



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 748 del 2013, proposto da:
Sicor s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'Avv. Lucio Mario Epifanio, dall'Avv. Alessandra Amodio e dall'Avv.
Alessandro Ficco, con domicilio eletto presso l'Avv. Alessandro Ficco in Roma,
via Pasquale II, n. 349;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso
per legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n.
12;

nei confronti di

Protos s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'Avv. Bernardino Pasanisi, con domicilio eletto presso l'Avv. Barbara Cataldi in
Roma, Corso del Rinascimento, n. 11;
Omnia Plastica s.p.a.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I TER n. 00832/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura di caschi protettivi da ordine pubblico - mcp

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno e di Protos s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2013 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Avv. Epifanio, l'Avv. Sivieri su delega dell'Avv. Pasanisi e l'Avvocato dello Stato Santoro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Ministero dell'Interno – Direzione centrale dei servizi tecnico logistici e della gestione patrimoniale – Equipaggiamento (d'ora in avanti, per brevità, la stazione appaltante) ha indetto, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. n. 48 del 27.4.2012, una procedura ristretta per la fornitura di caschi protettivi da ordine pubblico.
2. Il bando prevedeva espressamente che le imprese concorrenti potessero ricorrere all'istituto dell'avvalimento al fine di soddisfare i requisiti di carattere finanziario, tecnico e organizzativo.
3. Presentavano domanda di partecipazione alla procedura cinque imprese, tra le quali Sicor s.p.a. (d'ora in poi, per brevità, Sicor), Integrated Defense Products Put Ltd, Sioen Armour Technology SAT, Protos s.r.l. (d'ora in poi, per brevità, Protos) e Omnia Plastica s.p.a. (di qui in avanti, per brevità, Omnia Plastica).
4. Sicor, nella domanda di partecipazione, dichiarava di voler avvalersi, ai sensi dell'art. 49 del d. lgs. 163/2006, di talune risorse, umane e materiali, della DM Line

s.r.l. (d'ora in poi, per brevità, DM Line), per lo stampaggio dell'involucro esterno in termoplastica (c.d. "calotta esterna"), applicato sulla calotta protettiva in carbonio/kevlar del casco, e della New System Painting s.r.l. (d'ora in poi, per brevità, New System) per la verniciatura dell'involucro esterno in termoplastica.

5. La stazione appaltante chiedeva a Sicor di integrare la documentazione prodotta, inviando la certificazione ISO 9001:2008 delle due imprese ausiliarie, e con lettera del 7.6.2012 ed allegata dichiarazione dell'ente certificatore, Sicor chiariva, in evasione di tale richiesta, che DM e Painting erano già da tempo e appositamente incluse nel proprio sistema di gestione della qualità del processo produttivo – anche per la parte che Sicor svolge nei luoghi e con i macchinari e le risorse umane delle suddette imprese – già interamente riconosciuto conforme alla normativa ISO 9001:2008 dall'ente certificatore.

6. Con nota del 18.6.2012, tuttavia, la stazione appaltante comunicava a Sicor l'esclusione dalla procedura di gara per violazione del par. III.2.1., lett. c), del bando di gara, mentre venivano ammesse a parteciparvi soltanto Protos e Omnia Plastica.

Con ricorso principale, proposto avanti al T.A.R. Lazio, Sicor impugnava l'esclusione lamentando:

- a) la violazione del bando di gara e dell'art. 43 del d. lgs. 163/2006;
- b) l'eccesso di potere *sub specie* dell'irragionevolezza, della contraddittorietà e della disparità di trattamento;
- c) la nullità parziale del bando di gara, nella parte in cui impone in capo alle ausiliarie il possesso della certificazione di qualità autonoma.

7. Il T.A.R. Lazio, con ordinanza n. 2840 dell'1.8.2012, ha respinto la misura cautelare richiesta da Sicor.

8. Tuttavia questo Consiglio, con ordinanza n. 3909 del 28.9.2012, in accoglimento dell'appello cautelare proposto da Sicor, ha sospeso l'efficacia degli atti impugnati.

