



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 206 del 2013, proposto dalla Service Med S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore sig. Alberto Kinzer, rappresentata e difesa dall'avv. Cesare Righetti e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Venezia, San Polo (Calle del Paradiso), n. 720

contro

Istituto "Cesana Malanotti" di Vittorio Veneto, in persona del rappresentante legale pro tempore, in proprio e quale capogruppo del raggruppamento temporaneo d'acquisto formato con l'Istituto "Bon Bozzolla" di Soligo, le Opere Pie di Onigo, la Casa di Riposo "Umberto I" di Montebelluna, la Casa di Riposo "Villa Belvedere" di Crocetta del Montello, la Casa di Riposo "F. Fenzi" di Conegliano e la Casa di Riposo "Aita" di Crespano del Grappa, rappresentato e difeso dagli avv.ti Vittorio Miniero ed Erika Zanierato e con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Venezia-Mestre, Calle del Sale, n. 51/3  
Istituto "Bon Bozzolla" di Soligo, non costituito in giudizio  
Opere Pie di Onigo, non costituite in giudizio  
Casa di Riposo "Umberto I" di Montebelluna, non costituita in giudizio  
Casa di Riposo "Villa Belvedere" di Crocetta del Montello, non costituita in giudizio  
Casa di Riposo "F. Fenzi" di Conegliano, non costituita in giudizio  
Casa di Riposo "Aita" di Crespano del Grappa, non costituita in giudizio

nei confronti di

Vivisol S.r.l., in persona del Presidente pro tempore avv. Giulio Fumagalli Riario, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Franco Ferrari e Paolo Mantovan e con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Venezia, San Polo, n. 1543

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

- della deliberazione del Consiglio di Amministrazione dell'Istituto "Cesana Malanotti" n. 39 del 19 dicembre 2012, comunicata il 27 dicembre 2012, con la quale è stato aggiudicato alla Vivisol S.r.l. il servizio di noleggio di sistemi antidecubito per un periodo di n. 36 mesi, con possibilità di rinnovo per ulteriori n. 36 mesi;

- di ogni altro atto antecedente, conseguente o comunque connesso e in specie, nei limiti dell'interesse della ricorrente:

- di tutti i verbali di gara;

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria riportato in calce al verbale n. 8;

- della nota del Segretario-direttore dell'Istituto "Cesana Malanotti" prot. n. 178 del 17 gennaio 2013, recante rigetto dell'istanza di riesame presentata dalla ricorrente

nonché per la declaratoria

di inefficacia e/o caducazione del contratto di appalto eventualmente stipulato con decorrenza dalla stipula dello stesso

e per la condanna

al risarcimento in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalla ricorrente;

Visti i controricorsi dell'Istituto "Cesana Malanotti" di Vittorio Veneto e di Vivisol S.r.l.;

Viste la memoria difensiva e la documentazione dell'Istituto "Cesana Malanotti";

Viste, altresì, la memoria e la documentazione di Vivisol S.r.l.;

Viste le "puntualizzazioni" della ricorrente;

Vista l'ordinanza n. 102/2013 del 1° marzo 2013, con cui è stata respinta l'istanza cautelare;

Viste le memorie conclusive e le repliche delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato relatore nell'udienza pubblica del 20 dicembre 2017 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Visto l'art. 120 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.)

Considerato che con il ricorso in epigrafe la Service Med S.r.l. (d'ora in poi anche: Service Med) ha impugnato – unitamente ai verbali di gara, all'aggiudicazione provvisoria ed al rigetto dell'istanza di riesame – la deliberazione del Consiglio di Amministrazione dell'Istituto "Cesana Malanotti" n. 39 19 dicembre 2012, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione;

Considerato che con la succitata deliberazione l'Istituto "Cesana Malanotti" – istituzione pubblica di assistenza e beneficenza dotata di personalità giuridica pubblica, avente sede in Vittorio Veneto – ha definitivamente aggiudicato alla Vivisol S.r.l. la procedura aperta, indetta con bando del 4 maggio 2012, per l'affidamento del servizio di noleggio di sistemi antidecubito (materassi e compressori) per un periodo di n. 36 mesi, con possibilità di rinnovo per altri n. 36 mesi;

