

Pubblicato il 10/06/2021

N. 03923/2021 REG.PROV.COLL.

N. 04563/2020 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4563 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da Comitato per il Centro Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Adinolfi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Caserta non costituito in giudizio;

nei confronti

Esculapio Cooperativa Sociale, Consorzio Stabile Format – in forma abbreviata Consorzio Format, Antoine Michel Cocchiarella, Michele Chiumento, Pietro Francesco Buonanno non costituiti in giudizio;

Innotec Soc. Coop. Sociale, rappresentato e difeso dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola, Carlo Tangari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Asmel Consortile Soc. Cons. A R.L., rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, corso Garibaldi 103;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

1) Provvedimento di esclusione dalla gara: Realizzazione Progetto di Accoglienza presso il Comune di Caserta nell'ambito del SIPROIMI "Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati individuazione del soggetto attuatore" CUP: D29DI6004730001; CIG: 8393924536 di cui al verbale n. 1 del 26/10/2020.

2) Determina n. 1157 del 04/08/2020 di individuazione del soggetto attuatore ASMEL ed approvazione atti di gara; 3) determina n. 1519 del 13.10.20 di costituzione commissione di gara; 4) determina n. 1276 del 28.8.20 di rettifica determina n. 1157/29; 5) Bando di gara; 6) Disciplinare di gara; 7) Nota Dirigente Comune di Caserta del 05/10/2020 prot. n. 61022; 8) Verbale di gara n. 2; 9) Verbale di gara n. 3 di proposta di aggiudicazione al RUP; 10) Ogni altro atto comunque lesivo degli interessi e diritti del ricorrente. Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da COMITATO PER IL CENTRO SOCIALE il 21\12\2020 : Per l'annullamento, previa sospensiva e decreto inaudita altera parte:1) Determina n. 1835 del 07/12/2020 di approvazione della proposta di aggiudicazione; 2) se esistenti di atti sconosciuti con i quali è stata modificata la clausola del Disciplinare sub. art. 5 e 9 in merito alla disponibilità degli alloggi 30 giorni data scadenza bando conformi al D.M. 10/08/2016; 3) del contratto se sottoscritto; 4) Ogni altro atto comunque lesivo degli interessi e diritti del ricorrente.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da INNOTEK SOC. COOP. SOCIALE il 20\1\2021 : per l'annullamento nei limiti di interesse dell'a.t.i. odierna controinteressata, in via del tutto subordinata ed in chiave meramente tuzioristica, degli artt. 5 e 9 del disciplinare di gara, 4 del capitolato e III.2) del bando della procedura di evidenza pubblica indetta dal Comune di Caserta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'individuazione del soggetto attuatore (per gli ultimi mesi del 2020 e per il biennio 2021/2022) dell'intervento relativo al servizio di accoglienza, nell'ambito dello SPRAR/SIPROIMI, consistente nel "sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati" (CUP: D29D16004730001 – CIG: 8393924536), ove mai le predette clausole dovessero essere interpretate nel senso prospettato dal ricorrente con i motivi aggiunti notificati in data 21.12.2020, nonché, ove occorra, di eventuali chiarimenti sfavorevoli e, sempre nei limiti di interesse, di tutti i verbali di gara e della determinazione di aggiudicazione n. 1835 del 7.12.2020, nonché delle determinazioni dirigenziali nn. 1157 del 4.8.2020 e 1276 del 28.8.2020 dello stesso Comune in parte qua.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Comitato per il Centro Sociale il 26/3/2021:

Per l'annullamento, previa sospensiva e decreto inaudita altera parte:1) Determina n. 440 del 16/03/2021 di aggiudicazione definitiva all'esito delle verifiche ASMECOMM; 2) atti sconosciuti con i quali è stata verificata in capo al RT il possesso dei requisiti ex art. 80 D. Lgs. n. 50/16 da parte di ASMECOMM come

da PEC prot. n. 703 del 19/02/2021 richiamata nel provvedimento impugnato; 3) nota di approfondimento dei requisiti prot. n. 28433 del 16/03/2021 richiamata nel provvedimento impugnato e non conosciuta; 4) verbali di verifiche della idoneità dei n. 22 immobili ex D.M. 10/08/2016 nel quale ospitare i destinatari del progetto se ed in quanto effettuate; 5) del contratto se sottoscritto; 4) Ogni altro atto comunque lesivo degli interessi e diritti del ricorrente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Innotec Soc. Coop. Sociale e di Asmel Consortile Soc. Cons. A R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2021 tenutasi con le modalità di cui all'art. 25 del d.l. n.137/2020 convertito dalla l. n. 176/2020, come modificato dall'art. 1, co. 17, del d.l. n. 183/2020 convertito dalla l. n. 21/2021, e al D.P.C.S. del 28.12.2020 il dott. Francesco Gaudieri e uditi per le parti i difensori da remoto come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in esame, notificato il 20.11.2020, depositato il 23.11.2020, il Comitato per il Centro Sociale (di seguito anche : Comitato) impugna il provvedimento di esclusione dalla gara “Realizzazione Progetto di Accoglienza presso il Comune di Caserta nell’ambito del SIPROIMI - Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati individuazione del soggetto attuatore” – chiedendone l’annullamento.

In sintesi la parte afferma che per un errore a lei non imputabile, dovuto al cattivo funzionamento della firma digitale, ha presentato l’offerta in ritardo rispetto al termine delle ore 12:00 del 02/10/2020 e precisamente alle ore 16:08, non appena risolto il problema. Il seggio di gara ASMEL con il verbale n. 1 del 26/10/2020 ha provveduto alla sua esclusione per ritardo nella presentazione dell’offerta, benchè la stessa avesse segnalato alle ore 13.58 del 2.10.2020 l’impossibilità di firmare digitalmente l’offerta, comunque inviata all’ASMEL ed al RUP alle ore 16.08 dello stesso giorno

Avverso l’atto impugnato deduce:

I.- ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DI TUTTI I PRINCIPI IN TEMA DI IMPUTABILITÀ.

Il ritardo nel caricamento dell’offerta non è dipeso da colpa della deducente, ma da un fatto oggettivo ed incolpevole del quale la ricorrente non ha nessuna responsabilità, essendo dovuto al mal funzionamento della firma digitale.

II.- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 79, C. 3, LETT. A) D. LG. N. 50/16

Il procedimento di gara è stato caratterizzato da una palese discrasia temporale tra termine finale per richiesta chiarimenti e termine per le risposte e ciò ha comportato la palese violazione della norma in epigrafe e creato confusione nei partecipanti, tra cui la ricorrente, creando un vulnus in tutta la procedura. Il tutto aggravato dalla circostanza che già la disposizione del disciplinare, nel prevedere soli 5 gg, violava illegittimamente il termine previsto in astratto dalla norma di 6 gg.