9. Con successivi motivi aggiunti, proposti a seguito di accesso agli atti del 7.8.2012, Sicor nel frattempo impugnava anche l'ammissione alla gara di Protos e Omnia Plastica, deducendo che entrambe non fossero in possesso della certificazione di qualità richiesta e che Protos fosse carente anche della licenza di polizia, prevista dall'art. 28 TULPS, e avesse violato l'art. 49 del d. lgs. 163/2006, ponendo in essere un avvalimento non necessario.

10. Si costituivano nel giudizio di prime cure l'amministrazione resistente e le imprese controinteressate, sostenendo la legittimità dell'esclusione di Sicor e dell'ammissione di Protos e di Omnia Plastica.

11. Il T.A.R. Lazio, sede di Roma, sez. I^{ter}, con la sentenza n. 832 del 24.2.2013, ha rigettato tutte le censure proposte da Sicor.

12. Avverso tale sentenza ha proposto appello Sicor, deducendo i seguenti motivi di doglianza:

a) *l'error in iudicando* nel quale sarebbe incorso il primo giudice per aver trascurato che la certificazione rilasciata dall'ente certificatore costituirebbe integrazione ed estensione soggettiva della certificazione del Sistema di Gestione della Qualità, ai sensi della norma UNI EN ISO 9001:2008 applicato da Sicor ai processi produttivi aziendali svolti anche, per dette attività, presso le sedi delle imprese ausiliarie e per aver omesso, altresì, di applicare l'art. 43 del d. lgs. 163/2006 che, in coerenza con l'art. 49 della Dir. CEE 18/2004, obbliga le stazioni appaltanti ad ammettere altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia delle qualità prodotte dagli operatori economici;

b) *l'error in iudicando* nel quale sarebbe incorso il T.A.R. per aver violato l'art. 49 del d. lgs. 163/2006 che, a differenza di quanto indicato nel bando di gara, non impone all'ausiliaria il possesso di una certificazione di qualità autonoma rispetto a quella del concorrente, ma solo di provare il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del medesimo decreto oltre al possesso delle risorse oggetto di

avvalimento, nonché per mancata applicazione dell'art. 46, comma 1-*bis*, del d. lgs. 163/2006, che avrebbe comportato la nullità della clausola del bando che, invece, impone il possesso della certificazione anche in capo all'impresa ausiliaria;

c) *l'error in iudicando* per la contraddittorietà, l'insufficienza della motivazione, l'omessa pronuncia su un elemento essenziale, l'illogicità e la violazione di legge per avere il T.A.R. ritenuto legittima l'ammissione di Omnia Plastica alla gara, nonostante la carenza della prescritta certificazione di qualità;

d) *l'error in iudicando* per la contraddittorietà, l'insufficienza della motivazione, l'omessa pronuncia su elementi essenziali, l'illogicità e la violazione di legge per avere il T.A.R. ritenuto legittima l'ammissione di Protos alla gara, nonostante la carenza della prescritta certificazione di qualità e la non necessità dell'avvalimento;

e) *l'error in iudicando* per la contraddittorietà, l'insufficienza della motivazione, l'omessa pronuncia su elementi essenziali, l'illogicità e la violazione di legge per l'illegittima esclusione di Sicor, l'eccesso di potere, l'irragionevolezza e la disparità di trattamento, per avere il T.A.R. omesso di pronunciarsi circa uno specifico e centrale punto della controversia, quale quello riguardante il diverso trattamento e la diversa interpretazione delle disposizioni di gara, da parte della stazione appaltante, con riferimento a Sicor con deteriore, ingiustificato trattamento rispetto alle altre imprese concorrenti.

13. Ciò premesso, l'appellante Sicor ha chiesto, in via cautelare, di sospendere, anche previa concessione di provvedimenti interinali monocratici, ai sensi degli artt. 55 e 56 c.p.a., gli effetti della sentenza e dei provvedimenti impugnati nonché, nel merito, di annullare e/o riformare la sentenza impugnata e, per l'effetto, di accogliere il ricorso principale e quello per motivi aggiunti proposti in prime cure, annullando i provvedimenti impugnati.

14. Con decreto n. 397 del 4.2.2013 il Presidente della III sezione ha accolto interinalmente l'istanza di tutela cautelare monocratica, fissando, per la discussione della sospensiva, la camera di consiglio del 15.2.2013.

15. Si costituivano frattanto gli appellati Ministero dell'Interno e Protos, chiedendo di rigettare l'appello proposto da Sicor, in quanto legittimamente esclusa dalla procedura, diversamente dalla Protos e da Omnia Plastica, che invece sarebbero state legittimamente ammesse a parteciparvi.

16. Nella camera di consiglio del 15.2.2013 il Collegio, non essendo possibile verificare la rituale instaurazione del contraddittorio nei confronti di Omnia Plastica, rinviava l'esame dell'istanza cautelare alla successiva camera di consiglio del 15.3.2013.

17. Nella camera di consiglio del 15.3.2013, fissata per l'esame dell'istanza incidentale di sospensione dell'esecutività dell'impugnata sentenza, il Collegio, ritenuto di dover decidere con sollecitudine anche il merito della controversia, ne rinviava a breve la discussione all'udienza del 24.5.2013.

18. Nella pubblica udienza del 24.5.2013 il Collegio, udita la discussione, tratteneva la causa in decisione e, all'esito della camera di consiglio, depositava in pari data il dispositivo della decisione, ai sensi dell'art. 119, comma 5, e dell'art. 120, commi 3 e 11, c.p.a., avendone fatto espressa richiesta, nel corso dell'udienza, la difesa del Ministero appellato.

DIRITTO

1. L'appello di Sicor deve essere respinto.

1.1. Il T.A.R. Lazio, nella sentenza impugnata, ha ritenuto legittima l'esclusione dalla gara di Sicor, odierna appellante, per aver detta società omesso di produrre le certificazioni di qualità delle due imprese ausiliarie, delle quali aveva dichiarato di avvalersi.

A tale conclusione il giudice di prime cure è pervenuto sulla base della condivisibile premessa che, per espressa previsione del bando di gara, di tali certificazioni avrebbero dovuto essere in possesso, a pena di esclusione, sia la concorrente che le ausiliarie.

2. Con il primo motivo l'appellante lamenta che il T.A.R., come del resto la stazione appaltante, sarebbe incorso nell'errore di considerare le due ausiliarie di Sicor, DM Line e New System, alla stregua di due concorrenti principali alla gara e, quindi, come sottoposti a tutte le condizioni di partecipazione previste per tali concorrenti, mentre le anzidette DM Line e New System sarebbero, in realtà, soltanto due imprese ausiliarie che non hanno prestato a Sicor l'intera organizzazione aziendale, ma solo alcune limitate risorse per l'effettuazione di altrettanto limitate e del tutto accessorie fasi di lavorazione.

2.1. Sicor, sostiene l'appellante, è la concorrente che si è impegnata ad eseguire tutte le fasi della fornitura, utilizzando solo essa, in taluni casi e attraverso l'istituto di cui all'art. 49 del d. lgs. 163/2006, le risorse (attrezzature, locali e personale specializzato) delle due ausiliarie per l'esecuzione di fasi accessorie e limitate delle lavorazioni principali.

2.2. Proprio perché utilizzerebbe tali risorse altrui, Sicor lo farebbe secondo le procedure previste dal proprio sistema di gestione della qualità certificato.

2.3. Da questa premessa l'appellante trae la conclusione che non sarebbe stato necessario trasmettere le certificazioni di qualità degli anzidetti operatori economici ausiliari, perché in siffatto modo se ne sarebbe dunque avvalsa, in violazione dei principi, emersi anche proprio da parte della giurisprudenza, che vietano di avvalersi della certificazione di qualità, e perché sarebbe stato assolutamente inutile, atteso che le risorse prestate dalle ausiliarie sarebbero state utilizzate da Sicor non già secondo la certificazione/manuale di qualità dei "prestatori" delle

risorse, ma secondo il sistema di gestione della qualità della Sicor, che tali ricorse avrebbe utilizzato (pp. 8-9 del ricorso in appello).

2.4. Il T.A.R., nel condividere la qualificazione soggettiva del requisito, non ne avrebbe tuttavia tratto le necessarie conseguenze, escludendo quindi la necessità di richiedere la certificazione di qualità delle ausiliarie, ma avrebbe ritenuto al contrario indispensabile la produzione di tale certificazione anche per queste, con una motivazione censurata come contraddittoria ed erronea.

2.5. Appare tuttavia evidente, dalla stessa formulazione del motivo, il vizio logico che lo destituisce di fondamento.

2.6. Se si muove dal presupposto – invero non unanimemente condiviso (v., sul punto, questo stesso Cons. St., sez. III, 18.4.2011, n. 2344 e AVCP, parere n. 15 del 22.6.2011) – che la certificazione di qualità sia un requisito soggettivo, che non può essere oggetto di avvalimento, come sostiene la stessa appellante e come ha ritenuto anche il T.A.R., la richiesta di tale certificazione anche alle ausiliarie, secondo le disposizioni della *lex specialis*, costituisce un'ulteriore garanzia della qualità del sistema produttivo nella sua interezza ma anche singolarmente, sia nelle fasi che si svolgono presso l'impresa concorrente ausiliata che presso quelle ausiliarie.

2.7. La previsione del par. III.2.1, lett. c) del bando secondo cui, a pena di esclusione, *“in caso di ricorso all'avvalimento la documentazione e le informazioni sopraindicate ai punti b), c), d), e), f), g) dovranno essere presentate anche dall'impresa ausiliaria-avvalsa”*, non appare, allora, un inutile formalismo né un ingiustificato aggravio procedimentale, ma un rafforzamento delle garanzie di qualità anche in capo alle imprese ausiliarie.

2.8. Né giova replicare che, così ragionando, si ammetterebbe la possibilità, per la partecipante, di avvalersi dei certificati di qualità delle ausiliarie, in contrasto con l'affermata natura soggettiva del requisito formale, poiché tale conclusione, oltre a

non essere stata in alcun modo e irragionevolmente sostenuta dal T.A.R., è esclusa proprio dal chiaro tenore letterale della *lex specialis*, che richiede la presentazione dei certificati “*anche*” da parte delle ausiliarie in aggiunta, evidentemente, a quella propria che necessariamente l’impresa partecipante deve presentare.

2.9. L’appellante pretende in questo modo di sostituire alla valutazione discrezionale effettuata dalla stazione appaltante nel bando, circa i requisiti di partecipazione anche in ipotesi di avvalimento, una propria unilaterale e non corretta interpretazione delle condizioni di ammissione alla procedura.

Al di là di tale interpretazione, che non appare peraltro fondata, resta però il dato incontestabile che Sicor non abbia presentato la certificazione di qualità delle due ausiliarie, come invece era richiesto dal bando.

2.10. Il motivo di appello non merita condivisione nemmeno nella parte e nella misura in cui mira a dimostrare che la certificazione allegata da Sicor alla domanda di partecipazione, in conformità a quanto previsto nella lettera c) del par. III.2.1. del bando, coprirebbe chiaramente anche le attività eseguite dalla stessa presso le sedi e con le risorse umane e strumentali delle due imprese ausiliarie.

2.11. Sotto tale angolazione Sicor intende far valere una prospettiva sostanzialistica, evidenziando che il provvedimento di esclusione impugnato, diversamente da quanto ha ritenuto il primo giudice, avrebbe violato le regole di partecipazione poste dal bando e sarebbe viziato da eccesso di potere, per omessa valutazione, da parte della stazione appaltante, della documentazione allegata alla domanda di partecipazione e quella integrativa trasmessa da Sicor.

2.12. L’appellante, in particolare, sostiene che la stazione appaltante, in maniera del tutto immotivata, avrebbe trascurato di considerare che:

- la certificazione rilasciata dall’ente certificatore costituirebbe integrazione ed estensione soggettiva, dalla Sicor alle ausiliarie, della certificazione del Sistema di gestione della qualità, ai sensi della norma UNI EN ISO 9001: 2008, applicato da

Sicor ai processi produttivi aziendali svolti anche, per dette attività e come di consueto, presso le sedi delle citate ausiliarie;

- l'operatività dell'art. 43 del d. lgs. 163/06 che, in coerenza con l'art. 49 della Dir. CEE 18/2004, “*obbliga le stazioni appaltanti ad ammettere altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici*”.

2.13. Anche per tale aspetto, così ricostruito nelle sue linee essenziali, risalta tuttavia l'intima contraddittorietà del motivo.

2.14. Proprio l'affermata natura soggettiva del requisito, se da un lato impedisce alla partecipante di avvalersi delle certificazioni di qualità delle ausiliarie, dall'altro e per converso vieta alle ausiliarie di giovare, a loro volta, delle certificazioni di qualità della partecipante, sicché l'assunto secondo il quale la certificazione rilasciata dall'ente costituirebbe “*estensione soggettiva*” della certificazione della Sicor alle ausiliarie (p. 6 del ricorso in appello), oltre a porsi in radicale contrasto con la previsione del bando che richiede specificamente la produzione dei certificati anche delle ausiliarie, smentisce il presupposto stesso – la natura soggettiva del requisito – sul quale Sicor imposta la propria tesi difensiva.

2.15. Non giova addurre in senso contrario, come pretende l'appellante, la previsione dell'art. 43 del d. lgs. 163/2006, posto che essa obbliga le stazioni appaltanti ad ammettere le altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici, ma non certo le certificazioni relative ad un operatore economico – nel caso di specie Sicor – dalle quali possa desumersi, *per relationem*, che altri e distinti operatori rispettino le misure di garanzie.

2.16. Ed è quanto si è verificato nel caso di specie.

Sicor ha infatti prodotto, dapprima, il certificato del CSI CERT di conformità del proprio sistema di gestione UNI EN ISO 9001:2008, relativo alla progettazione, produzione e commercializzazione di caschi di produzione (all. 3) e, in seguito a

richiesta di integrazione documentale formulata dalla stazione appaltante (all. 4), una dichiarazione dell'ente certificatore, dalla quale emerge che *“nelle verifiche effettuate per il mantenimento della certificazione[n.d.r.: della Sicor s.p.a.] sono stati verificati i requisiti di qualifica e controllo delle forniture operate dalle ditte DM Line s.r.l. e New System Painting s.r.l. che risultano operare in sintonia e conformità al sistema di qualità ed alle specifiche di fornitura e controllo produzione emerse da Sicor s.p.a.”* (all. 5).

2.17. Si evince dalla lettura della documentazione integrativa, qui testualmente riportata, che essa non può costituire una prova, nemmeno ai sensi dell'art. 43 invocato dall'appellante, delle qualità delle ausiliarie, non essendo state tali qualità certificate dall'ente direttamente in capo alle stesse, ma rappresenta soltanto una valutazione di conformità delle forniture da esse eseguite, *per relationem*, con il sistema produttivo di Sicor, questo sì direttamente certificato dall'organismo, in occasione delle verifiche eseguite appunto per rinnovare la certificazione della sola Sicor.

2.18. Non si tratta, pertanto, di aderire ad una interpretazione formalistica del bando e dei principi normativi che disciplinano la materia delle pubbliche gare, trascurando di valutare l'effettività sostanziale della violazione contestata a Sicor anche in presenza della documentazione presentata dalla concorrente, come sostiene l'appellante, ma di valutare, al contrario, il contenuto effettivo del documento integrativo per quello che realmente è, come correttamente ha fatto il T.A.R., traendone la dovuta e logica conclusione che esso non rispecchia i requisiti richiesti dal bando, nemmeno alla luce del più ampio *favor participationis* e dell'art. 43 del d. lgs. 163/2006.

2.19. Va esente da censura, deve qui infine aggiungersi, anche la valutazione del T.A.R. secondo la quale Sicor non avrebbe dimostrato, nel giudizio di prime cure, che anche in occasione della precedente procedura ad evidenza pubblica, che Sicor si era aggiudicata, si fosse avvalsa di DM Line e di New System.

Sicor lamenta che l'Amministrazione sarebbe già ben a conoscenza del fatto che il processo produttivo di Sicor, anche per la parte eseguita presso le sedi delle due più volte citate ausiliarie, sarebbe soggetto a controlli qualitativi applicati in regime ISO 9001:2008, come risulterebbe anche dallo stralcio dell'art. 3 dell'ultimo contratto in vigore fra Sicor e l'Amministrazione per la fornitura dei medesimi caschi protettivi, oggetto anche della gara di cui si controverte (all. 8).

Tale contratto prevede che la produzione avvenga sulla base di un "*Piano industriale di qualità*", il quale contempla "*le verifiche e le prove eseguite dalla ditta nel corso del processo produttivo e di quello volto a garantire a conformità ai requisiti previsti dal Capitolato tecnico*".

Da tale documento l'appellante pretenderebbe di dedurre argomenti a favore della propria tesi difensiva in ordine al possesso della certificazione di qualità in capo alle ditte ausiliarie, inserite nel suo processo produttivo.

Correttamente tuttavia il T.A.R. ha escluso che, sulla base di tale sola documentazione, possa ritenersi provato l'attuale possesso della certificazione di qualità in capo alle ausiliarie, delle quali non si fa alcun espresso cenno nel menzionato contratto.

3. Con il secondo motivo di appello Sicor deduce l'*error in iudicando* nel quale sarebbe incorso il T.A.R. sia per aver violato l'art. 49 del d. lgs. 163/2006 che, a differenza di quanto indicato nel bando di gara, non impone all'ausiliaria il possesso di una certificazione di qualità autonoma rispetto a quella del concorrente, ma solo di provare il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del medesimo decreto nonché il possesso delle risorse oggetto di avvalimento, sia per non aver fatto applicazione dell'art. 46, comma 1-*bis*, del d. lgs. 163/2006, che avrebbe comportato la nullità della clausola del bando che, invece, impone il possesso della certificazione anche in capo all'impresa ausiliaria.

3.1. Assume più in particolare l'appellante che il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo perché ha violato il bando di gara e l'art. 49 del d. lgs.

163/2006, ma anche perché, laddove si dovesse interpretare il bando nel senso che alla mancata presentazione della certificazione di qualità delle ausiliarie conseguisse l'esclusione della concorrente, la relativa prescrizione dovrebbe essere ritenuta nulla ai sensi dell'art. 46, comma 1-*bis*, del d. lgs. 163/2006.

3.2. Anche tale motivo è infondato.

3.3. Non appare invero equivoca né ambigua né fuorviante la clausola del bando nel richiedere, espressamente, la presentazione della certificazione di qualità anche da parte delle imprese ausiliarie, sicché la stazione appaltante non ha compiuto alcun errore né alcuna violazione della *lex specialis* nell'escludere Sicor, facendo corretta ed equilibrata applicazione del par. III.2.1., ultimo periodo, in riferimento alla lettera c).

3.4. Nemmeno può ravvisarsi alcuna violazione dell'art. 49 del d. lgs. 163/2006, diversamente da quanto assume l'appellante, in quanto la norma non vieta certo alla stazione appaltante di richiedere alle imprese ausiliarie documentazione ulteriore rispetto a quella, minima, imposta dalla lett. c).

3.5. Né infine la prescrizione della *lex specialis*, nel richiedere il possesso della certificazione anche in capo all'ausiliaria, incorre nella violazione dell'art. 46, comma 1-*bis*, del d. lgs. 163/2006, con conseguente nullità della clausola del bando, posto che la sanzione dell'esclusione ben può essere comminata in mancanza della certificazione di qualità da parte delle imprese ausiliarie, rientrando anche tale ipotesi nella previsione dell'art. 43 del codice degli appalti.

3.6. L'art. 43, infatti, prevede che le stazioni appaltanti possano richiedere la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare “*l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità*”.

Nella generale nozione di “*operatore economico*” rientra, in ipotesi di avvalimento, anche l'impresa ausiliaria, specialmente ove si muova, come pretende l'appellante

stessa, dal presupposto della natura soggettiva delle certificazioni di qualità in questione.

Se ne può dunque concludere che la stazione abbia legittimamente escluso Sicor nell'ipotesi di mancato adempimento di una prescrizione prevista dal codice degli appalti e, in particolare, dell'art. 43, rispettando così il disposto dell'art. 46, comma 1-*bis*.

3.7. E tale esclusione appare tanto più doverosa, da parte della stazione appaltante, se si considera che essa era venuta in "soccorso istruttorio" della Sicor, ai sensi del comma 1 dello stesso art. 46 invocato dall'appellante, chiedendole invano di fornire documentazione integrativa idonea a dimostrare il possesso della certificazione richiesta dal bando in capo alle ausiliarie.

4. La legittima esclusione di Sicor dalla gara, per i motivi sopra esaminati, rende inammissibili, per difetto di interesse, gli ulteriori tre motivi di censura dedotti dall'appellante circa, rispettivamente, la contestata ammissione di Omnia Plastica e di Protos alla gara e la pretesa disparità di trattamento tra queste due imprese, uniche ammesse, e la Sicor stessa.

4.1. Valgono, *in subiecta materia*, le indicazioni che l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio ha delineato sul tema dell'interesse strumentale a ricorrere in materia di gare con la decisione n. 4/2011, allorché, nel più ampio contesto di un riesame dei rapporti tra ricorso principale ed incidentale nella stessa materia, è stato puntualizzato:

- che l'esame delle questioni preliminari deve sempre precedere la valutazione del merito della domanda dell'istante;
- che il vaglio delle condizioni e dei presupposti dell'azione, comprensivo dell'accertamento della legittimazione ad agire e dell'interesse al ricorso, deve essere saldamente inquadrato nell'ambito delle questioni pregiudiziali;

- che, salve particolari eccezioni individuate in coerenza con il diritto comunitario (che qui non rilevano), la legittimazione al ricorso in tema di affidamento di contratti pubblici spetta solo al soggetto che abbia legittimamente partecipato alla procedura selettiva.

4.2. L'accertamento della legittima esclusione di Sicor, dunque, la priva di legittimazione a contestare, anche in sede di appello, l'ammissione delle altre partecipanti alla gara, in quanto anche il c.d. interesse strumentale alla riedizione della gara presuppone che sia positivamente superato il giudizio circa la legittima ammissione della ricorrente alla gara.

L'Adunanza Plenaria ha infatti insegnato, sotto quest'ultimo aspetto, che la mera partecipazione (c.d. di fatto) ad una gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso, poiché la situazione legittimante deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente – o nel caso di specie appellante – alla procedura selettiva.

4.3. La definitiva esclusione oppure l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara, pertanto, impediscono di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare l'esito della procedura selettiva.

E il positivo riscontro della legittimazione al ricorso, sempre secondo le puntualizzazioni dell'Adunanza Plenaria, è necessario tanto per far valere un interesse, c.d. finale, al conseguimento dell'appalto, quanto per perseguire, come nel caso di specie, un interesse meramente strumentale diretto alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione (Cons. St., sez. V, 22.9.2012, n. 4842).

4.4. Da tanto discende che, quindi, Sicor non è legittimata a contestare l'ammissione degli altri concorrenti, attesa l'accertata legittimità della sua esclusione che la priva di un interesse differenziato e qualificato, anche di natura strumentale,

in ordine al corretto svolgimento della gara per quanto attiene all'ammissione degli altri concorrenti, ancorché sotto il dedotto profilo di una pretesa – e peraltro insussistente – disparità di trattamento.

5. Dalle esposte considerazioni discende, quindi, che l'appello debba essere respinto, meritando piena conferma l'impugnata sentenza del T.A.R. Lazio.

6. Le spese del presente grado di giudizio, attesa la notevole complessità delle questioni giuridiche esaminate e la loro controversa interpretazione, possono essere compensate interamente tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati

Pier Luigi Lodi, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/06/2013

IL SEGRETARIO

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