Considerato che la Service Med ha chiesto, altresì, la declaratoria di inefficacia e/o caducazione del contratto eventualmente stipulato, con decorrenza dalla stipula dello stesso, e la condanna dell'Istituto al risarcimento del danno, in forma specifica o, in subordine, per equivalente;

Considerato che la società ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, violazione del principio di par condicio tra i concorrenti, violazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163/2006, giacché la lex specialis di gara avrebbe prescritto, a pena di esclusione, la dichiarazione sostitutiva relativa ai soggetti cessati, ex art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, da rendersi in conformità all'allegato n. 3 del capitolato speciale, per tutti i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara; avrebbe, altresì, prescritto, nel caso di assenza di soggetti cessati nell'ultimo triennio, la presentazione dell'allegato n. 3 barrato e firmato, dovendo siffatta condizione essere comunque dichiarata. Nell'offerta di Vivisol S.r.l. sarebbe mancata del tutto la dichiarazione sostitutiva relativa ai soggetti cessati dalla carica e, ciononostante, la Commissione giudicatrice avrebbe consentito alla stessa Vivisol S.r.l.

di integrare la documentazione mancante e di produrre l'allegato n. 3 barrato, con la declaratoria di assenza di soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio;

2) violazione degli artt. 5 e 13 del capitolato speciale d'appalto e degli artt. 41, 42 e 46 del d.lgs. n. 163/2006, carenza di istruttoria, errore e travisamento dei presupposti, violazione della par condicio, in quanto l'art. 5 del capitolato avrebbe previsto la dichiarazione sostitutiva delle ditte concorrenti, in conformità all'allegato n. 1, che attestasse, tra l'altro, di aver svolto nel triennio 2008-2009-2010 il servizio di noleggio di sistemi antidecubito in almeno due strutture aventi un numero di posti letto per persone non autosufficienti non inferiore a 100; le ditte avrebbero dovuto presentare, altresì, l'elenco dei servizi analoghi a quelli di gara svolti nel triennio ora menzionato. Vivisol S.r.l. avrebbe dichiarato nell'allegato n.1 di possedere il requisito in questione, tuttavia l'elenco dei servizi analoghi da essa prodotto riguarderebbe servizi sia di noleggio che di vendita e, in ogni caso, non indicherebbe alcuna struttura con un numero di posti letto per persone non autosufficienti non inferiore a 100, ma solo strutture ospedaliere. Né la documentazione prodotta da Vivisol S.r.l. per le verifiche dell'Ente appaltante nei confronti dell'affidataria (in specie: i certificati di buon esito dei servizi di noleggio di sistemi antidecubito) comproverebbe il possesso del requisito da parte della società;

Considerato che si è costituito in giudizio l'Istituto "Cesana Malanotti" (d'ora in poi anche: Istituto), depositando una memoria e documenti in vista della discussione dell'istanza cautelare, ed eccependo l'infondatezza dei motivi di ricorso;

Considerato che si è costituita in giudizio, altresì, la controinteressata Vivisol S.r.l. (d'ora in poi pure: Vivisol) depositando a propria volta una memoria e documenti e concludendo per l'infondatezza dei motivi di ricorso;

Considerato che la ricorrente ha prodotto puntualizzazioni, insistendo per l'accoglimento del ricorso e dalla domanda cautelare;

Considerato che l'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 102/2013 del 1° marzo 2013, non risultando le censure avanzate dalla parte ricorrente adeguatamente sorrette dalla necessaria prognosi favorevole;

Considerato che, in prossimità dell'udienza di merito, le parti hanno depositato memorie e repliche, insistendo nelle rispettive conclusioni;

Considerato che all'udienza pubblica del 20 dicembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione;

Considerato che, ai sensi dell'art. 120, comma 6, primo periodo, del d.lgs. n. 104/2010 (c.p.a.), nel testo risultante dalle modifiche di cui al d.l. n. 90/2014, conv. con l. n. 114/2014, il giudizio avente ad oggetto le procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, "ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza (sic)

cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata”;

Considerato che il primo motivo di ricorso è infondato, per le seguenti ragioni:

- l'art. 5 del capitolato speciale d'appalto prevedeva al punto C) l'inserimento da parte delle imprese partecipanti alla gara, nel plico n. 1, recante la documentazione amministrativa, della dichiarazione sostitutiva (circa il possesso dei requisiti morali) relativa ai soggetti cessati da cariche sociali, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, in conformità all'allegato n. 3 (parte integrante dello stesso capitolato speciale). La citata dichiarazione riguardava tutti i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando. La clausola in discorso precisava, inoltre, che qualora non vi fossero stati dei soggetti cessati nell'ultimo triennio, l'allegato n. 3 avrebbe dovuto essere barrato e firmato e la condizione comunque dichiarata;

- l'ultimo periodo dell'art. 5 del capitolato speciale d'appalto stabiliva, infine, che l'incompletezza o irregolarità sostanziale delle dichiarazioni e/o della documentazione richiesta avrebbero comportato l'esclusione dalla gara;

- come si ricava dalla documentazione in atti (cfr. verbale n. 1, all. 3 al ricorso), nella seduta pubblica del 29 giugno 2012, avente ad oggetto l'apertura dei plichi delle imprese offerenti che contenevano la documentazione amministrativa, la Commissione di gara ha rilevato la mancata presentazione, da parte di Vivisol, della dichiarazione di cui all'allegato n. 3 della documentazione di gara (e cioè la dichiarazione sostitutiva riguardante i soggetti cessati, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, vigente all'epoca dei fatti). Per conseguenza, ha disposto di chiedere immediatamente alla citata concorrente di integrare la documentazione presentata, entro la data di apertura delle offerte tecniche, rimettendo gli atti alla stazione appaltante per il seguito di competenza;

- con nota dell'Istituto prot. n. 1935 di pari data (doc. 7 dell'Istituto), il responsabile del procedimento ha quindi invitato Vivisol ad integrare la documentazione amministrativa, pena la non ammissione al prosieguo della gara, presentando la dichiarazione di cui al citato allegato n. 3, con la precisazione che la dichiarazione stessa avrebbe dovuto essere presentata, barrando e firmando detto allegato, pure nel caso di mancanza di soggetti cessati;

- Vivisol ha riscontrato prontamente la richiesta, inviando sempre il 29 giugno 2012 la lettera prot. n. 170/I/12, con cui ha trasmesso l'allegato n. 3 barrato e firmato, non essendovi alcun soggetto cessato dalla carica negli ultimi tre anni (v. doc. 7 dell'Istituto);

- nella successiva seduta pubblica del 4 luglio 2012 la Commissione, dato atto che Vivisol aveva fatto pervenire la documentazione di cui risultava carente, ne ha confermato l'ammissione alla procedura di gara (v. all. 4 al ricorso);

- così ricostruita la vicenda, osserva il Collegio che la fattispecie va esaminata alla luce del rapporto esistente tra l'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 (lì dove impone la dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti di moralità anche in relazione ai soggetti cessati dalla carica) e il successivo art. 46, comma 1-bis, recante il principio di tassatività delle cause di esclusione: tale rapporto deve essere vagliato tenendo conto del regime normativo anteriore all'intervento del d.l. n. 90/2014 (conv. con l. n. 114/2014) – inapplicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie – che ha introdotto nel corpo dell'art. 38 il comma 2-bis, segnando – come meglio si dirà infra – la consacrazione dell'orientamento *cd. sostanzialistico*. Orbene, la questione è stata affrontata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 16 del 30 luglio 2014, la quale ha ritenuto che, nel regime normativo anteriore al d.l. n. 90/2014:

a) la formulazione letterale dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 cit. imponesse di applicare la sanzione dell'esclusione alla violazione della prescrizione del Codice (contenuta nell'art. 38, comma 2, cit.) relativa alla presentazione delle dichiarazioni attestanti l'assenza delle relative condizioni ostative, quand'anche dette condizioni fossero in concreto inesistenti;