III.-VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 74- 79 D. LG. N. 50/16 – ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE PAR CONDICIO

Tenuto conto di quanto affermato al motivo II la proroga richiesta dalla ricorrente il 28/09/2020 prima della pubblicazione delle risposte ai chiarimenti avvenuta poco dopo, andava concessa : a fronte di richieste di chiarimenti tempestivi la proroga è un atto vincolato.

IV.- VIOLAZIONE ART. 74- 79 T.U. 50/2016 - VIOLAZIONE ART. 7.1 DISCIPLINARE

Tra il 15 ed il 28 settembre la ricorrente aveva richiesto ben 17 chiarimenti essenziali per la preparazione dell’offerta a cui è stata data risposta solo il 28/09/2020 e cioè 3 giorni prima della scadenza. Ciò determina la palese violazione della norma in epigrafe in quanto tutte le richieste erano pertinenti e significative ai fini della presentazione di una offerta adeguata ed erano state richieste in tempo utile e cioè entro il 28/09/2020.

V.- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 3, 31, 37, C. 4 E 38 D. LG. N. 50/16 – ART. 33 C. 3 BIS D. LGS. N. 163/06 – VIOLAZIONE DETERMINA ANAC N. 31/18 – DPCM 11/11/2014 E ART. 3, 4 DEL D. LGS. N. 175/16 – VIOLAZIONE ART. 30 D. LGS. N. 267/00

La procedura è radicalmente illegittima in quanto il Comune ha delegato l’ASMEL a svolgere la gara, scegliendo i tre commissari tramite sorteggio tra quelli iscritti all’Albo degli Esperti ASMEL. In particolare

nella determina n. 1157 del 04/08/2020, per come rettificata dalla successiva del 28.8.20 n. 1276 viene escogitato un sistema per rendere il Ministero dell'Interno (a carico del quale ricade il finanziamento dell'intervento) finanziatore dei costi dell'ASMEL attraverso il ribasso d'asta. In pratica una economia del progetto di accoglienza diventa un guadagno per ASMEL e/o un risparmio per il Comune. In sostanza all'ASMEL viene devoluto il ribasso del 4,30 % offerto dall'unico concorrente rimasto in gara. Richiama giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V del 12/11/2020 n. 6975; n. 6787 del 03/11/2020).

1.1.- Deposita una perizia di parte – a firma del consulente Giovanni De Caro - relativa al malfunzionamento della piattaforma telematica utilizzata e del dispositivo di firma digitale.

1.2.- L'istanza di tutela monocratica cautelare ex art. 56 cpa risulta respinta con decreto presidenziale n. 2213/2020 del 27.11.2020.

2.- Resiste in giudizio la società controinteressata Innotec Soc. Coop. Sociale (di seguito anche : Innotec), in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria dell'a.t.i. con Esculapio Cooperativa sociale a r.l. e Consorzio Stabile Format, chiedendo il rigetto della domanda.

2.1.- Con memoria depositata in prossimità della trattazione della domanda cautelare, rimarca, in particolare, come la responsabilità per la mancata tempestiva produzione dell'offerta tecnica da parte del ricorrente sia ascrivibile al grave e colpevole ritardo con cui il Comitato si è indotto a caricare la stessa nel sistema. Controdeduce ai singoli motivi di ricorso.

2.2.- Parte ricorrente deposita una relazione tecnica a firma del perito informatico d'Angelo Giuseppe.

3.- Alla camera di consiglio del 4.12.2020, l'istanza cautelare è stata respinta con Ordinanza n. 2302/2020 di pari data con la seguente motivazione *“Premesso che questa Sezione ha già affermato (18.9.2020, n.3882; 2.4.2019, n.1841) come la gestione telematica della gara offra il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; Visto l'art.79, comma 5-bis del D. Lgs. n.50/2016 e ss.mm. quale espressamente prevede che “Nel caso di presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 52, ivi incluse le piattaforme telematiche di negoziazione, qualora si verifichi un mancato funzionamento o un malfunzionamento di tali mezzi tale da impedire la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante adotta i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, anche disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento. Nei casi di sospensione e proroga di cui al primo periodo, la stazione appaltante assicura che, fino alla scadenza del termine prorogato, venga mantenuta la segretezza delle offerte inviate e sia consentito agli operatori economici che hanno già inviato l'offerta di ritirarla ed eventualmente sostituirla. La pubblicità di tale proroga avviene attraverso la tempestiva pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo Internet dove sono accessibili i documenti di gara, ai sensi dell'articolo 74, comma 1, nonché attraverso ogni altro strumento che la stazione appaltante ritenga opportuno. In ogni caso, la stazione appaltante, qualora si verificano malfunzionamenti, ne dà comunicazione all'AGI ai fini dell'applicazione dell'articolo 32-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante codice dell'amministrazione digitale”; Atteso che per quanto rileva ai fini della disposta esclusione per presentazione in ritardo dell'offerta, in disparte le consulenze di parte del 23/11/2020 (quale attesterebbe il malfunzionamento della smart-card relativa alla firma digitale dalle 11:19:36 alle 11:44:34 del 2/10/2020) e del 1°/12/2020 (quale attesterebbe l'impossibilità di procedere alla firma dalle 11:36 alle 15:51 del 2/10/2020), non è stata attestata da Organismo terzo – attraverso il file-log – l'esistenza di blocchi, rallentamenti o altre anomalie della piattaforma durante la fase di “caricamento” dell'offerta da parte dell'impresa ricorrente, per cui non sussistono i presupposti per l'accoglimento dell'invocata misura cautelare;*

Rilevato, quanto alle censure dedotte circa il ruolo di ASMEL, che non sono stati articolati definiti pregiudizi di natura patrimoniale a carico di parte ricorrente; Ritenuto, quanto alle spese della presente fase cautelare, che sussistono i motivi che ne giustificano la compensazione integrale tra le parti, P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) respinge la suindicata domanda cautelare. Spese compensate.”

3.1.- Con Ordinanza n. 264/2021 del 25.1.2021, Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello cautelare con la seguente motivazione : *“Ritenuto che non sussistano i presupposti per accogliere l'appello cautelare, atteso che, almeno dalla prima deliberazione che caratterizza la presente fase di giudizio, non appare ravvisabile il necessario fumus boni iuris del gravame in relazione alla insussistenza della prova del mancato*

funzionamento della piattaforma di gara, né il periculum in mora in considerazione della trattazione del merito della causa in primo grado all'udienza del 10 febbraio 2021; Ritenuto che le spese di giudizio della presente fase cautelare seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo; P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), respinge l'appello cautelare.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese della presente fase cautelare nei confronti di Innotec Soc. Coop. Sociale e di Asmel Consortile Soc. Cons. a r.l., in via solidale e per la stessa quota, che si liquidano nella somma complessiva pari ad euro 3000, oltre ad oneri di legge.”

4.- Con motivi aggiunti notificati e depositati il 21.12.2020, parte ricorrente impugna la determina n. 1835 del 07/12/2020 recante approvazione della proposta di aggiudicazione e “se esistenti” gli atti sconosciuti con i quali è stata modificata la clausola del Disciplinare sub. art. 5 e 9 in merito alla disponibilità degli alloggi 30 giorni data scadenza bando conformi al D.M. 10/08/2016, lamentandosi, in sostanza, della circostanza che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta nonostante la mancanza da parte dell'aggiudicataria della disponibilità concreta degli alloggi entro 30 gg. dalla scadenza del bando a titolo di proprietà, affitto, possesso e/o comodato d'uso idonei ad ospitare 200 persone. Deduce:

I.- Illegittimità derivata:

II.- VIOLAZIONE ART. 5 E 9 DISCIPLINARE – VIOLAZIONE PAR CONDICIO – VIOLAZIONE REGOLE DELLA LEX SPECIALIS – PERPLESSITÀ – DISPARITÀ DI TRATTAMENTO – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI TERZIETÀ – VIOLAZIONE ART. 20 DISCIPLINARE.

Il RUP, in maniera acritica, con la Det. n. 1835 del 7/12/2020, ha approvato la proposta di aggiudicazione senza verificare se alla data del 02/10/2020 l'aggiudicataria, che ha conseguito il massimo possibile pari a 100 punti, fosse in possesso del requisito principale di tutta la procedura e cioè la concreta disponibilità di alloggi. Detta disponibilità, in base alla lex specialis, doveva coincidere con l'ultimo giorno utile per la presentazione dell'offerta e cioè il 02/10/2020 e ciò nonostante la precisa disposizione di cui agli art. 5 e 9 del Disciplinare e le dichiarazioni rese in sede di gara.

4.1.- La controinteressata Innotec con memoria depositata il 22.12.2020 si oppone all'invocata misura monocratica.

4.1.2.- Con decreto presidenziale n. 2478/2020 del 23.12.2020 risulta respinta l'istanza di tutela cautelare ex art. 56 cpa.

5.- Si è costituita in giudizio per resistere anche l' ASMEL CONSORTILE SOC. CONS. A R.L. (di seguito anche : ASMEL), chiedendo il rigetto della domanda attorea.

6.- Con memorie depositate l'11.1.2021, le parti costituite hanno illustrato le proprie difese in vista della camera di consiglio del 13.1.2021.

6.1.- Con ordinanza n. 120/2021 del 14.1.2021 risulta respinta l'istanza cautelare con la seguente motivazione : “*Visti i motivi aggiunti con i quali parte ricorrente impugna la determina n. 1835 del 7.12.2020 di approvazione della proposta di aggiudicazione deducendo vizi di illegittimità derivata e di violazione degli artt 5 e 9 del disciplinare di gara, con riferimento alla concreta disponibilità degli alloggi alla data del 2.12.2020, ritenuta insussistente.*

Ritenuta non manifestamente infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse della parte ricorrente a censurare il provvedimento di aggiudicazione impugnato e ciò alla luce dell'ordinanza n. 2302 del 4.12.2020 con la quale l'adita Sezione ha ritenuto, sia pure in sede cautelare e con deliberazione sommaria, infondate le censure proposte avverso il provvedimento di esclusione della ricorrente di talchè, allo stato degli atti, non si ravvisa in capo alla deducente l'indispensabile posizione giuridica differenziata necessariamente occorrente per aggredire in sede giurisdizionale gli atti di gara. Considerato, altresì, che appaiono, hic et nunc, prevalenti le esigenze di pubblico interesse alla sollecita definizione dell'esperimento di gara improntato a soddisfare finalità di carattere umanitario.

Ritenuto di dover fissare per la trattazione del merito la pubblica udienza del 10 febbraio 2021 già calendarizzata per la trattazione del ricorso introduttivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), Respinge l'istanza cautelare.

Fissa per la trattazione di merito l'udienza pubblica del 10 febbraio 2021.

Spese della presente fase al definitivo.”

6.2.- L'ordinanza non risulta appellata.

7.- Con ricorso incidentale, notificato e depositato il 20.1.2021, la Innotec ha impugnato, in chiave meramente tuzioristica, gli artt. 5 e 9 del disciplinare di gara, 4 del capitolato e III.2) del bando della procedura di evidenza pubblica indetta dal Comune di Caserta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'individuazione del soggetto attuatore ove mai le predette clausole dovessero essere interpretate nel senso

prospettato dal ricorrente con i motivi aggiunti notificati in data 21.12.2020, nonché, ove occorra, gli eventuali chiarimenti sfavorevoli e, sempre nei limiti di interesse, tutti i verbali di gara e le determinazioni dirigenziali nn. 1157 del 4.8.2020 e 1276 del 28.8.2020 dello stesso Comune in parte qua, affermando che trattasi di elemento rilevante esclusivamente ai fini dell'esecuzione del contratto di appalto e non già di requisito rilevante ai fini della partecipazione alla gara e ciò, oltre che per il favor participationis, anche secondo il costante insegnamento giurisprudenziale che ritiene il possesso di strutture e attrezzature "necessarie per l'espletamento del servizio come requisito di esecuzione delle prestazioni negoziali e non di partecipazione alla gara, di modo che è reputata illegittima la clausola della lex specialis che ne imponga il possesso già all'atto della partecipazione alla gara" (cfr., ex multis, in via generale, Cons. Stato, Sez. V, 25.3.2020 n. 2090 cit. e, da ultimo, con riferimento ai centri cottura per l'esecuzione del servizio di ristorazione: Cons. Stato, Sez. V, 17.12.2020 n. 8101).

7.2.- Con diverse memorie le parti si sono confrontate sulla specifica questione.

7.3.- Su istanza di parte attorea, l'udienza del 10 febbraio 2021 è stata rinviata all'udienza del 24 marzo anche in ragione di assicurare l'integrità del contraddittorio sul ricorso incidentale.

7.4.- Con memoria depositata l'8.3.2021, il Comitato ha insistito nelle proprie conclusioni relative al possesso degli alloggi alla data di scadenza del bando (2.12.2020) o, quanto meno, alla data di aggiudicazione (7.12.2020). Ha rimarcato, inoltre, l'interesse strumentale alla ripetizione della gara in caso di sole due ditte partecipanti, affermando che trattasi di un principio pacifico e giammai oggetto di ripensamenti da parte della giurisprudenza.

7.5.- Con memoria depositata il 13.3.2021, la Innotec ha ribadito le proprie difese ed ha sottolineato, anche alla luce della giurisprudenza della sezione, l'insussistenza di un interesse strumentale in capo alla società esclusa.

7.6.- Anche l'Asmel, con memoria del 13.3.2021 ha evidenziato la legittimità della propria posizione di committenza ausiliaria, precisando che il Comune di Caserta, con determine a contrarre n. 1157 del 4.8.2020 e n. 1276 del 28.08.2020, ha proceduto ad affidare solo servizi di committenza ausiliaria in favore di Asmel Consortile, in piena conformità con l'art. 39 del Codice dei Contratti Pubblici; aggiunge che le attività di committenza ausiliaria, secondo il Codice dei Contratti Pubblici, possono essere affidate, in modo alternativo, in via diretta, alle Centrali di Committenza, ovvero secondo le ordinarie regole che presidiano gli affidamenti dei servizi pubblici e che il valore dei servizi di committenza ausiliaria, che il Comune di Caserta ha affidato ad ASMEL Consortile, è ampiamente inferiore al valore della soglia comunitaria.

8.- All'udienza pubblica del 24 marzo 2021, - svoltasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020, come modificato dall'art. 1, co. 17, del D.L. n. 183/2020, e al D.P.C.S. del 28.12.2020 - la causa è stata rinviata al 26 maggio 2021, su richiesta di parte ricorrente per la proposizione di motivi aggiunti.

9.- Con motivi aggiunti, notificati e depositati il 26 marzo 2021, il Comitato ha impugnato la determina n. 440 del 16.3.2021 recante aggiudicazione definitiva a seguito delle verifiche ASMECOMM, deducendo in primis quanto già rappresentato nei precedenti motivi di ricorso in ordine alla carenza dei 22 alloggi ed al ruolo non meramente secondario di ASMEL, aggiungendo che l'aggiudicataria ha subito un procedimento sanzionatorio definitivo per una gravissima violazione nell'ambito del servizio residenziale "Mamma Chioccia" in Scisciano alla Via S. Giovanni dei Cavoli n. 28, sanzionata in via definitiva dall'Ambito n. 23 Ufficio di Piano di Nola, a cui è seguita anche la sospensione del servizio, lamentando la mancata valutazione di siffatta sanzione da parte dell'amministrazione comunale e dell'ASMEL. Richiama un verbale di ispezione (07/11/2019) da cui sarebbero emerse una serie di criticità, rilevate peraltro anche dalla Procura (verbale del 27/11/2019). Aggiunge che nell'ambito di altra gara indetta dal Comune di Benevento il TAR Campania ha accertato con sentenza l'inidoneità dei locali offerti in Via Galanti e contrada Roseto come da ordinanza della Sez. I del 23.11.18 n. 1740, per cui l'aggiudicataria andava esclusa per non aver reso edotto il Comune di fatti rilevanti. Ha dedotto al riguardo :

I.- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 80 D. L. N. 50/16 – ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA dal momento che o la parte ha ommesso di rendere le dovute dichiarazioni o il Comune in maniera superficiale le ha ritenute irrilevanti. Richiama giurisprudenza.

II – ILLEGITTIMITÀ DERIVATA.

III – VIOLAZIONE ART. 5 E 9 DISCIPLINARE – VIOLAZIONE PAR CONDICIO – VIOLAZIONE REGOLE DELLA LEX SPECIALIS – PERPLESSITÀ – DISPARITÀ DI TRATTAMENTO – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI TERZIETÀ – VIOLAZIONE ART. 20 DISCIPLINARE stante la concreta carenza di alloggi in capo all'aggiudicataria.

IV - VIOLAZIONE ART. 5 E 9 DISCIPLINARE – VIOLAZIONE PAR CONDICIO – VIOLAZIONE REGOLE DELLA LEX SPECIALIS – PERPLESSITÀ – DISPARITÀ DI TRATTAMENTO – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI TERZIETÀ – VIOLAZIONE ART. 20 DISCIPLINARE – VIOLAZIONE ART. 32 E 33 T.U. N. 50/2016 – VIOLAZIONE ART. 80 D. L. N. 50/2016 : Il RUP non ha verificato, come suo preciso compito, la reale disponibilità degli alloggi e la loro idoneità, venendo meno ad un suo dovere ineludibile.

V – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 3, 31, 37, C. 4 E 38 D. LG. N. 50/16 – ART. 33 C. 3 BIS D. LGS. N. 163/06 – VIOLAZIONE DETERMINA ANAC N. 31/18 – DPCM 11/11/2014 E ART. 3, 4 DEL D. LGS. N. 175/16 – VIOLAZIONE ART. 30 D. LGS. N. 267/00 : Le verifiche ex art. 80 sono state compiute dall'ASMEL, soggetto privato che non poteva spingersi a tanto. Formula richiesta di tutela cautelare monocratica.

10.- Si oppone all'invocata misura interinale la Innotec, con memoria depositata in data 27.3.2021, rimarcando l'insussistenza dell'interesse giuridicamente rilevante. Si riporta a Cons. St. n. 2521 del 25.3.2021.

10.1.- Si oppone, altresì, l'Asmel con memoria depositata il 12.4.2021. Nel merito rimarca il ruolo di committente ausiliaria affidatole dal Comune di Caserta che, in sede di verifica dei requisiti, si è limitato a conferire delega soltanto per la "sola richiesta" agli uffici competenti della documentazione necessaria per i controlli per cui ha svolto una mera attività materiale, senza alcuna attività sostanziale di valutazione e controllo nel merito del possesso dei requisiti da parte delle imprese selezionate, rimessa esclusivamente alla Stazione Appaltante (provvedimento del 22.12.2020). Aggiunge, quanto alla nomina della Commissione, che la determina del Comune di Caserta n. 1519 del 13/10/2020 dà atto testualmente che ASMEL ha messo a disposizione della Stazione Appaltante solo la piattaforma dell'Albo Esperti PA, aperto all'iscrizione dei competenti funzionari operanti all'interno delle Pubbliche Amministrazione.

10.2.- Resiste in giudizio anche la controparte che, con memoria depositata in data 12.4.2021, ribadisce l'inammissibilità dei motivi aggiunti per carenza d'interesse; eccepisce la tardività della censura relativa all'omessa dichiarazione della sanzione della sospensione dell'esecuzione del servizio residenziale di "comunità alloggio per minori", di cui sarebbe stata destinataria la mandante di quest'ultima (Coop. Esculapio), ovvero per la sostanziale gravità della sanzione stessa, atteso che detta censura doveva essere proposta con il ricorso introduttivo o, al più tardi con i motivi aggiunti proposti contro l'aggiudicazione; eccepisce, altresì l'estrema genericità della stessa stante la pedissequa ripetizione della motivazione di un precedente giurisprudenziale afferente una ben diversa fattispecie; aggiunge che l'omessa dichiarazione di una pregressa sanzione non determina l'automatica espulsione dalla gara dal momento che è rimessa all'autonoma valutazione della stazione appaltante l'eventuale adozione di una sanzione espulsiva; precisa che nella fattispecie richiamata dalla controparte non è intervenuta alcuna sentenza penale di condanna e che la Coop. Esculapio (mandante dell'a.t.i. odierna deducente, alla quale è contestata la violazione in parola da parte del ricorrente) costituisce un operatore economico la cui affidabilità professionale è ampiamente nota al Comune resistente, essendo stata - anche da ultimo - accertata nell'esecuzione di altri appalti aventi ad oggetto servizi analoghi (cfr. determine nn. 400 del 10.3.2021 e 1611 del 29.10.2018, che si versano in giudizio, etc.); trattasi di episodio del tutto isolato che non incide sulla affidabilità della stessa come dimostrato da tutte le ulteriori commesse svolte dalla stessa impresa anche presso distinte stazioni appaltanti nell'esercizio della propria attività. Inoltre, l'episodio in questione non è riconducibile a nessuna delle ipotesi contemplate dall'art. 80, d.lgs. n. 50/2016 né riguarda un appalto avente lo stesso oggetto, bensì un servizio completamente distinto in favore di destinatari diversi, che comunque non risulta annotato sul casellario dell'ANAC.

10.3.- Alla camera di consiglio del 14.4.2021, sulla conclusione delle parti in collegamento da remoto, Il Collegio, previo avviso della possibile definizione del ricorso con sentenza breve, si è riservata la decisione.

10.4.- Con Ordinanza n. 688/2021 del 15.4.2021 è stata respinta l'istanza di tutela cautelare con la seguente motivazione:

“ in disparte i profili di irricevibilità per tardività della deduzione intesa a censurare l'omessa dichiarazione della sanzione definitiva inflitta alla Coop. Esculapio, devono ritenersi sussistenti i profili di inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse della parte ricorrente a censurare la determina n. 440/2021 impugnata con i motivi aggiunti, alla luce dell'ordinanza n. 2302 del 4.12.2020 con la quale l'adita Sezione ha ritenuto, sia pure in sede cautelare e con delibazione sommaria, infondate le censure proposte avverso il provvedimento di esclusione della ricorrente di talchè, allo stato degli atti, non si ravvisa in capo alla deducente l'indispensabile posizione giuridica differenziata necessariamente occorrente per aggredire in

sede giurisdizionale gli atti di gara, come peraltro affermato da recenziore giurisprudenza (ex multis Cons St. n. 2521/2021).

Considerato, altresì, che appaiono, prevalenti le esigenze di pubblico interesse alla sollecita definizione dell'esperimento di gara improntato a soddisfare finalità di carattere umanitario.

Ritenuto di dover confermare per la trattazione del merito la pubblica udienza del 26 maggio 2021.”

10.5.- All'udienza del 26 maggio 2021, sulla conclusione delle parti in collegamento “da remoto” il Collegio si è riservato la decisione.

11- Il ricorso principale è infondato; i motivi aggiunti sono inammissibili.

12.- Gioverà ricordare che con determinazione dirigenziale n. 1157 del 4.8.2020, parzialmente rettificata con determina n. 1276 del 28.8.2020, il Comune di Caserta indicava procedura di evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'individuazione del soggetto attuatore – per gli ultimi mesi del 2020 e per il biennio 2021/2022 – dell'intervento relativo al servizio di accoglienza, nell'ambito dello SPRAR/SIPROIMI, consistente nel “sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati”. In data 31.8.2020 veniva pubblicato il bando di gara. Il criterio di aggiudicazione veniva individuato in quello del miglior rapporto qualità/prezzo. La scadenza del termine per la presentazione delle offerte veniva fissata al 2.10.2020. Alla gara partecipavano soltanto due concorrenti, odierni antagonisti, e in data 26.10.2020 avevano inizio le operazioni di gara con l'apertura della documentazione amministrativa inviata dagli interessati. Successivamente, la Commissione procedeva “all'apertura della cartella informatica relativa alla documentazione tecnica caricata in piattaforma dai singoli operatori economici, al fine di elencarne il relativo contenuto”; all'esito dell'esame di quella del Comitato per il Centro Sociale, ne disponeva l'esclusione “per non aver caricato la documentazione tecnica in Piattaforma” (cfr. verbale di gara n. 1 del 26.10.2020).

Avverso tale provvedimento il predetto Comitato proponeva ricorso al TAR con contestuale istanza di sospensiva, respinta con ordinanza del 4.12.2020 n. 2302. Medio tempore, aveva luogo la valutazione dell'offerta tecnica ed economica dell'a.t.i. resistente. All'esito di tale valutazione, nella seduta dell'11.11.2020 veniva formulata la proposta di aggiudicazione in favore della medesima a.t.i.. Veniva, quindi, disposta l'aggiudicazione dell'appalto in favore della stessa con determinazione dirigenziale n. 1835 del 7.12.2020 impugnata con motivi aggiunti, la cui istanza cautelare veniva respinta con ordinanza n. 120 del 14.1.2021.

12.1.- Ciò premesso, il ricorso principale è infondato alla stregua delle considerazioni che seguono.

12.1.1.- La giurisprudenza amministrativa, più volte richiamata anche da questo Tribunale, è consolidata nel ritenere che :

- la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura, dal momento che le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (Cons. Stato, III, 25.11.2016, n. 4990).

- la piattaforma elettronica che supporta le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico), posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni; in altri termini è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi, ma proprio l'invulnerabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l'incorruttibilità di ciascun documento presentato, ove si consideri che «la conservazione dell'offerta è affidata allo stesso concorrente, garantendo che questa non venga, nelle more, modificata proprio attraverso l'imposizione dell'obbligo di firma e marcatura nel termine fissato per la presentazione delle offerte. Firma e marcatura corrispondono alla "chiusura della busta". Il timing di gara indica all'impresa non solo il termine ultimo perentorio di "chiusura della busta", ma anche il periodo e relativo termine ultimo di upload (trasferimento dei dati sul server dell'Azienda appaltante)» (Cons. Stato, V, 21.11.2017, n.5388).

- “La garanzia di segretezza dell'offerta economica nelle gare che si svolgono mediante l'utilizzo di piattaforma on line non può comunque prescindere dal corretto caricamento dell'offerta economica nel sistema, essendo il regolare inserimento della documentazione necessario per garantire che l'accesso e, dunque, la conoscibilità dell'offerta da parte degli addetti alla procedura di gara, avvenga solo alla data e all'ora di seduta di gara specificata in fase di creazione della procedura, allorquando il sistema redige in automatico la graduatoria, anche tenendo conto dei punteggi tecnici attribuiti dalla Commissione” (cfr. in termini, T.A.R. Lazio, Latina, 20.9.2019, n.551; Cons. Stato, n. 4050/2016).

-la partecipazione alla gara telematica “comporta la necessità di adempiere, con scrupolo e diligenza, alle prescrizioni di bando e alle norme tecniche rilevanti, come da manuale applicativo e da normativa sul punto vigente, nell’utilizzazione delle forme digitali, le cui regole (di necessaria osservanza, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura) ex se integrano per relationem la disciplina di gara e sono poste a garanzia di tutti i partecipanti, con la conseguenza che l’inesatto o erroneo utilizzo, al contrario, rimane a rischio del partecipante. (...)”, TAR Bari, 17.12.2018 n. 1609.

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato (n. 7352 del 24.11.2020) ha ribadito che la giurisprudenza del Supremo Consesso amministrativo, applicabile ai casi in cui la stazione appaltante ha condotto la gara telematica senza ravvisare malfunzionamenti impeditivi della piattaforma messa a disposizione (per il diverso caso si veda art. 79 comma 5 bis d.lgs 50/2016), può compendiarsi nelle seguenti massime:

-“..non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l’orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l’invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore” (Cons. Stato, sez. V, n. 7922/2019 e Cons. Stato, sez. III, n. 86/2020; 4811/2020);

-nel medesimo senso si è chiarito che “se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull’ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara” (Cons. Stato, sez. III, n. 86/2020 cit.);

-al contrario, laddove il funzionamento della piattaforma non sia stato inficiato da anomalie o malfunzionamento durante le operazioni di caricamento ma, al contrario, l’operatore che ha caricato la domanda ha mal gestito tempi e modalità di ingresso, non può operarsi un soccorso istruttorio, prevalendo l’esigenza di assicurare il rispetto di regole certe e inderogabili a presidio della par condicio competitorum.

12.1.2.- Trasponendo le menzionate acquisizioni giurisprudenziali al caso in esame – e segnatamente i principi per cui “ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazione” e “Il timing di gara indica all’impresa non solo il termine ultimo perentorio di “chiusura della busta”, ma anche il periodo e relativo termine ultimo di upload (trasferimento dei dati sul server dell’Azienda appaltante)» - deve convenirsi che il ricorso è infondato. Come emerge dal verbale di gara n. 1 del 26.10.2020 versato in atti “il Concorrente COMITATO PER IL CENTRO SOCIALE, NON E’ AMMESSO al prosieguo di gara per non aver caricato la documentazione tecnica in Piattaforma come si evince dal precedente screenshot”. La stessa dichiarazione resa dal legale rappresentante della ditta, presente alle operazioni di gara, conferma quanto rilevato dalla Commissione di gara, affermando che “non è stato possibile presentare tale documentazione a seguito di malfunzionamento della firma digitale, questo perché la piattaforma non ammette caricamento della documentazione in assenza di firma”.

12.1.3.-Giusta previsione del Disciplinare di gara e segnatamente del Capo III – Modalità di presentazione dell’Offerta – Art. 16 – rubricato “Termine ultimo per il ricevimento delle offerte-indirizzo-lingua” “i concorrenti dovranno far pervenire la propria offerta, redatta in lingua italiana con le modalità previste nel presente bando, entro e non oltre le ore 12.00 del giorno 02/10/2020. La procedura si svolge, ai sensi dell’art. 58 del d. lgs. 50/2016, in modalità interamente telematica attraverso l’utilizzo della piattaforma messa a disposizione dalla centrale di committenza in house “Asmecolns. S.c. a r.l.”, raggiungibile dal sito internet....con le modalità tecniche di seguito indicate, che costituiscono parte integrante e sostanziale del presente disciplinare di gara. E’ in ogni caso responsabilità dei soggetti concorrenti l’invio tempestivo e completo dei plichi...”.

12.1.3.1.- Orbene è pacifico in giurisprudenza che :

- in tema di gare d’appalto le uniche fonti della procedura sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati e che da tali previsioni la stazione appaltante non può discostarsi;

-la lex specialis del concorso, deve essere interpretato in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l’operato dell’amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell’affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella lex specialis medesima, sia del più generale principio che vieta la disapplicazione del bando, quale atto con cui l’ amministrazione si è originariamente autovincolata nell’esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva (da ultimo, Cons. Stato, V, 27 dicembre 2019, n.8821).

12.1.4- Nel caso di specie, le regole della lex specialis hanno puntualmente individuato tempi, scadenze e modalità di presentazione e caricamento dell’offerta sulla piattaforma messa a disposizione dalla centrale di committenza in house “Asmecolns. S.c. a r.l.”, che parte ricorrente ha disatteso e non per colpa del

malfunzionamento del sistema imputabile al gestore, bensì esclusivamente per malfunzionamento della propria firma digitale (come pacificamente ammesso dal legale rappresentante in sede di gara) e quindi per esclusiva responsabilità propria, per cui imputet sibi, in conformità alle previsioni di gara (“E’ in ogni caso responsabilità dei soggetti concorrenti l’invio tempestivo e completo dei plichi...”) la legittima sanzione dell’esclusione disposta dalla Commissione di gara in doverosa ed ineludibile applicazione della previsione del disciplinare di gara. Pertanto, non ricorrendo nella fattispecie, il principio, più volte affermato in giurisprudenza, per cui “non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l’orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l’invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore” (Cons. Stato, III, 7 gennaio 2020, n. 86; V, 20 novembre 2019; n. 7922 n. 2261/2021), deve ritenersi legittima l’esclusione, impugnata dalla ricorrente, con motivi di ricorso che devono essere respinti siccome infondati.

12.1.5.- Ed infatti le rassegnate conclusioni confutano il primo motivo di ricorso – radicato al malfunzionamento della firma digitale - che, pertanto, va respinto al pari del secondo, terzo e quarto motivo radicati alla mancata evasione della richiesta di chiarimenti che risultano, *ictu oculi*, inconfidenti rispetto alla mancata presentazione dell’offerta, atteso che la parte ben avrebbe potuto – se dotata di firma digitale funzionante – presentare la propria offerta nel rispetto del termine di scadenza, salvo poi far valere, se del caso, eventuali oscurità del bando da lumeggiare necessariamente con appositi chiarimenti, chiesti e non resi.

12.1.6.- Parimenti va respinto – siccome infondato oltre che inammissibile - il quinto ed ultimo motivo di ricorso con il quale la parte si duole della illegittima delega all’ASMEL dello svolgimento della gara ed ancor più si duole della circostanza per cui nella determina n. 1157 del 04/08/2020, per come rettificata dalla successiva del 28.8.20 n. 1276 viene escogitato un sistema per rendere il Ministero dell’Interno (a carico del quale ricade il finanziamento dell’intervento) finanziatore dei costi dell’ASMEL attraverso il ribasso d’asta. In pratica un’ economia del progetto di accoglienza diventa un guadagno per ASMEL e/o un risparmio per il Comune : all’ASMEL, infatti, viene devoluto il ribasso del 4,30 % offerto dall’unico concorrente rimasto in gara. In sostanza si duole del fatto che a carico del Ministero dell’Interno e quindi a carico della fiscalità generale ricadrebbero, attraverso il meccanismo escogitato, i costi della procedura telematica. Si riporta alla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V del 12/11/2020 n. 6975; n. 6787 del 03/11/2020).

12.1.6.1.- Il Collegio non condivide le censure per l’assorbente considerazione che, il Comune di Caserta, con determine a contrarre n. 1157 del 4.8.2020 e n. 1276 del 28.08.2020, ha proceduto ad affidare solo servizi di committenza ausiliaria in favore di Asmel Consortile, in piena conformità con l’art. 39 del Codice dei Contratti Pubblici. Sul punto gioverà ricordare che, oltre alla giurisprudenza citata dalla parte ricorrente, con altra pronuncia (cfr. Cons. stato, sez. V, 30 novembre 2020, n. 7558) ha rilevato che le attività di mero supporto informatico della ASMEL possono inquadrarsi nell’ambito della committenza ausiliaria, ai sensi e per gli effetti dell’art. 3, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016, con la conseguenza che la procedura di gara è esclusivamente riferibile all’Amministrazione che si avvale dei servizi della ASMEL e non anche a quest’ultima, sicchè la ASMEL, come rilevato dal Supremo consesso amministrativo, non acquista neppure la qualifica di contraddittore necessario nel giudizio di impugnazione della gara.

12.1.6.2.- Quanto poi al profilo dei costi, deve osservarsi che, nel caso di specie, non sono stati posti oneri a carico dei concorrenti o dell’aggiudicatario in violazione delle previsioni del Codice dei contratti pubblici, connessi alla gestione della piattaforma di cui all’art. 58 d. lgs n. 50/2016. Ad ogni buon fine, deve aggiungersi, ai fini anche della inammissibilità della censura in parte qua, che il richiamo alla sentenza n. 6787/2020 è malamente invocato, come peraltro già chiarito, in diversa fattispecie, da consolidata giurisprudenza che qui si riporta :

“Tuttavia il ricorso era stato proposto dall’Autorità Nazionale Anticorruzione, nell’esercizio della legittimazione ad agire di cui all’art. 211, commi 1-bis, del Codice dei contratti pubblici. Si tratta di una legittimazione riconosciuta ex lege ad «agire in giudizio per l’impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture», collegata alla titolarità degli interessi pubblici affidati dalla legge alla cura dell’Autorità, tra cui la prevenzione delle illegittimità nel settore dei contratti pubblici.

In tale prospettiva soltanto rileva nell’ordinamento interno quel “principio di legalità generale” di cui è detto nel ricorso in appello.

Mentre l’interesse dei singoli operatori economici o dei partecipanti alle procedure di gara è sempre individuale, poiché diretto al “bene della vita” connesso all’aggiudicazione, di modo che la sua lesione si attualizza soltanto quando questa sia preclusa, la cura degli interessi generali (qual è quello che la selezione si svolge secondo criteri conformi a legge e, in ultima analisi, quello alla tutela della concorrenza) è appunto

affidata all'Anac (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4 del 2018 cit., laddove, al punto 19.3.5., si esclude che “[...] la disposizione di cui all’art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 si muova nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell’interesse (non, come si è prima chiarito, dell’operatore del settore, ma neppure del partecipante alla procedura) a che i bandi vengano emendati immediatamente da eventuali disposizioni (in tesi) illegittime, seppure non escludenti: essa ha subiettivizzato in capo all’Autorità detto interesse, attribuendole il potere diretto di agire in giudizio nell’interesse della legge”).

Di qui l’attuale operatività, anche nelle controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria, del principio generale del processo amministrativo che fonda la legittimazione ad agire sulla titolarità di una posizione differenziata, per la quale, di regola, non è sufficiente la mera qualifica di operatore del settore, ed individua nella sussistenza di un interesse concreto e attuale una delle condizioni dell’azione (ai sensi dell’art. 100 cod. proc. civ., richiamato per il processo amministrativo dall’art. 39, comma 1, Cod. proc. amm., con i corollari dell’art. 34, comma 3, e 35, comma 1, lett. b e c, Cod. proc.amm.), che presuppone la lesione attuale della posizione soggettiva dell’interessato e l’effettiva utilità che potrebbe derivare a quest’ultimo dall’annullamento dell’atto impugnato.

In senso contrario non si può argomentare, come fa l’appellante, richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea, la quale, sebbene abbia ampliato la nozione di interesse ad agire fino a ricomprendervi l’interesse strumentale alla riedizione della gara, anche soltanto eventuale, ne ha riconosciuto la titolarità in capo all’offerente (cfr. proprio CGUE, 5 settembre 2019 in C-333/18, citata in ricorso), cioè all’operatore economico che abbia partecipato alla gara, non a quello, pur potendovi partecipare, si sia volontariamente e liberamente astenuto da tale partecipazione (cfr., sul punto, anche Cons. Stato, Ad.plen., n. 4/18, punto 18.5.2).” (Cons. St. n. 2276/2021)

13.- Può procedersi allo scrutinio dei motivi aggiunti, depositati il 21.12.2020, proposti contro l’aggiudicazione del progetto di accoglienza all’ATI controinteressata.

13.1.- I motivi aggiunti intesi all’annullamento dell’aggiudicazione devono ritenersi . come già anticipato in sede cautelare - inammissibili e ciò in applicazione della condivisibile giurisprudenza intesa a ritenere inammissibile per difetto di legittimazione l’impugnativa dell’impresa che non abbia partecipato ab imis alla procedura, ovvero sia stata legittimamente esclusa dalla gara, dato che tale soggetto, per effetto dell’esclusione o della mancata presentazione della domanda, rimane privo non soltanto del titolo a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; il suo interesse protetto, invero, da qualificare interesse di mero fatto o strumentale, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell’intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara (ex multis Cons. St. sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688; sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560; sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5862; sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181; Tar Lazio Sez. III bis n. 8102/2019), da intendersi conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (in particolare, Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15, secondo cui «l’articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 dev’essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell’amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l’accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell’appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto»).

Siffatte conclusioni risultano, da ultimo, ribadite da una recente pronuncia del Consiglio di Stato (n. 440 del 16.3.2021) che di seguito si riporta :

“Se infatti ai fini del riconoscimento di una posizione differenziata e qualificata in capo all’operatore economico che ha preso parte ad una procedura di gara è, di regola, sufficiente l’interesse strumentale ad ottenere la riedizione della gara stessa, deve tuttavia ritenersi che tale interesse non sussista in capo al soggetto legittimamente escluso dalla gara, perché tale soggetto, per effetto dell’esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestarne gli esiti, dovendosi qualificare il suo interesse come un mero interesse di fatto, non diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, per non avere partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnare gli atti della relativa procedura, anche se c’è un interesse alla caducazione dell’intera selezione al fine di conseguire la possibilità di partecipazione alla nuova procedura competitiva che si svolgerebbe in caso di riedizione della gara (Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 570). Deve conseguentemente affermarsi che il consolidamento dell’esclusione dalla procedura rende inammissibile per difetto di legittimazione l’impugnativa

dell'aggiudicazione e, più in generale, di tutti i successivi atti della procedura, come bene ha ritenuto la sentenza appellata.”.

La rilevata inammissibilità preclude al Collegio l'esame del merito delle censure rassegnate dalla parte ricorrente.

14.- Con motivi aggiunti, notificati e depositati il 26 marzo 2021, il Comitato ha impugnato la determina n. 440 del 16.3.2021 recante aggiudicazione definitiva a seguito delle verifiche ASMECOMM. Ad avviso del Collegio può prescindere dall'esatta qualificazione di siffatto provvedimento (mera conferma a seguito dell'accertamento dei requisiti in capo all'aggiudicatario dell'aggiudicazione già disposta o aggiudicazione definitiva), atteso che detta impugnazione, in applicazione della ragione più liquida, corollario del principio di economia processuale, soggiace alle medesime conclusioni esposte nei capi che precedono.

15.- Ad ogni buon fine, le censure rassegnate, nella parte in cui attingono l'omessa dichiarazione delle precedenti vicende professionali, nei sensi rappresentati dalla parte devono stimarsi inammissibili per le considerazioni che seguono.

15.1.- In sintesi, con le citate doglianze parte ricorrente ha lamentato la mancata espulsione dell'aggiudicatario per le gravi sanzioni nell'espletamento di servizio analogo in cui è incorsa la Coop. Esculapio così come riportato al capo 9) che precede.

15.1.1.- La censura deve stimarsi, *in primis*, tardivamente dedotta atteso che parte ricorrente asserisce che dette circostanze risultano di pubblico dominio.

15.1.2.- Invero è la stessa ricorrente ad affermare che i fatti erano “*peraltro di pubblico dominio in quanto reperibili in rete digitando “Esculapio” alla luce dello scalpore mediatico suscitato, sono indicate nel verbale di ispezione del 7.11.2019*” nel quale vengono evidenziate numerose criticità rilevate a seguito della visita della struttura da parte della Procura della Repubblica. E' la stessa ricorrente ad affermare che nell'ambito di un'altra gara indetta dal Comune di Benevento il Tar Campania ha accertato con sentenza l'inidoneità dei locali offerti su via Galanti e contrada Roseto.

Siffatte circostanze, come esattamente osservato dalla controinteressata, andavano dedotte tempestivamente avverso la determinazione dirigenziale n. 1835 del 7.12.2020 recante approvazione dei verbali e della proposta di aggiudicazione dell'appalto alla INNOTECH e non avverso l'ultimo provvedimento recante verifica del possesso dei requisiti.

15.1.3.- Inoltre, la tesi attorea – si ribadisce, tardivamente dedotta - postula che il *vulnus* inferto alla valutazione di integrità ed affidabilità del concorrente dalla omessa dichiarazione, sia necessariamente foriero della sanzione dell'automatismo espulsivo che, al contrario, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 28 agosto 2020, esclude: “14. *In ogni caso, l'elemento comune alle fattispecie dell'omissione dichiarativa ora esaminata con quella relativa alle informazioni false o fuorvianti suscettibili di incidere sulle decisioni dell'amministrazione concernenti l'ammissione, la selezione o l'aggiudicazione, è dato dal fatto che in nessuna di queste fattispecie si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis). Infatti, tanto «il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione», quanto «l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione» sono considerati dalla lettera c) quali «gravi illeciti professionali» in grado di incidere sull'«integrità o affidabilità» dell'operatore economico. E' pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c) [ed ora articolate nelle lettere c-bis), c-ter) e c-quater), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dalla legge decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 - Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici; convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55].”*

15.1.3.1.- Nel caso di specie, comunque, come rappresentato anche dalla controinteressata, non risulta essere intervenuta nessuna sentenza penale di condanna e non risulta alcuna annotazione nel Casellario ANAC. Siffatte difese sono rimaste incontestate dalla ricorrente.

Per le suesposte considerazioni la censura in esame deve stimarsi inammissibile.

16.- Per considerazioni analoghe a quelle rassegnate al capo 13.1.) che precede devono essere dichiarate inammissibili le ulteriori censure rassegnate con i motivi aggiunti in esame, sostanzialmente reiterative (e cioè che il disciplinare all'art. 5, c. 2 e 9 prevedeva, la disponibilità degli alloggi nel termine di 30 giorni dalla data di scadenza del bando (pubblicato il 1-2.9.20) e cioè al 2.10.20).

17.- Residua alla deliberazione del Collegio lo scrutinio del ricorso incidentale che, alla luce delle rassegnate conclusioni, soggiace a declaratoria d'improcedibilità alla stregua della recenziata giurisprudenza (ex multis Consiglio di Stato Sez. IV, n. 4431/2020) a mente delle cui indicazioni il rapporto di priorità logica tra

ricorso principale ed incidentale deve essere rivisto rispetto a quanto ritenuto dalla giurisprudenza sinora prevalente, nel senso che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale (*"In altri termini, l'ordo questionum impone oggi di dare priorità al gravame principale e ciò in quanto, mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali. Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità (rectius: sulla non illegittimità sulla base dei motivi dedotti) della aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale"*).

18.- Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta. Dichiaro inammissibili i motivi aggiunti. Dichiaro improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite che liquida in euro 4.000, oltre accessori come per legge, in ragione della metà per ciascuna delle parti costituite in resistenza.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 26 maggio 2021, mediante collegamento da remoto tramite Microsoft Teams (piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa giusto l'art 3, comma 2, dell'Allegato 3 al Decreto Presidente del Consiglio di Stato n.134 del 22 maggio 2020), ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 37/2020 e D.P. n. 31/2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente, Estensore

Vincenzo Cernese, Consigliere

Viviana Lenzi, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO