto appurare che la procura emessa il 9 ottobre 2003 conferisce i più ampi poteri al procuratore in ordine alla partecipazione ad appalti pubblici. Con la terza doglianza si contesta l'insufficienza della dichiarazione ex art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 atteso che la stessa risulta essere stata resa soltanto dal sig. Victor Manuel Linero Saro. Mancherebbero le dichiarazioni del direttore tecnico delle società ausiliarie, indicate come esecutrici per la produzione del tessuto, del taglio e della confezione.

In punto di diritto si deve premettere che l'art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 impone la presentazione della dichiarazione sostitutiva attestante il possesso dei requisiti morali, e della dichiarazione sostitutiva completa, a pena di esclusione. Tanto si desumeva dal tenore testuale della previsione, formulata in termini imperativi, già prima dell'entrata in vigore del D.L. 13 maggio 2011 n. 70. Tanto vale anche dopo l'entrata in vigore di quest'ultimo, che ha inserito nell'art. 46 D.L.vo n. 163 del 2006, il comma 1 bis, a tenore del quale "La Stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti".

La previsione rende evidente che la esclusione dalle gare possa essere disposta, oltre che nei casi in cui disposizioni del codice o del regolamento

la prevedano espressamente, anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione (Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 giugno 2012 n. 21).

Secondo la difesa di parte resistente per la Società El Corte Ingles la suddetta dichiarazione sarebbe esaustiva in ragione della dichiarazione dello stesso presidente del Consiglio di Amministrazione sig. Isidoro Alvarez Alvarez (allegato 5 della documentazione Avvocatura).

Secondo il dettato normativo di cui al citato art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 163 del 2006, sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

“.....

b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società;

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o

della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva 2004/18/CE; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio.”.

Il suddetto articolo, nella parte in cui elenca le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali e professionali richiesti ai fini della partecipazione alle procedure di gara d'appalto, assume come destinatari tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'Impresa, siano in grado di trasmettere al soggetto rappresentato, col proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro condotta personale; pertanto, sono obbligati alla dichiarazione non soltanto coloro che rivestono formalmente la carica di amministratori, ma anche coloro che, in qualità di procuratore ad negotia, abbiano poteri di rappresentanza dell'impresa e possono compiere atti decisionali (Cfr. TAR Lazio, Sez. III/ter, 9 dicembre 2010 n. 35816 e TAR Lombardia, sede di Milano, Sez. I, 8 aprile 2011 n. 934).

Alla luce di tali principi possono ritenersi sufficienti le dichiarazioni rese dal Presidente del Consiglio di Amministrazione della Società El Corte Ingles s.a. e dal sig. Linero Saro, quale procuratore ad negotia.

Sul punto è doveroso osservare che la stessa difesa dell'Amministrazione

resistente ha, altresì, depositato in atti la certificazione della Camera Ufficiale del Commercio ed Industria di Madrid, rilasciata in data 25.12.2012, in cui si dà atto che il Presidente, nella persona del sig. Isidoro Alvarez Alvarez, ha la facoltà di:

- “a) comprare e vendere tanto beni mobili come immobili;
- b) stipulare quanti documenti pubblici o privati fossero necessari.”

Con ciò smentendo in radice le argomentazioni di parte ricorrente che si fondano su un dato statutario del 2003 del tutto superato.

Va aggiunto altresì che, come affermato da parte della difesa della società controinteressata, la stazione appaltante, facendo applicazione del comma 4 dell'art. 38 più volte citato, ha comunque chiesto ai concorrenti stranieri di fornire i necessari documenti probatori, relativi al possesso dei requisiti generali, anche nei confronti degli altri componenti del consiglio di amministrazione della Società El Corte Ingles s.a..

Tale facoltà è espressamente prevista dalla norma sopra indicata, la quale testualmente dispone che: “Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti”.

Risulta per tabulas che la summenzionata Società spagnola, pur non essendo tenuta e su espressa richiesta dalla stazione appaltante, ha consegnato un certificato penale di tutti i consiglieri di amministrazione, risultanti dalla certificazione della Camera Ufficiale del Commercio ed Industria di Madrid, nonché le dichiarazioni giurate dei medesimi soggetti sui requisiti di cui alle lettere b) e c) del richiamato art. 38.

Va, inoltre, ribadito che, alla luce della documentazione prodotta in giudizio, risulta che anche le società ausiliarie hanno prodotto la dichiarazione prevista dall'art. 38.

Anche in questo frangente, l'operato della stazione appaltante non è diretto a violare la par condicio dei concorrenti poiché il RTI aggiudicatario ha comunque assolto l'onere probatorio secondo le regole del bando di gara e nel rispetto delle norme previste dal codice degli appalti.

Si è trattato di un comportamento cautelativo dell'Amministrazione resistente volta ad integrare la già sufficiente documentazione prodotta dal predetto RTI.

Sul punto occorre, altresì, esaminare la valenza e la portata della censura prospettata, con riguardo al mancato rispetto della dichiarazione ex art. 38, comma 1 lett. b), del D.Lgs. n. 163 del 2006 da parte dei direttori tecnici delle imprese ausiliarie e che in concreto non risultano essere state rilasciate, dalla Textill Santanderina s.a. e dalla Gremor Fashion s.r.o..

Secondo il dettato delle condizioni di partecipazione stabilite dal bando di gara, alla domanda di ammissione deve essere allegata "la dichiarazione sostitutiva rilasciata dal legale rappresentante, attestante la situazione dell'operatore economico, per ciascuna delle cause di esclusione previste dall'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i."

Il predetto onere imposto dalla lex specialis non collide affatto con il dettato della norma di legge richiamata.

A differenza degli appalti di lavori, per i quali la figura del direttore tecnico è quella che integra i requisiti di cui all'art. 26, d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, nelle gare per l'aggiudicazione di appalti di servizi e di forniture, va individuato quale "direttore tecnico" qualunque soggetto al quale, pur in assenza di specifica individuazione statutaria, vengano attribuite o delegate funzioni in grado di orientare, ancorché per determinati settori, l'assetto gestionale dell'impresa, e ciò mediante l'esercizio di poteri che per la loro ampiezza sono in grado di aggiungersi e sostanzialmente di sovrapporsi a quelli degli organi societari.

Ne consegue che è la stessa impresa ausiliaria, nella sua dichiarazione

certificata ex art. 46 del D.P.R. 28.12.2000 n. 445, a dover individuare se sussiste la qualifica funzionale di direttore tecnico; e ciò per il noto principio di autoresponsabilità nelle dichiarazioni (imputabili, nella specie, allo stesso legale rappresentante).

Pertanto, la qualifica di Direttore tecnico, nel settore oggetto della fornitura in discussione, e a differenza che nei lavori, non è formale e tipizzata dal legislatore, ma si riferisce ad una posizione specifica di responsabilità all'interno dell'impresa, posizione che può essere rivestita anche da una persona a ciò qualificata: ciò che conta, non è, quindi, il nomen iuris, ma le concrete mansioni che il dipendente/professionista svolge nell'ambito della medesima impresa.

Quindi, nulla esclude che tale funzione possa essere svolta in concreto dallo stesso legale rappresentante della società (cfr. TAR Piemonte, Sez. II, 13 novembre 2010 n. 4140). Ciò spiega, altresì, perché il legislatore abbia utilizzato nel testo del primo comma, lett. b) e c), del summenzionato art. 38 le seguenti locuzioni: “il titolare o il direttore tecnico” e “del titolare o del direttore tecnico”.

Nel caso di specie, al più la stazione appaltante avrebbe potuto operare alla luce dello schema di cui al primo comma dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui, nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, se necessario, i concorrenti sono invitati a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

Nelle gare pubbliche di appalto, l'articolo summenzionato non ha inteso assegnare alle stesse amministrazioni una mera facoltà o un potere eventuale, ma ha inteso codificare un ordinario modo di procedere volto a fare valere, entro certi limiti e nel rispetto della par condicio dei concorrenti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, senza che, in assenza di regole tassative e di preclusioni

imposte, l'esercizio di tale facoltà possa configurare una violazione della par condicio dei concorrenti rispetto ai quali al contrario, assume rilievo l'effettività del possesso del requisito (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2011 n. 1581).

Ma sotto tale aspetto l'operato dell'Amministrazione resistente non è stato affatto contestato da parte della ricorrente. Per cui il giudice, in virtù del principio processuale che è posto a garanzia del rapporto tra il chiesto ed il pronunciato, sul punto non è tenuto ad alcun esame di merito.

Conclusivamente, si può sostenere che il terzo motivo di impugnazione sia del tutto privo di una giuridica rilevanza.

Con il quarto motivo di censura la parte istante assume che la società ausiliaria deputata al confezionamento delle uniformi sia priva della certificazione prevista, in analogia al sistema vigente in Italia, della licenza di pubblica sicurezza.

In argomento, la difesa di parte avversa sostiene che la certificazione prevista per le ditte operanti in Polonia sia diversa per finalità e contenuto da quella richiesta dall'art. 28 del T.U. n. 773 del 1931.

La suddetta norma dispone che: “Oltre i casi preveduti dal codice penale, sono proibite la fabbricazione, l'assemblaggio, la raccolta, la detenzione e la vendita, senza licenza del Ministro per l'interno, di armi da guerra e di armi ad esse analoghe, nazionali o straniere, o di parti di esse, di munizioni, di uniformi militari o di altri oggetti destinati all'armamento e all'equipaggiamento di forze armate nazionali o straniere. Con la licenza di fabbricazione sono consentite le attività commerciali connesse e la riparazione delle armi prodotte. “.

Il testo normativo induce a ritenere coerente l'interpretazione dell'Amministrazione appaltante.

Al riguardo, è sufficiente osservare che invece la legge polacca disciplina la medesima attività secondo regole ben distinte.

Secondo il disposto dell'art. 5 della legge polacca del 17 novembre 2006, emanata per disciplinare il sistema di valutazione della conformità dei prodotti destinati alla difesa ed alla sicurezza nazionale, "Il prodotto è assoggettato alla valutazione di conformità ai requisiti indicati nel capitolato tecnico.

La valutazione di conformità viene effettuata prima della consegna del prodotto al cliente.

Indipendentemente dalla valutazione di conformità di cui al primo comma che precede, è consentita la valutazione facoltativa di conformità, alle condizioni stabilite nel contratto dalle parti interessate."

Il raffronto dei due testi normativi, quello italiano e quello polacco, induce il Collegio a ritenere che la licenza del Ministro per l'interno ex art. 28 abbia una funzione ed una natura giuridica diversa dalla semplice valutazione di conformità prevista, anche in forma facoltativa, dalla legge polacca.

La licenza abilita l'impresa a produrre determinati prodotti destinati alla difesa, mentre la valutazione di conformità richiesta dall'ordinamento polacco si preoccupa di prevedere una verifica a valle sul prodotto finito, senza preoccuparsi minimamente della struttura e delle capacità possedute dall'impresa produttrice.

La predetta evenienza comporta la non necessità della dichiarazione attestante il possesso della certificazione analoga, ma la sola dichiarazione di impegno a cedere i manufatti oggetto del lotto esclusivamente a soggetti appartenenti al Ministero della Difesa della Repubblica Italiana (quest'ultima dichiarazione affatto contestata dalla ricorrente).

Con il quinto motivo di impugnazione si censura l'operato del RTI facente capo alla società El Corte Ingles che, seppure attraverso l'istituto dell'avvalimento, non avrebbe assicurato una fase essenziale della produzione, quale è quella del taglio.

Secondo la prospettazione di parte ricorrente, il bando di gara per il lotto I

prevedeva che i concorrenti fossero in possesso delle seguenti fasi essenziali di lavorazione: tessitura, taglio e confezione.

Partendo da questo dato della *lex specialis* e dalla dichiarazione, prodotta all'atto della presentazione dell'offerta, di ripartizione delle predette fasi in capo alle società facenti parte del costituendo RTI aggiudicatario (la società El Corte Ingles s.a. produce il tessuto e la Sinergy Group s.r.l. provvede al taglio ed alla confezione), la società ricorrente rileva che le stesse società del RTI non hanno in generale alcuna possibilità di assicurare nessuna delle fasi della lavorazione sopra descritta ed, altresì, in particolare che la Sinergy Group. S.r.l., pur facendo indebito ricorso all'istituto dell'avvalimento non sarebbe in grado di garantire la fase produttiva del taglio.

Per ciò che riguarda l'infondatezza delle censure sopra esposta, occorre enunciare due ordini di argomentazioni.

Sotto l'aspetto generale che attiene alla mancanza dei requisiti tecnici organizzativi delle società facenti parte del RTI è sufficiente il richiamo ed ai principi sopra enunciati circa la validità e la sufficienza all'istituto dell'avvalimento.

Per quanto attiene alle capacità ed alla messa a disposizione delle operazioni produttive relative al taglio dei tessuti - viceversa prodotti da altra impresa ausiliaria (Textil Santanderina s.a.) - è sufficiente rilevare che l'art. 2 del contratto di avvalimento stipulato dalla Sinergy Group. S.r.l. con entrambe le società ausiliarie (Gremor Fashion s.r.o. e B&M Clothing Company Sp.Z.o.o.) e le dichiarazioni dalle stesse prestate secondo il modello 1, predisposto dalla stazione appaltante, danno conto che sia garantita contrattualmente anche la fase produttiva del taglio, che per definizione e logica produttiva non può essere disgiunta dalla confezione dei capi di abbigliamento.

Sul punto, giova rilevare che nella descrizione puntuale delle attrezzature messe a disposizione della Sinergy Group s.r.l. si citano espressamente

diversi macchinari destinati alle operazioni di taglio del tessuto.

Oltre agli atti sopra indicati, anche le verifiche successive alla presentazione dell'offerta, poste in essere dalla stazione appaltante con appositi sopralluoghi tecnici espletati nei giorni compresi tra il 3 ed il 6 settembre 2012, dimostrano che la predetta operazione del taglio è comunque compresa nelle fasi di produzione garantita dalle suddette società ausiliarie.

Con l'ultimo motivo di gravame si sostiene che le ditte ausiliarie non avrebbero le strutture idonee ed adeguate per rispettare i tempi di fornitura.

L'argomento - oltre che generico poiché, come prospettato, non è in grado smentire in concreto e con dati obiettivi il rispetto dei termini imposti dal bando di gara (121.077 capi da ultimare nel termine di 120 giorni decorrenti dal giorno successivo a quello della notifica del nulla osta alla produzione) - risulta essere smentito dalle verificazioni sopra descritte, effettuate nel mese di settembre 2012 dalla stazione appaltante, dove tra l'altro si dichiarano idonee le strutture e le connesse capacità produttive, che risultano, sia pure inferiori a quelle dichiarate, comunque tali da consentire il rispetto dei tempi previsti contrattualmente.

Con il primo degli ulteriori motivi aggiunti, diversi da quelli prospettati con il ricorso principale, la parte istante prospetta un'ulteriore ragione di esclusione del costituendo RTI aggiudicatario legato soprattutto alla scadenza della polizza fideiussoria (quella inizialmente depositata ha validità sino alla data del 7 gennaio 2013, mentre l'aggiudicazione definitiva è stata formalizzata il 17 gennaio 2013).

Secondo la disposizione specifica della lettera d'invito, espressamente richiamata ed a cui si rinvia da parte del bando di gara, "l'offerta dovrà essere corredata da una garanzia il cui importo è indicato nella tabella riportata nel precedente para 2. La garanzia dovrà essere valida per almeno 180 dalla data di presentazione dell'offerta e corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia per ulteriori 180 giorni nel

caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione.”.

Tali requisiti sono stati formalmente rispettati con il deposito della garanzia rilasciata a favore del RTI El Corte Ingles s.a.- Sinergy Group S.r.l. dalla Società Finworld il 7.2.2012.

Sulla vicenda relativa alla formalizzazione nei termini dell'aggiudicazione definitiva ha inciso in maniera determinante l'intervenuta impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria con il ricorso in esame.

Tale circostanza ha indotto la stazione appaltante a richiedere al suddetto RTI la rinnovazione temporanea della polizza fideiussoria con nota del 18.1.2013.

L'adempimento da parte del medesimo raggruppamento è stato compiutamente eseguito, alle medesime condizioni di limite e di tempo, attraverso una polizza fideiussoria rilasciata in data 1 febbraio 2013 dalla BVA Corporate & Investment Banking.

E' vero che in questo caso il rinnovo è stato successivo all'adozione dell'atto di aggiudicazione definitiva, ma la sopravvenuta scadenza della polizza, non imputabile alla condotta del RTI, non poteva ricadere in termini di esclusione dalla gara sul medesimo soggetto.

Al riguardo, è sufficiente notare che precedenti giurisprudenziali hanno, infatti, definito i termini di applicazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, inserito dall'art. 4, comma 2, lettera d) del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, il quale ha introdotto il principio di tassatività della cause di esclusione che sono esclusivamente quelle previste dal codice e dal regolamento, nonché quelle giustificate, tra l'altro, dalla mancanza di elementi essenziali dell'offerta. Si è, inoltre, stabilito che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione.

Alla luce di questa nuova normativa si è ritenuto che le irregolarità connesse alla prestazione della cauzione provvisoria, in mancanza di una

previsione legislativa espressa da parte dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, non possa legittimare l'esclusione dalla gara (Cons. Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2012 n. 6563 e Sez. III, 1 febbraio 2012, n. 493).

Giova poi precisare che, in sede di gara d'appalto, l'incameramento della cauzione provvisoria è possibile non solo per la mancata stipula del contratto, ma anche per dichiarazioni comunque non veritiere, poiché la detta cauzione si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa alla procedura (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2012 n. 4778).

Ne consegue, pertanto, che per la funzione stessa della garanzia in parola e per il contenuto della polizza fideiussoria consegnata alla stazione appaltante, rinnovata sia pure successivamente all'atto dell'aggiudicazione definitiva, la posizione di quest'ultima è in ogni caso garantita sino all'atto della stipulazione del contratto.

Con l'ultima doglianza contenuta nell'atto di motivi aggiunti la ricorrente sostiene che la Sinergy Gruop S.r.l. non avrebbe potuto avvalersi delle capacità economiche e finanziarie delle società ausiliarie, per dimostrare il possesso del fatturato specifico relativo all'ultimo triennio, per la semplice ragione che nei relativi contratti di avvalimento manca completamente la volontà di mettere a disposizione il requisito di capacità economica finanziaria.

Gli atti relativi alla domanda di partecipazione alla gara in questione del RTI El Corte Ingles s.a.- Sinergy Group S.r.l. sono stati depositati in giudizio il 27 ottobre 2012 e tra questi erano presenti anche i contratti di avvalimento e le dichiarazioni rilasciate dalle società ausiliarie.

Dai documenti suddetti era possibile constatare la espressa volontà di queste ultime società di mettere a disposizione anche le capacità economiche e finanziarie possedute ed espressamente denunciate allo scopo.

Ciò comporta non solo una valutazione in termini di decadenza della censura in argomento, ma anche la constatazione della mancanza di pregio della stessa.

Il deposito di un atto è idoneo a far decorrere il termine per ricorrere nel caso in cui esso sia impugnabile con motivi aggiunti nello stesso giudizio, atteso che la parte, così come si avvantaggia dell'opera svolta nel suo interesse dal difensore in ambito processuale, deve subire le conseguenze degli stati soggettivi di quest'ultimo che si formano in tale ambito; diversamente, nel caso in cui l'atto sia impugnabile in un giudizio diverso da quello in cui avviene il deposito è sempre necessaria la conoscenza personale della parte (Cfr. TAR Lombardia, Sez. III, 30 gennaio 2012 n. 321).

In ogni caso, la lettura combinata del contratto di avvalimento e delle dichiarazioni rilasciate dalle società ausiliarie dimostrano in maniera inequivocabile che le stesse ponevano a disposizione della società ausiliata il proprio fatturato dell'ultimo triennio.

Per tutte le ragioni sopra indicate il Collegio respinge il ricorso perché infondato.

Per la complessità della procedura ad evidenza pubblica oggetto di gravame, sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa fra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 26 marzo 2013, 9 aprile 2013, con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Francesco Riccio, Consigliere, Estensore

Domenico Landi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/04/2013

IL SEGRETARIO

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