b) la sanzione espulsiva dovesse applicarsi pure nei casi in cui la *lex specialis* di gara l'avesse prevista come conseguenza della sola assenza oggettiva dei requisiti di moralità, e non anche della loro omessa attestazione;

c) in presenza di dichiarazioni radicalmente mancanti fosse precluso alla P.A. l'uso del *cd. soccorso istruttorio*, che si sarebbe risolto in una lesione del principio della *par condicio*;

- le ora viste conclusioni dell'Adunanza Plenaria n. 16/2014 non sembrano, tuttavia, correttamente estensibili alla fattispecie per cui è causa;

- infatti, a ben vedere nel caso ora all'esame non si trattava, per Vivisol, di rendere la dichiarazione *ex art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006* – ed in specie la dichiarazione circa il possesso (o meno) dei requisiti morali in capo ai soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio –, poiché la società non presentava tali soggetti e, quindi, avrebbe (ed ha) dovuto rendere una dichiarazione di inesistenza dei medesimi soggetti. Come obiettato dalla stessa Vivisol, si trattava, cioè, di rendere una dichiarazione doppiamente negativa, attestante non già l'assenza di precedenti penali definitivamente accertati per i reati indicati, ma, a monte, l'inesistenza dei soggetti a cui la dichiarazione in questione è riferita e, dunque, la mancanza stessa del presupposto;

- in altre parole, la dichiarazione doppiamente negativa da rendersi dalla società, essendo diversa nei termini ora detti dalla dichiarazione *ex art. 38, comma 2, lett. c)*,

del d.lgs. n. 163/2006, fuoriesce – ad avviso del Collegio – dall’ambito applicativo del medesimo art. 38, comma 2, con il corollario che la comminatoria dell’esclusione dalla gara per la sua omissione non trova più idonea copertura nella violazione di siffatta disposizione, né di altra previsione normativa: la sanzione espulsiva, dunque, potrebbe trovare una copertura esclusivamente nell’ultimo periodo dell’art. 5 del capitolato speciale d’appalto, come sopra riportato;

- ma allora, di fronte ad una simile situazione, deve ritenersi che prevalga il principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 46, comma 1-bis, cit., lì dove non consente l’inserimento nei bandi di gara di clausole espulsive non conformi alle prescrizioni previste dal Codice dei contratti pubblici, dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, comminando la nullità delle suddette clausole espulsive difformi (T.A.R. Veneto, Sez. I, 12 ottobre 2015, n. 1028). Per l’effetto, ove si intenda che la mancata presentazione, da parte di un concorrente, della dichiarazione circa l’inesistenza di soggetti cessati dalla carica nell’ultimo triennio (e quindi anch’essi tenuti alla dichiarazione sul possesso dei requisiti di moralità ex art. 38, comma 2, cit.), sia sanzionata con l’esclusione dalla gara dall’art. 5, ult. periodo, del capitolato speciale, la suddetta clausola della lex specialis risulta affetta da nullità ai sensi dell’art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006;

- si ricorda, sul punto, che la declaratoria di nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione si riferisce a clausole del bando che impongono adempimenti formali (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 6 dicembre 2017, n. 12034), com’è appunto l’adempimento richiesto a Vivisol. E appare, invero, viziata da un eccesso di formalismo (una sorta di “caccia all’errore”) la pretesa della ricorrente, che Vivisol fosse esclusa dalla gara, con divieto per la stazione appaltante di esperire il cd. soccorso istruttorio, per non avere detta società barrato un modulo (l’allegato n. 3), pur in presenza non già del possesso del requisito in capo a Vivisol, ma addirittura della non necessità del medesimo requisito, vista l’assenza di soggetti cessati dalla carica;

- in tal senso, appare esorbitante e cade in un vuoto formalismo anche la clausola dell’ultimo periodo dell’art. 5 del capitolato speciale, lì dove non distingue, ai fini della comminatoria dell’esclusione, la dichiarazione (positiva o negativa) ex art. 38 per i soggetti cessati dalla carica, dalla dichiarazione di inesistenza degli stessi soggetti; tale carattere esorbitante, come ora detto, comporta la nullità in parte qua della clausola, ai sensi dell’art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 cit.;

- per questo verso, quindi, il Collegio ritiene di dover aderire al già citato indirizzo giurisprudenziale cd. sostanzialistico, che si è andato via via affermando e che tende ad attribuire, in modo condivisibile, rilievo sempre più centrale al principio del favor participationis, secondo cui solo la reale mancanza di un requisito generale legittima l’esclusione dalla gara, al punto che non appare né giusto né equo che un soggetto che possa dimostrare, eventualmente anche tramite il cd. soccorso istruttorio, di avere tutti

i requisiti, sia escluso dalla gara (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 1° settembre 2016, n. 4142; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1° luglio 2016, n. 7586);

- tale evoluzione ha ricevuto consacrazione, a livello positivo, dall'art. 39 del d.l. n. 90/2014, conv. con l. n. 114/2014, il quale ha introdotto, dopo il comma 2 dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, il comma 2-bis. Quest'ultimo, infatti, ha introdotto una sanzione pecuniaria per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive, obbligando la stazione appaltante ad assegnare al concorrente un termine per la produzione o l'integrazione delle dichiarazioni carenti, e consente (anzi: impone) l'esclusione nel solo caso di inosservanza di tale ultimo adempimento. Si tratta, quindi, di una disposizione che, pur se applicabile alle sole gare bandite dopo la sua entrata in vigore, indica la volontà univoca del Legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio, al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie (cfr. C.d.S., A.P. n. 16/2014, cit.);

- l'ora visto carattere innovativo dell'art. 38, comma 2-bis cit. ne impedisce, quindi, l'applicazione alla presente controversia, dovendo condividersi solo su questo punto il discorso della ricorrente, lì dove osserva che "all'epoca dei fatti ancora non era in vigore il comma 2-bis dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 (introdotto solo dalla legge n. 114 del 2014" (così p. 4 della memoria finale). Non è condivisibile, invece, l'ulteriore assunto di Service Med, secondo cui detta norma, in rapporto all'art. 46, comma 1-bis, cit., confermerebbe a posteriori la legittimità della sanzione escludente prescritta dall'art. 5 del capitolato speciale: così intesa, infatti, l'introduzione del comma 2-bis nell'art. 38 cit. segnerebbe, invero, una rottura rispetto al sistema previgente, e non già la sua evoluzione in senso "sostanzialistico", secondo quanto si è appena detto;

- neppure potrebbe replicarsi che l'accento posto sul possesso del requisito, o sulla sua non necessità, anziché sulla produzione della relativa dichiarazione, comporterebbe l'introduzione in tema di appalti del principio di presupposizione, in contrasto con i principi di par condicio, nonché di certezza e buon andamento delle operazioni di gara. In realtà, nel caso di specie non vi è stata alcuna presupposizione, visto che, in sede di cd. soccorso istruttorio, Vivisol ha prontamente fornito la dichiarazione nel senso sopra visto (e cioè limitandosi a barrare e sottoscrivere l'allegato n. 3), il che conferma la mancanza, nella documentazione della società, di qualsiasi violazione dell'art. 38, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 (v. T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 12 febbraio 2016, n. 87);

- in definitiva, l'insegnamento dettato da altra decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (la n. 9 del 25 febbraio 2014) – secondo cui, nelle procedure di gara regolate dal Codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" ex art. 46, comma 1, del Codice (d.lgs. n. 163/2006) si sostanzia unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti, ovvero di completarli, ma soltanto in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione,



chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti, e non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante, o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal Codice stesso, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali – è del tutto coerente con la decisione della P.A., nella fattispecie all’esame, di far uso del surriferito “potere di soccorso”: ciò – si ribadisce – in ragione dell’impossibilità di ricondurre la sanzione escludente, per la mancata produzione della dichiarazione negativa di cui si discute, agli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163/2006, al regolamento di esecuzione, o ad altra disposizione di legge, e vista la sua riconducibilità unicamente all’art. 5 del capitolato speciale d’appalto;

- da quanto esposto si desume l’infondatezza del primo motivo del ricorso, che deve, perciò, essere nel suo complesso respinto;

Considerato che è altrettanto destituito di fondamento il secondo motivo di gravame, per le seguenti ragioni:

- Service Med assume che il requisito dello svolgimento negli anni 2008-2009-2010 del servizio di noleggio di sistemi antidecubito in almeno due strutture aventi un numero di posti letto per persone non autosufficienti non inferiore a 100 non sarebbe stato comprovato da Vivisol, poiché quest’ultima avrebbe indicato solo strutture ospedaliere, laddove invece il suddetto requisito dovrebbe intendersi come limitato ai soli Centri Servizi alla Persona (ex case di riposo); detti Centri, infatti, offrirebbero una modalità assistenziale del tutto diversa dal servizio prestato nelle strutture ospedaliere ordinarie, garantendo alle persone non autosufficienti l’assistenza medica, infermieristica, riabilitativa, tutelare ed alberghiera. La predetta limitazione si spiegherebbe, dunque, con il fine di ottenere un servizio di livello molto alto e con caratteristiche dedicate alle persone non autosufficienti;

- la ricorrente lamenta poi che Vivisol, nel produrre l’elenco dei servizi analoghi a quelli di gara, non avrebbe distinto tra noleggio e vendita;

- in contrario, tuttavia, si osserva, quanto al primo punto, che l’art. 5 del capitolato speciale d’appalto, nel prevedere il requisito in discorso, fa riferimento a “due strutture aventi un numero di posti letto per persone non-autosufficienti non inferiore a 100”: orbene, in nessun modo è rinvenibile, sul piano letterale, una limitazione esplicita del requisito in discorso ai servizi prestati per i Centri Servizi alla Persona, come preteso dalla ricorrente;

- ove, poi, si volesse porre l’accento sul carattere ambiguo dell’espressione “strutture per persone non autosufficienti”, per fondarvi una pretesa dicotomia tra strutture ospedaliere-pazienti, da un lato, e Centri Servizi alla Persona-persone non autosufficienti, dall’altro, sarebbe agevole replicare che, per giurisprudenza consolidata, nell’ipotesi di incertezza sul significato di una clausola ambigua, in base

al principio di tassatività delle cause di esclusione, si impone comunque un'interpretazione rivolta a favorire la più ampia partecipazione alla gara (cfr., ex multis, T.A.R. Veneto, Sez. I, 23 agosto 2017, n. 796; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 7 dicembre 2015, n. 5687; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 29 aprile 2011, n. 1071);

- con specifico riferimento alle gare pubbliche, si è, infatti, affermato che, nell'interpretazione della *lex specialis* di gara, un corretto rapporto tra la P.A. ed il privato, rispettoso dei principi di imparzialità e di buon andamento, nonché del dovere di buona fede delle parti nello svolgimento delle trattative (art. 1337 c.c.), impone di dare una lettura della stessa *lex specialis* idonea a tutelare l'affidamento degli interessati, interpretandola per ciò che essa dice espressamente e dispensando il concorrente dal ricostruire, con indagini ermeneutiche integrative, ulteriori ed inespressi significati. Ne discende che, ove il dato testuale presenti evidenti ambiguità, dovrà essere scelto dall'interprete il significato più favorevole all'ammissione del candidato: se, perciò, la formulazione letterale della *lex specialis* lascia spazi interpretativi, andrà prescelta l'interpretazione volta a favorire la massima partecipazione alla procedura (cfr. C.d.S., Sez. V, 22 settembre 2015, n. 4430; T.A.R. Veneto, Sez. I, 7 luglio 2017, n. 657; id., 20 ottobre 2016, n. 1163);

- se ne evince, in conclusione, l'infondatezza della doglianza;

- a confutazione del secondo punto, poi, è sufficiente notare che i certificati di buon esito dei servizi di noleggio, forniti da Vivisol all'Istituto (v. all. 10 al ricorso), riguardano nella quasi totalità dei casi l'avvenuto espletamento proprio di servizi di noleggio di sistemi antidecubito (v., ad es., il certificato dell'A.S.U.R. Marche – Zona Territoriale n. 3 Fano del 19 aprile 2011, il certificato dell'A.S.L. di Teramo del 4 aprile 2011, i certificati dell'A.S.L. n. 2 Savonese dell'11 aprile 2011 e del 3 marzo 2012 ed i certificati della Fondazione Istituto San Raffaele – G. Giglio di Cefalù del 26 febbraio 2009, del 19 ottobre 2010 e del 12 luglio 2011);

- nel controbattere alle difese dell'Istituto in sede di memoria di replica, Service Med lamenta, infine, che non vi sarebbe alcuna certezza sul fatto che le strutture ospedaliere elencate da Vivisol abbiano realmente un numero di posti letto per persone non autosufficienti non inferiore a 100 e che sarebbe stato onere della stazione appaltante – e non della stessa ricorrente – verificare tale dato, richiedendo all'aggiudicatario di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa pretesi dalla *lex specialis* di gara, escludendolo dalla gara nel caso in cui detta prova non fosse stata fornita;

- trattasi, all'evidenza, di una nuova e distinta censura, formulata per la prima volta – si è ora detto – nella memoria di replica, non notificata, e che, come tale, risulta pertanto palesemente inammissibile (cfr., ex multis, T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 16 febbraio 2017, n. 134);

- si ricorda, sul punto, che nel processo amministrativo sono inammissibili le censure formulate in memoria non notificata alla controparte, sia nell'ipotesi in cui risultino completamente nuove e non ricollegabili ad argomentazioni espresse nel ricorso introduttivo, sia quando, pur richiamandosi ad un motivo già ritualmente dedotto, introducano elementi sostanzialmente nuovi, ovvero in origine non indicati, con conseguente violazione del termine decadenziale e del principio del contraddittorio, essendo affidato alla memoria difensiva il solo compito di un'illustrazione esplicitiva dei precedenti motivi di gravame, senza possibilità di ampliare il thema decidendum (cfr., da ultimo, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 24 luglio 2017, n. 1894);

- in ogni caso trattasi di censura infondata, poiché la ricorrente non fornisce alcun "principio di prova" del fatto che le strutture elencate da Vivisol non avrebbero il numero minimo di posti letto richiesto, limitandosi ad estrapolare le proprie argomentazioni da una frase contenuta nella memoria difensiva dell'Istituto (e non dai documenti di gara o da altri documenti);

Ritenuto in definitiva, alla luce di quanto esposto, che il ricorso sia infondato e da respingere, attesa la complessiva infondatezza dei motivi con esso dedotti;

Ritenuto, per conseguenza, di dover altresì respingere le domande di declaratoria di inefficacia e/o caducazione del contratto di appalto, nonché di condanna dell'Istituto al risarcimento del danno, in forma specifica o, in subordine, per equivalente;

Ritenuto, infine, di dover liquidare le spese del giudizio secondo il criterio della soccombenza, nella misura stabilita nel dispositivo, nei confronti delle parti costituite e di non far luogo a pronuncia sulle spese nei confronti delle parti non costituite

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I<sup>^</sup>), così definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Respinge, altresì, la domanda di declaratoria dell'inefficacia e/o caducazione del contratto, nonché la domanda di risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

Condanna la società ricorrente al pagamento in favore dell'Istituto "Cesana Malanotti" e di Vivisol S.r.l. delle spese e degli onorari di causa, che liquida in via forfettaria in € 2.000,00 (duemila/00) per ciascuna delle predette controparti, per complessivi € 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad accessori di legge.

Nulla spese nei confronti delle parti non costituite.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2017, con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Nicola Fenicia, Primo Referendario

L'ESTENSORE  
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE  
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO