

## Sulla possibile utilizzazione dell'avvalimento per tutti i requisiti soggettivi di partecipazione.

di Umberto Frangipane

Data di pubblicazione: 30-6-2018

1. L'avvalimento può essere utilizzato, a norma dell'articolo 89 del d.lgs. 50/2016, per tutti i requisiti soggettivi di partecipazione, ivi inclusi i requisiti soggettivi di qualità (nel caso sub iudice si trattava di un nulla osta rilasciato dal Ministero della Salute ad una società, in relazione all'attività di criopreservazione, stoccaggio e trasporto di cellule staminali emopoietiche per la gestione di disaster recovery plan).

*Conformi:* Consiglio di Stato, sez. V, 21/03/2017, n. 1295; Consiglio di Stato, sez. IV, 01/08/2016, n. 3467; Consiglio di Stato, V, 22 maggio 2015 n. 2563.

### Guida alla lettura

L'appellante ha chiesto la riforma della sentenza cd. breve del 6 aprile 2018, n. 932, con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale Lombardia, Milano, IV Sezione, ha respinto il ricorso proposto, ai sensi dell'articolo 120 comma 2 bis del c.p.a., avverso l'ammissione della società controinteressata alla procedura negoziata per l'*"affidamento del servizio di supporto in caso di cessazione temporanea o definitiva della banca dati del sangue e del cordone ombelicale e delle cellule staminali della U.O.C. S.I.M.T, U.O.C. ematologia e del piano da adottare in caso di cessazione temporanea o definitiva dell'attività di crioconservazione degli ovociti/dei gameti e degli embrioni al centro della procreazione medicalmente assistita (PMA) di Il livello presso il padiglione n. 7 ostetricia"* .

Il giudice di prime cure aveva dichiarato il ricorso irricevibile, concludendo, altresì, per la sua infondatezza in considerazione dell'oramai consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, per cui l'avvalimento, quale istituto di portata generale, è uno strumento che consente l'utilizzo dei requisiti soggettivi di altri operatori economici messi a disposizione del concorrente alla stregua di una idonea documentazione probatoria.

Tale decisione si fonda sulla circostanza che l'appellante non avrebbe proposto ricorso nel termine di 30 giorno, nonostante avesse maturato una conoscenza qualificata dell'ammissione della controinteressata e delle ragioni di tale ammissione.

Il Consiglio di Stato ha respinto il gravame proposto, ritenendolo effettivamente tardivo. Ciò, quantomeno, rispetto al costrutto giuridico dell'appellante incentrato, in apice, sulla pretesa preclusione, per la controinteressata, di avvalersi del nulla osta di una terza società. Trattandosi di requisito soggettivo, la contestazione avrebbe dovuto essere immediatamente

dedotta attraverso la proposizione di un'impugnativa confezionata nel rispetto della rigorosa tempistica prevista dall'art. 120, co. 2 bis del cpa, potendo semmai le ulteriori ragioni di doglianza confluire in censure aggiuntive all'esito del perfezionamento della procedura di accesso.

I giudici di secondo grado, tuttavia, non si sono fermati a rilevare la tardività del ricorso, ma per ragioni di completezza espositiva hanno aggiunto che l'avvalimento, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, può essere utilizzato, a norma dell'articolo 89 del d. lgs 50/2016, per tutti i requisiti soggettivi di partecipazione (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 21/03/2017, n. 1295; Consiglio di Stato, sez. IV, 01/08/2016, n. 3467; Consiglio di Stato, V, 22 maggio 2015 n. 2563), ivi inclusi i requisiti soggettivi di qualità, categoria alla quale va ricondotto il nulla osta *de quo*.

**Repubblica Italiana**

**In nome del popolo Italiano**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto al numero di registro generale 8114 del 2017, proposto da:

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 4010 del 2018, proposto dalla società Biorep S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Francica, Marco Passoni, Tommaso Gianluca Sala, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Fondazione Irccs Policlinico San Matteo di Pavia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Vittoria Luciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

***nei confronti***

Sol S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta 142;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 00932/2018, resa tra le parti, con la quale è stato respinto il ricorso avverso l'ammissione della controinteressata alla procedura selettiva indetta dal Policlinico San Matteo per l'affidamento del "servizio di supporto in caso di cessazione temporanea o definitiva della banca dati del sangue e del cordone ombelicale e delle cellule staminali della U.O.C. S.I.M.T, U.O.C. ematologia e del piano da adottare in caso di cessazione temporanea o definitiva dell'attività di crioconservazione degli ovociti/dei gameti e degli embrioni al centro della procreazione medicalmente assistita (PMA) di II livello presso il padiglione n. 7 ostetricia";

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Sol S.p.A. e della Fondazione Irccs Policlinico San Matteo di Pavia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2018 il Cons. Umberto Maiello e uditi per le parti gli avvocati Francesco Paolo Francica, Alberto Della Fontana su delega di Vittoria Luciano e Giuseppe Franco Ferrari;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con il gravame in epigrafe l'appellante chiede la riforma della sentenza cd. breve del 6.4.2018, n. 932, con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale Lombardia, Milano, IV Sezione, ha respinto il ricorso proposto, ai sensi dell'articolo 120 comma 2 bis del c.p.a., avverso l'ammissione della società controinteressata SOL S.P.A. alla procedura negoziata per l'*"affidamento del servizio di supporto in caso di cessazione temporanea o definitiva della banca dati del sangue e del cordone ombelicale e delle cellule staminali della U.O.C. S.I.M.T, U.O.C. ematologia e del piano da adottare in caso di cessazione temporanea o definitiva dell'attività di crioconservazione degli ovociti/dei gameti e degli embrioni al centro della procreazione medicalmente assistita (PMA) di II livello presso il padiglione n. 7 ostetricia"* .

1.1. Il giudice di prime cure ha dichiarato il ricorso irricevibile, concludendo, altresì, per la sua infondatezza *"..in considerazione dell'oramai consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, per cui l'avvalimento, quale istituto di portata generale, è uno strumento che consente l'utilizzo dei requisiti soggettivi di altri operatori economici messi a disposizione del concorrente alla stregua di una idonea documentazione probatoria.."*

1.2. Tale decisione riposa sul fatto che la Biorep S.r.l non avrebbe proposto ricorso nel termine di 30 gg nonostante avesse maturato una conoscenza qualificata dell'ammissione della Sol s.p.a. e delle ragioni di tale ammissione.

1.3 Avverso la suindicata decisione ha proposto appello la Biorep S.r.l che ha articolato i seguenti motivi di gravame:

1) sarebbe erronea la statuizione di irricevibilità del ricorso in quanto:

a) il *dies a quo* per la proposizione del ricorso avverso l'ammissione di SOL S.p.A., stante la mancata pubblicazione dei verbali di gara, non poteva in alcun modo decorrere dalla data della prima seduta pubblica di gara;

b) il *dies a quo* per la proposizione del ricorso avverso l'ammissione di SOL S.p.A non poteva, altresì, decorrere -come invece erroneamente sostenuto dal giudice di prime cure- neppure dalla ricezione delle mail trasmesse dalla stazione appaltante in quanto, oltre ad emergere dalle stesse dei dubbi in merito alle modalità di utilizzo dell'avvalimento tra SOL S.p.a. e Cryolab S.r.l., non era stata ancora resa disponibile all'appellante la documentazione amministrativa prodotta in sede di gara, impedendogli così di avere una piena e totale consapevolezza dei profili di illegittimità dell'ammissione qui contestata;

2) il nulla osta rilasciato dal Ministero della Salute alla società Cryolab S.r.l. in data 04.10.2013, relativamente all'attività di criopreservazione, stoccaggio e trasporto di cellule staminali emopoietiche per la gestione di disaster recovery plan, riguarderebbe esclusivamente i rapporti con l'Azienda ospedaliera San Camillo Forlanini di Roma e non avrebbe, dunque, portata generale, come tale non sarebbe, comunque, idoneo rispetto a parte del servizio posto a base di gara, vale a dire quanto al "*servizio di supporto in caso di cessazione temporanea o definitiva della banca dati del sangue e del cordone ombelicale e delle cellule staminali della U.O.C. S.I.M.T., U.O.C. ematologia*";

3) tra i documenti depositati dalla società SOL S.p.A. nel giudizio di primo grado, vi sarebbe una nota redatta dal Ministero della Salute, datata 31.01.2018, con la quale si dichiarerebbe che a seguito di sopralluogo effettuato il 16.11.2017 dal Centro Nazionale Trapianti (CNT) e dal Centro Nazionale Sangue (CNS) presso la sede operativa di Cryolab S.r.l. sono emerse "*alcune deviazioni rispetto alla normativa vigente*", alle quali la detta società non avrebbe posto rimedio;

4) l'autorizzazione *de qua*, in considerazione della sua natura di requisito oggettivo intrinsecamente soggettivo, non avrebbe potuto formare oggetto di avvalimento;

5) sarebbe irragionevole la condanna dell'appellante al pagamento delle spese di giudizio nella parte in cui è pronunciata a favore della Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia, non avendo prodotto documentazione e dovendo ritenersi tardiva la memoria da questi depositata nel corso del giudizio di primo grado.

1.4. Si sono costituite in giudizio la Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia e la controinteressata Sol s.p.a., che hanno concluso per il rigetto dell'appello.

2. Il ricorso è infondato e, pertanto, va respinto.

2.1. Preliminarmente, deve essere respinta l'istanza di cancellazione di espressioni offensive formulata, ai sensi dell'art. 89 cod. proc. civ., dalla Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia, dal momento che le aggettivazioni utilizzate, ancorchè sbilanciate verso un improprio tono ironico, non riflettono, di per se stesse, una diretta intenzionalità offensiva potendo ritenersi contenute nei limiti della *vis oratoria* in questa sede consentita.

3. Merita, anzitutto, conferma il capo della decisione con il quale il giudice di prime cure ha rilevato la irricevibilità del ricorso, siccome tardivamente notificato il 12.2.2018 (avviato per la notifica il 7.2.2018), essendo la suddetta tardività suffragata dalle seguenti convergenti circostanze.

3.1. Non può, invero, dubitarsi dell'intervenuta conoscenza, da parte dell'appellante, dell'ammissione della controinteressata, Sol s.p.a., alla procedura di gara e dell'avvalimento di cui la predetta società ha fruito, conoscenza già maturata nella seduta pubblica del 3.11.2017 (ove l'appellante era presente con un suo rappresentante) e ulteriormente qualificata dalle successive comunicazioni, a mezzo PEC, del 21.11.2017 e del 22.12.2017. Siffatte comunicazioni risultano emesse a valle di un'articolata interlocuzione intercorsa tra la stazione appaltante e l'appellante e recano, in riscontro alle mirate contestazioni mosse dall'appellante, la conferma dell'ammissione della predetta ditta (Sol s.p.a.) alla gara sulla scorta di approfondite valutazioni, ampiamente motivate, ed in cui risultano esposte, in modo analitico e diffuso, le ragioni giustificative addotte a sostegno di siffatta decisione.

3.2. In ragione di quanto sopra esposto appare di tutta evidenza come l'appellante, al più tardi alla data del 22.12.2017, avesse già piena e formale contezza sia dell'ammissione della controinteressata, Sol s.p.a., alla gara *de qua* sia delle motivazioni che reggevano tale statuizione, ivi inclusa la ritenuta legittimità dell'avvalimento dei requisiti tecnici messi a disposizione dall'impresa ausiliaria Cryolab.

3.3. Orbene, alla stregua di quanto appena evidenziato, e stante la piena equipollenza dei dati compendati nelle divise comunicazioni con il contenuto informativo minimo degli atti soggetti a pubblicazione a norma dell'articolo 29 del d. lgs 50/2016, cui fa rinvio l'articolo 120 comma 2 bis del c.p.a., non può dubitarsi (cfr. CdS, V, 23 marzo 2018, n. 1843; III, 27/3/2018, n. 1902) come fosse, già alla suddetta data, ed in ragione dell'immediata percepibilità dei profili di lesività per la sfera giuridica dell'interessato, esigibile l'onere di tempestiva impugnativa della qui contestata ammissione in applicazione del generale principio sancito dall'art. 41, comma 2, cod. proc. amm. e riaffermato nel comma 5, ultima parte, dell'art. 120 cod. proc. amm.

Tanto è a dirsi, quantomeno, rispetto al costrutto giuridico dell'appellante incentrato, in apice, sulla pretesa preclusione, per la società Sol s.p.a., di avvalersi del nulla osta della Cryolab siccome requisito soggettivo, contestazione che avrebbe dovuto essere immediatamente dedotta attraverso la proposizione di un'impugnativa confezionata nel rispetto della rigorosa tempistica prevista dal codice di rito, potendo semmai le ulteriori ragioni di doglianza confluire in censure aggiuntive all'esito del perfezionamento della procedura di accesso.

4. Occorre soggiungere, per ragioni di completezza espositiva, che l'avvalimento, contrariamente a quanto dedotto, può essere utilizzato, a norma dell'articolo 89 del d. lgs

50/2016, per tutti i requisiti soggettivi di partecipazione (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 21/03/2017, n. 1295; Consiglio di Stato, sez. IV, 01/08/2016, n. 3467; Consiglio di Stato, V, 22 maggio 2015 n. 2563 (ma si veda., ex plurimis, Cons. Stato, V, 4 novembre 2014, n. 5446; III, 13 ottobre 2014, n. 5057; 11 luglio 2014, n. 3599; V, 28 aprile 2014 n. 2200), ivi inclusi i requisiti soggettivi di qualità, categoria alla quale si ritiene di poter ricondurre il nulla osta qui in rilievo.

5. Allo stesso modo, nemmeno le residue doglianze hanno pregio. Il nulla osta prodotto dall'impresa ausiliaria in sede di gara consente alla società di svolgere, in qualità di parte terza ai sensi dell'art. 24, dLgs 191/2007 cit. l'attività di crioconservazione, stoccaggio e trasporto di cellule staminali emopoietiche per la gestione di disaster recovery plan a favore dell'Ospedale Forlanini di Roma, prevedendo al contempo che la predetta società *"è tenuta a comunicare preventivamente al CNT, al CNS e alla Regione o Provincia autonoma territorialmente competente, l'istituto dei tessuti o centro di Procreazione medicalmente assistita con il quale intende stipulare un nuovo accordo"* evocando, dunque, anche rispetto alle cellule staminali, l'astratta attitudine a svolgere siffatta attività anche presso Istituti diversi dall'Ospedale Forlanini, salva specifica validazione del possesso dei requisiti prescritti che, in coerenza della disciplina di settore, deve essere rinnovata preliminarmente alla stipula del singolo accordo.

5.1. Inoltre, il suddetto titolo abilitativo, contrariamente a quanto dedotto, non può ritenersi, con la pretesa automaticità, sospeso o revocato in ragione delle criticità rilevate dal Ministero della Salute a seguito dei controlli di recente svolti (e confluiti in apposito verbale del 31.1.2018), avendo i suddetti rilievi dato avvio ad una fase di mera interlocuzione a seguito della quale, peraltro, le criticità rilevate sono in via di progressiva eliminazione.

6. Nemmeno possono, infine, essere condivise le ragioni di doglianza afferenti al governo delle spese di giudizio poste a carico dell'appellante e liquidate nella misura di € 5.000 oltre oneri di legge in favore della società SOL e del Policlinico San Matteo, per la quota di un mezzo ciascuna. La dedotta tardività della memoria difensiva depositata dal Policlinico San Matteo, nemmeno eccepita in primo grado, non esaurisce, invero, l'attività defensionale svolta dal suddetto soggetto che si è, comunque, sostanziata nella illustrazione delle proprie tesi nel corso dell'udienza di discussione.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, l'appello va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, così provvede:

1) respinge l'istanza di cancellazione di espressioni offensive formulata, ai sensi dell'art. 89 cod. proc. civ.;

2) respinge l'appello.

3) condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in € 1.000,00 in favore di ciascuna delle parti appellate costituite e, dunque, complessivamente in € 2.000,00.