

ILL.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO – ROMA

RICORSO PER MOTIVI AGGIUNTI (DA VALERSI ANCHE QUALE RICORSO AUTONOMO)

SEZ. II TER – R.G.N. 6354/2018 – CC. 22/01/2019

Nell'interesse del CONSORZIO DI BONIFICA DELL'AGRO PONTINO (C.F. 91043800597), con sede in Latina (LT), Corso G. Matteotti, n. 101, in qualità di Commissario straordinario e legale rappresentante *p.t.*, avv. Luigi Giuliano, rappresentato e difeso, anche disgiuntamente, giusta procura nel ricorso introduttivo, dagli Avv.ti Paolo Clarizia (C.F. CLRPLA82C31H501O – Pec paolo.clarizia@pec.it) e Maria Ida Leonardo (C.F. LNRMRD77M55F112P), elettivamente domiciliati presso lo Studio Legale Clarizia, in Roma, Via Principessa Clotilde, n. 2.

CONTRO

- il Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, in persona del Ministro *pro tempore*;
- il Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali – Dipartimento delle politiche europee internazionali e dello sviluppo rurale – Direzione generale dello sviluppo rurale –, in qualità di Autorità di Gestione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

E NEI CONFRONTI DI

- il Comitato Tecnico Amministrativo presso il Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
- il Consorzio di Bonifica Veronese, C.F.: 93216480231, con sede legale in Verona (VR), Strada della Genovesa, 31/e, (Avv. Carlo Fratta Pasini)

PER L'ANNULLAMENTO

- del provvedimento di rigetto della domanda di sostegno per l'accesso alla misura 4.3. del PSRN 2014-2020 (54250374441) del 26.3.2018;
- della comunicazione di preavviso di rigetto del 6 marzo 2018;

- del Bando di selezione delle proposte progettuali PSRN 2014/2020 e degli Allegati per quanto e come sono stati interpretati dalla commissione di valutazione;
- del provvedimento di rigetto definitivo della domanda di sostegno per l'accesso alla misura 4.3. del PSRN 2014/2020 (54250374441) del 24.08.2018 comunicata in data 27.08.2018;
- della comunicazione di preavviso di rigetto del 30.07.2018;
- di tutti gli atti dell'Autorità di gestione, conosciuti e non, relativi alla nuova valutazione dell'ammissibilità della domanda presentata dal Consorzio di Bonifica dell'Agro Pontino;
- di ogni altro atto presupposto, connesso, prodromico e/o consequenziale agli atti impugnati, anche non conosciuto.
- della graduatoria provvisoria pubblicata in data 8/10/2018 del Bando di selezione delle proposte progettuali sottomisura 4.3 - *“investimenti in infrastrutture per lo sviluppo l'ammodernamento e l'adeguamento dell'agricoltura e della silvicoltura, compresi l'accesso ai terreni agricoli e forestali, la ricomposizione e il miglioramento fondiario, l'approvvigionamento e il risparmio di energia e risorse idriche, tipologia di operazione 4.3.1 – investimenti in infrastrutture irrigue”* relative ai progetti che verranno valutati dalla Commissione tecnica;

FATTO

1. Il Bando di selezione delle proposte progettuali – Reg. (UE) 1305/2013. Programma di sviluppo rurale nazionale 2014/2020. Misura 4 – Investimenti in immobilizzazioni materiali. Sottomisura 4.3 – investimenti in infrastrutture per lo sviluppo l'ammodernamento e l'adeguamento dell'agricoltura e della silvicoltura, compresi l'accesso ai terreni agricoli e forestali, la ricomposizione e il miglioramento fondiario, l'approvvigionamento e il risparmio di energia e risorse idriche, tipologia di operazione 4.3.1 – investimenti in infrastrutture irrigue era pubblicato dal Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali sulla Gazzetta della Repubblica Italiana n.64 del 17.03.2017.

La *lex specialis* era composta da 12 Allegati e prevedeva la partecipazione come beneficiari di enti gestori degli impianti irrigui collettivi mediante la presentazione di progetti esecutivi entro la data del 30.06.2017.

Ai fini dell'ammissibilità degli investimenti nell'irrigazione, ai sensi del Regolamento (UE) n. 1305/2013, nel Bando di selezione erano riportati i dati riguardanti lo stato dei corpi idrici e le pressioni su di essi esercitate. Nell'allegato 2.a erano riportati i criteri di ammissibilità e nell'Allegato 7.2 i criteri di selezione degli investimenti.

Le informazioni, inizialmente derivate dai database WISE caricati sul nodo SINTAI, gestito da ISPRA, erano aggiornate a seguito dell'attività di *reporting* da parte delle Autorità distrettuali. Nell'ambito di tali attività di *reporting*, concluse tra marzo e maggio 2017, emergevano variazioni significative rispetto alle informazioni precedentemente acquisite e riportate negli Allegati 2.a e 7.2.

Essendo quindi il Ministero intervenuto sui criteri di ammissibilità generali applicabili a tutte le operazioni, modificando quasi tutte le singole voci contenute nell'art. 5.2 del bando, anche la redazione dei progetti che necessitavano adeguamenti subiva notevoli ritardi, con conseguente rinvio del termine di presentazione delle domande di ammissione degli stessi.

2. In data 28 giugno 2017, il Ministero, con prot. 18813, aggiornava i sopracitati Allegati del Bando e, tuttavia, si limitava a prorogare il termine per la presentazione delle domande di sostegno soltanto al 31 agosto 2017.

3. Il Consorzio di Bonifica dell'Agro Pontino partecipava, come ente beneficiario, al Bando di selezione 4.3.1 con la redazione del progetto "*Adeguamento e miglioramento funzionale del comprensorio irriguo dell'Agro Pontino*" chiedendo la concessione di un sostegno dell'importo di € 18.230.560,45 in relazione ai seguenti impianti irrigui collettivi:

1. Centrale Sisto;
2. Sisto Linea – 1°/2°/3° Bacino;

3. Centrale Piegale.

Il progetto era necessario essendo gli impianti in funzione da oltre trent'anni. Tali impianti, infatti, essendo stati realizzati con finanziamento della Cassa per il Mezzogiorno negli anni dal 1977 al 1980 ed entrati in esercizio tra il 1980 e il 1993.

Sulla base delle analisi e delle misurazioni effettuate nei diversi impianti irrigui collettivi gestiti dall'Ente, era emersa la necessità, secondo quanto indicato con le *Linee guida per la regolamentazione da parte delle Regioni delle modalità di quantificazione dei volumi idrici ad uso irriguo* di cui al Decreto del Ministro delle Politiche Agricole e Forestali del 31 luglio 2015, di porre in essere azioni finalizzate alla quantificazione dei volumi idrici utilizzati in irrigazione e alla riduzione dei consumi,.

L'intervento progettuale proposto consente, infatti:

- a) di ridurre le perdite, misurare i volumi e le portate consegnate all'utenza;
- b) di migliorare il sistema di gestione e distribuzione dell'acqua;
- c) di sviluppare bilanci idrici per settore e/o per tronchi di rete monitorando l'andamento delle perdite nel tempo;
- d) di individuare con maggiore celerità le rotture e consentire una corretta manutenzione della rete;
- e) di utilizzare i reflui in agricoltura;
- f) di conseguire un miglioramento della qualità ambientale delle acque in una parte del comprensorio;
- g) di sostituire due condotte alimentatrici del distretto irriguo Centrale Sisto ed una condotta principale del distretto irriguo Sisto Linea – 1° Bacino al fine di limitare le perdite distribuite;
- h) il completamento delle opere per il riutilizzo delle acque reflue in agricoltura per il distretto irriguo Centrale Piegale.

La proposta di finanziamento soddisfaceva tutti i criteri di ammissibilità specificati nel bando di selezione del PSRN 2014-2020 e, in particolare, all'art. 5, comma 5.2, punto

A2, del prefato bando, in base al quale gli interventi oggetto delle proposte dovevano essere compresi in uno schema infrastrutturale più ampio, ma devono poter entrare in funzione indipendentemente dal completamento dell'intero schema realizzabile con i quattro stralci funzionali di cui si propone il finanziamento.

Le perdite di rete, del resto, segnalavano la necessità di intervenire con la sostituzione dei tratti di condotta più ammalorati. Ciò era avvalorato dalla registrazione dei consumi che mostravano un netto “gap” tra volumi immessi in rete e volumi contabilizzati.

Lo stato di vetustà e inefficienza dei sezionamenti sulle condotte principali dei comprensori irrigui dell'impianto Centrale Sisto e degli impianti Sisto-Linea oltre a comportare inefficienze nel funzionamento della rete era causa di ingenti perdite di risorsa. La mancata funzionalità dei manufatti obbligava inoltre il personale tecnico dell'Ente a “svuotare” totalmente o parzialmente le condotte in pressione dall'acqua accumulata all'interno della rete ogni volta (o quasi) che si doveva intervenire sia per lavori di manutenzione ordinaria che straordinaria.

Sulla scorta delle esperienze registrate in altri distretti si era verificato che più moderni ed efficienti sistemi di conturizzazione consentivano una riduzione dei consumi, specialmente nelle aree maggiormente idroesigenti, in quanto l'adozione di sistemi di telecontrollo facilita l'individuazione delle perdite, riduce i tempi d'intervento e consente una minore dispersione e perdita di risorsa.

Conseguentemente secondo stime cautelative i proposti interventi dovrebbero comportare un risparmio idrico potenziale conseguibile in ciascuno dei tre distretti irriguo superiore al 50%.

Oltre alle naturali perdite distribuite nelle condotte in pressione, dovrebbe essere possibile contrastare anche le perdite legate ad attività di prelievo non autorizzate e correggere errori di misurazione dei fabbisogni distribuiti all'utenza.

Per la realizzazione degli interventi programmati, in ottemperanza a quanto stabilito nell'Allegato n. 5 del Bando relativamente all'elenco dei documenti da allegare alla

domanda di sostegno, il Consorzio di Bonifica chiedeva una serie di autorizzazioni e pareri agli Enti competenti.

La domanda era presentata secondo le modalità previste nell'art.7, telematicamente, inserendo in via elettronica tutta la documentazione a corredo. L'invio della domanda di sostegno è stato eseguito in data 22 agosto 2017.

4. In data 5 marzo 2018, con nota prot. 9867 (registrata al Consorzio con prot.2842/2018 del 6/03/2018), il Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali comunicava al Consorzio di Bonifica dell'Agro Pontino il preavviso di rigetto della domanda di sostegno.

Nella nota il Ministero specificava che il preavviso di rigetto della domanda era connesso alla mancata allegazione del parere del Comitato Tecnico Amministrativo: *Secondo quanto stabilito nell'Allegato 5, al punto 8, tale circostanza prevede l'irricevibilità della domanda*, concedendo al Consorzio la possibilità di presentare, per iscritto ed entro 10 giorni dal ricevimento della comunicazione, le proprie osservazioni.

5. Il Consorzio di Bonifica dell'Agro Pontino, con nota prot. 3095/2018 dell'8/03/2018, in risposta alla precedente comunicazione del Ministero, presentava le proprie osservazioni e allegava tutti i pareri acquisiti successivamente alla presentazione della domanda.

Per completezza di informazione erano prodotti anche ulteriori due pareri, della Soprintendenza BB.AA.SS. e del Comune di San Felice Circeo pervenuti in ritardo per responsabilità certamente non ascrivibili all'Ente.

6. Il Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, con protocollo n. 3745/2018 del 26/03/2018, comunicava al Consorzio di Bonifica dell'Agro Pontino il rigetto definitivo della domanda di sostegno, poiché secondo l'Autorità di gestione non sarebbe stato rispettato il criterio di ammissibilità A1, non essendo la progettazione allegata configurabile alla stregua di un esecutivo.

Nella nota era, inoltre, specificato che il soccorso istruttorio *ex art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016*, non poteva trovare applicazione.

La domanda di sostegno è stata quindi ritenuta non sanabile con la presentazione tardiva della documentazione richiesta dal Bando e, di conseguenza, è stata definitivamente rigettata, in quanto non ammissibile.

Avverso i suindicati provvedimenti gravemente lesivi il Consorzio proponeva ricorso innanzi codesto Ecc.mo Tar Lazio Roma, chiedendo la sospensione dei provvedimenti indicati.

Codesto Ecc.mo Tar Lazio con l'ordinanza n. 3901/2018 ha accolto la domanda cautelare con la seguente affermazione: *“Rilevato in punto di fatto che il prescritto parere del CTA ancorché tardivamente è tuttavia stato prodotto dal Consorzio ricorrente;*

Ritenuto che, impregiudicata ogni valutazione sul merito del ricorso, da esaminarsi compiutamente nella relativa sede, al solo fine di porre rimedio al grave danno lamentato, nel contemperamento dei vari interessi coinvolti, possa essere disposta l'ammissione con riserva del solo Consorzio ricorrente al prosieguo della procedura, limitatamente alla valutazione del progetto”.

Il Ministero proponeva appello avverso la suindicata ordinanza in data **26 luglio 2018** e successivamente, il **31 luglio 2018**, inviava una comunicazione di preavviso di rigetto della domanda di sostegno per l'accesso alla misura 4.3 del PSRN 2014-2020, contenente tra l'altro le stesse identiche motivazioni addotte nel provvedimento impugnato innanzi al Tar.

Il Consorzio presentava le proprie osservazioni rappresentando *in primis* l'evidente elusione di quanto statuito dal giudice di primo grado, che aveva disposto **la riammissione con riserva ai fini della valutazione del progetto**.

Nelle more della trattazione della camera di consiglio innanzi al Consiglio di Stato il Ministero **in data 27 agosto u.s.** (nonostante fosse già stata fissata la camera di consiglio) inviava la nuova comunicazione di rigetto della domanda presentata dal Consorzio, basata

sulle medesime ragioni già sostenute con il precedente provvedimento già impugnato (rispetto del criterio di ammissibilità A1), affermando che l'ordinanza di ammissione con riserva *“non solo sarebbe [stata] affettata da vizio di ultra petizione, dal momento che come già detto il provvedimento sospeso [era] un rigetto per irricevibilità della domanda, ma [avrebbe] comport[ato] un ingiustificato vantaggio rispetto a tutte le domande ritenute ricevibili ed oggetto di attento vaglio ai fini della verifica del rispetto dei requisiti di ammissibilità”*.

Il Consiglio di Stato con l'Ordinanza del 4237/2018, ha rigettato l'appello cautelare con la seguente motivazione: *il giudice di prime cure, pur rilevando la tardiva acquisizione del parere del CTA, ha ritenuto opportuna, nella valutazione comparativa delle contrapposte esigenze, l'ammissione con riserva del solo Consorzio ricorrente al prosieguo della procedura, limitatamente alla valutazione del progetto;*

Rilevato che: - in disparte le possibili implicazioni in rito rinvenienti dall'adozione di un nuovo provvedimento espulsivo, che sembrerebbe oggi regolare in via esclusiva i rapporti tra le parti, la domanda dell'appellante, ad un prima sommaria deliberazione, propria della presente fase cautelare, non vale a superare l'ordinanza di prime cure, nella parte in cui, limitandosi ad ammettere con riserva il Consorzio appellato alla fase di valutazione del progetto e fissando in prosieguo l'udienza camerale del 17.10.2018, oramai prossima, offre una ragionevole sintesi delle contrapposte esigenze, non emergendo elementi specifici che consentano di condividere l'assunto del Ministero appellante secondo cui le misure disposte in prime cure, siccome sbilanciate in favore dell'appellato, interferiscono con l'utile definizione della procedura selettiva in argomento ovvero compromettono le aspettative degli altri candidati.

Veniva inoltre impugnato innanzi codesto Ecc.mo Tar, con un primo atto di motivi aggiunti il nuovo provvedimento di rigetto definitivo della domanda di sostegno per l'accesso alla misura 4.3. del PSRN 2014/2020 (54250374441) del 24.08.2018 comunicata in data 27.08.2018, poiché si trattava di un provvedimento viziato da una

palese elusione della precitata Ordinanza di Codesto Ecc.mo Tar, confermata anche dal Consiglio di Stato.

Codesto Ecc.mo Tar Lazio accoglieva la domanda cautelare con la seguente motivazione:

“Rilevato che il chiaro disposto dell’ordinanza di questo Tar n. 3901/2018, confermata dal Consiglio di Stato con l’ordinanza n. 4237/2018, ha prescritto espressamente l’ammissione con riserva del Consorzio ricorrente alla “valutazione del progetto”, cosicché ogni profilo inerente la fase di verifica della ricevibilità ed ammissibilità della domanda deve ritenersi superato, alla luce della suddetta decisione cautelare, fermo restando che ogni valutazione sulla fondatezza o meno delle questioni dedotte resta riservata alla disamina nel merito della controversia;

Ritenuto, pertanto, che il provvedimento del 24.08.2018, impugnato con il ricorso per motivi aggiunti, appare porsi in netto contrasto con il dictum cautelare e che pertanto esso debba essere cautelatamente sospeso, ribadendosi l’ammissione con riserva del Consorzio ricorrente al prosieguo della procedura, limitatamente alla valutazione del progetto.”

Nelle more il Ministero pubblicava l’8 ottobre 2018, la graduatoria provvisoria del Bando di selezione delle proposte progettuali sottomisura 4.3 - *“investimenti in infrastrutture per lo sviluppo l’ammodernamento e l’adeguamento dell’agricoltura e della silvicoltura, compresi l’accesso ai terreni agricoli e forestali, la ricomposizione e il miglioramento fondiario, l’approvvigionamento e il risparmio di energia e risorse idriche, tipologia di operazione 4.3.1 – investimenti in infrastrutture irrigue”* sottoposte alla valutazione tecnica da parte della Commissione, unitamente alla Relazione di Valutazione, con l’indicazione dei punteggi di merito, delle azioni non sovvenzionabili e delle domande per le quali la verifica della percentuale del risparmio idrico indicato ha evidenziato una diversa percentuale di risparmio, comportando in alcuni casi il non raggiungimento del minimo richiesto, nella quale non era stato ricompreso il progetto del ricorrente, poiché ancora non sottoposto a valutazione da parte della Commissione.

Il Ministero in data 30/10/2018 comunicava di aver trasmesso alla Commissione di valutazione il progetto tecnico del Consorzio, ma ad oggi non è intervenuta alcuna decisione.

Il Consorzio tuzioristicamente è costretto quindi ad impugnare innanzi codesto Ill.mo Tar Lazio Roma la graduatoria provvisoria solo per vizi di illegittimità derivata dall'impugnazione dei precedenti provvedimenti, che di seguito si trascrivono:

PER QUANTO RIGUARDA IL RICORSO INTRODUTTIVO

DIRITTO

I. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEL BANDO RELATIVO ALLA MISURA 4.3 DEL PSRN 2014-2020 E DEI RELATIVI ALLEGATI / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 23, COMMI 7 E 8 DEL D.LGS. N. 50/2016.

I. Come già anticipato nella ricostruzione in fatto, con provvedimento del 23.3.2018 il Dipartimento delle politiche europee e internazionali e dello sviluppo rurale del Ministero delle politiche agricole e forestali, Autorità di gestione del PSRN 2014-2020 (in prosieguo per brevità, anche "Autorità di Gestione"), ha disposto il rigetto definitivo della domanda di sostegno proposta dal Consorzio odierno ricorrente, in quanto la stessa sarebbe risultata priva del parere del Comitato tecnico amministrativo presso i Provveditorati interregionali alle Opere pubbliche di competenza, la cui mancata presentazione avrebbe comportato, secondo quanto si legge nel provvedimento, ai sensi dell'Allegato 5 al bando di gara "Elenco dei documenti da allegare alla domanda di sostegno" avrebbe comportato la non ammissibilità della domanda di aiuto. Carezza che secondo l'Autorità di Gestione non sarebbe potuta essere sanata dalla successiva produzione documentale del predetto parere (nonché del parere relativo alla verifica preventiva dell'interesse archeologico della Soprintendenza Archeologica, Belle Arti e Paesaggio per le province di Frosinone, Latina e Rieti e dell'autorizzazione ai lavori del Comune di san Felice Circeo.

Pareri e autorizzazione richiesti prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda, ma rilasciati dalle competenti autorità successivamente.

I.1. *Il provvedimento di rigetto (o di non ammissibilità) del progetto è palesemente illegittimo innanzitutto perché si fonda su un'errata e irragionevole interpretazione della lex specialis violativa degli essenziali principi di buon andamento e imparzialità.*

In primis, anche a voler per assurdo condividere l'errata interpretazione della lex specialis proposta dall'Autorità di gestione circa la necessità dell'allegazione di tutte le autorizzazioni ai fini dell'ammissione della domanda di sostegno, la rilevata assenza del Parere sul progetto del Comitato Tecnico Amministrativo (e dell'ulteriore parere e autorizzazione) era irrilevante ai fini dell'ammissibilità del progetto.

Invero, come evidenziato dalla stessa Autorità di gestione l'asserita carenza concerne esclusivamente un parere che non può essere qualificato alla stregua di un'autorizzazione anche in ragione del fatto che il Comitato Tecnico Amministrativo è un mero organo consultivo che non effettua attività di gestione diretta.

Né assume rilievo la circostanza che non sia stata accolta la regolarizzazione dell'autorizzazione del Comune di San Felice Circeo che riguardava esclusivamente aspetti secondari del Progetto.

Del resto il ricorrente Consorzio ha correttamente inserito nel sistema telematico tutti i pareri e le autorizzazioni già ottenute, nonché le richieste di pareri effettuate per tempo agli Enti competenti, in relazione alle quali non erano pervenute entro i termini di presentazione della domanda i relativi pareri, necessari solo in fase di esecuzione dei progetti una volta ottenuto il finanziamento.

Il progetto presentato dal Consorzio era integralmente e immediatamente realizzabile.

Tra l'altro è senza dubbio censurabile l'irragionevole approccio formalistico dell'Autorità di gestione, il quale ha eccepito esclusivamente la carenza del parere del Comitato Tecnico Amministrativo e non ha tenuto conto né della circostanza, sottolineata in sede di osservazioni al preavviso di rigetto, dell'acquisizione posticipata per

responsabilità non imputabili al Consorzio, né della presentazione dello stesso prima della conclusione del procedimento.

***I.2.** Ma anche a voler prescindere da tali considerazioni, non si può fare a meno di censurare che l'interpretazione della *lex specialis* posta a fondamento del provvedimento di non ammissibilità della domanda è palesemente errata, poiché l'art. 5.2. del Bando, al punto A1., a differenza di quanto sostenuto dall'Autorità di gestione, si limita a prescrivere che il progetto proposto rispetti i requisiti richiesti dal nuovo Codice degli appalti per i progetti esecutivi.*

Al par. 5.2. del Bando di gara, rubricato Criteri di ammissibilità, si legge, per quanto d'interesse:

“I progetti presentati devono soddisfare i criteri di ammissibilità specificati nel PSRN approvato il 20 novembre 2015 e di seguito riportati:

Criteri di ammissibilità generali applicabili a tutte le operazioni (cfr. Allegato n.2a)

***A1.** Sono ammissibili a finanziamento esclusivamente progetti esecutivi, completi delle autorizzazioni necessarie e immediatamente realizzabili. A livello tecnico-normativo, l'esecutività individua la fase finale dello stato di attuazione del progetto e dell'iter autorizzativo e rappresenta, dunque, l'attività di progettazione esecutiva, come definita dal Codice degli appalti (d.lgs. 50/2016 e successive modifiche ed integrazioni)”.*

Evidentemente il secondo capoverso del punto A1 nel tentativo di chiarire la generica e indeterminata nozione di “progetti esecutivi, completi delle autorizzazioni necessarie e immediatamente realizzabili” specifica che occorre far riferimento alla definizione di progettazione esecutiva contenuta nel d.lgs. n. 50/2016.

*Orbene l'art. 23, comma 8, del nuovo Codice dei contratti pubblici (richiamato nell'art. 2, definizioni del bando al fine di chiarire il significato da attribuire nell'ambito della *lex specialis* alla nozione di progetto, di autorizzazioni necessarie e di immediata realizzabilità) nel definire la progettazione esecutiva si limita a chiarire: “il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori*

da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita”.

Il precedente comma 7 della prefata disposizione prevede, invece: “il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, dal progetto di fattibilità; il progetto definitivo contiene, altresì, tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma, attraverso l'utilizzo, ove esistenti, dei prezzi predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, secondo quanto previsto al comma 16”.

Il Codice dei contratti pubblici, dunque, nel definire il progetto esecutivo non richiede che vi sia stato già il rilascio delle autorizzazioni, ma esclusivamente che il livello di progettazione sia tale da consentire il rilascio delle stesse.

È evidente, dunque, che la declaratoria di inammissibilità della domanda di sostegno è palesemente illegittima poiché il bando di gara non prescriveva tra i requisiti di ammissibilità la necessità di allegare al progetto tutte le autorizzazioni necessarie per la successiva esecuzione dello stesso, ma esclusivamente che il progetto avrebbe dovuto contenere tutti gli elementi per consentire immediatamente il rilascio delle autorizzazioni e l'avvio della realizzazione delle opere.

Elementi tutti contenuti nel progetto proposto dal ricorrente Consorzio che, tant'è vero, ha ottenuto tutte le necessarie autorizzazioni addirittura prima dell'effettivo avvio della valutazione dei progetti da parte della Commissione istruttoria.

Né appare possibile desumere l'obbligatorietà del predetto parere dal contenuto dell'allegato n. 5 al bando intitolato "Elenco dei documenti da allegare alla domanda di sostegno", nel quale, dopo la premessa che "i documenti di seguito indicati si considerano essenziali e pertanto, la mancata presentazione, comporta la non ammissibilità della domanda di aiuto", si legge:

"8 Autorizzazioni, approvazioni, concessioni, nulla osta, comunque denominati e necessari alla realizzazione dell'opera

a) Parere sul progetto del Comitato tecnico amministrativo presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche di competenza

a.1

a.n

b) Concessione delle acque (ai sensi del Regio Decreto 11/12/1775 e s.m.e i.)

(n.b. la concessione delle acque dovrà essere prodotta a pena di inammissibilità del finanziamento entro 30 giorni dall'approvazione della graduatoria provvisoria e comunque non oltre l'approvazione della graduatoria definitiva)

b.1 - domanda di concessione (solo in caso di concessione non ancora rilasciata al momento della domanda)

.....

b.2 - concessione delle acque (documentazione da cui ricavare durata annuale, periodo di erogazione, portate massime e medie, volume annuo, aree irrigate):

b.2.1

b.2.n

c) Parere favorevole dell'Autorità di Bacino Distrettuale o Autorità di Bacino relativa al rispetto delle misure di salvaguardia.

c.1

c.n

d) Parere rilasciato dalla Soprintendenza BB.AA.SS. se l'area di intervento ricade in zona sottoposta a vincolo ai sensi del D.Lgs. 42/04 e s.m.i. ;

d.1

d.n

4

e) Autorizzazione allo svincolo idrogeologico, nei casi previsti dalla normativa vigente, rilasciata ai sensi dell'art. 23 Legge Regionale n. 11 del 07 maggio 1996, dall'Ente territorialmente competente.

e.1

e.2

f) Nulla osta rilasciato dall'Ente Parco (Nazionale o regionale) competente ai sensi dell'art. 13 della L. 394/91 (n.b. se il progetto ricade in aree interessate a tale vincolo).

f.1

f.2

g) Altre autorizzazione/pareri necessari - come risultanti dal verbale di verifica e validazione

g.1

g.n

h) Valutazione di impatto ambientale / ove non prevista: analisi ambientale che consideri l'impatto del progetto sugli obiettivi ambientali della Direttiva Quadro Acque

h.1

h.n

i) Valutazione di incidenza (ai sensi del D.P.R. 120/2003) / ove non prevista allegare dichiarazione sottoscritta da parte del Responsabile del Procedimento e dal Legale Rappresentante dell'Ente o da un tecnico da questi incaricato.

.....

l) Autorizzazioni/approvazioni del progetto da parte delle amministrazioni, effettuata in conformità alla legge n. 241/1990 e s.m. e i. ed alle disposizioni statali e regionali che regolano la materia.

(n. b. ove previsto dalla normativa nazionale/regionale, le autorizzazioni/approvazioni di cui ai punti precedenti siano acquisite ai sensi della legge n. 241/1990)

l.1

l.n ”.

Tale elenco, infatti, a differenza di quanto affermato nelle premesse al punto 8 relativo a Autorizzazioni, approvazioni, concessioni, nulla osta, comunque denominati e necessari alla realizzazione dell’opera non cita esclusivamente atti che in base alla lex specialis dovevano necessariamente essere allegati al progetto ai fini dell’ammissibilità della domanda.

A mero titolo esemplificativo tra i diversi atti indicati è prevista la concessione delle acque che per espressa previsione della lex specialis “può essere prodotta a pena d’inammissibilità del finanziamento entro 30 giorni dall’approvazione della graduatoria provvisoria e comunque non oltre l’approvazione della graduatoria definitiva”.

Dall’espressa individuazione nell’elenco di cui all’Allegato 5 del Parere sul progetto del Comitato tecnico amministrativo, ovvero del Parere della Soprintendenza non è possibile evincere l’obbligatorietà dello stesso ai fini dell’ammissibilità della domanda di aiuto dal momento che, a differenza di quanto espressamente indicato nelle premesse, sono ivi inseriti anche atti non necessari.

Del resto un’interpretazione rigida e tassativa dell’elenco in base alla quale tutti gli atti ivi indicati dovevano essere obbligatoriamente allegati ai fini dell’ammissione dei progetti è del tutto irragionevole, in quanto non tiene conto del fatto che ogni progetto necessita di autorizzazioni, approvazioni, concessioni o nulla osta differenti.

Ne consegue, dunque, che l'elenco aveva, comunque, una natura meramente esemplificativa e quindi non imponeva un contenuto predeterminato ai fini dell'ammissione della domanda di sostegno.

** * **

II. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEL BANDO RELATIVO ALLA MISURA 4.3 DEL PSRN 2014-2020 E DEI RELATIVI ALLEGATI / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI TASSATIVITÀ, PROPORZIONALITÀ, DEL FAVOR PARTECIPATIONIS E DELLA MASSIMA APERTURA CONCORRENZIALE / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 46, COMMA 1, DEL D.LGS. N. 50/2016 / ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, CARENZA DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI.

II.1. *Anche a voler per assurdo ritenere che il richiamato art. 5.2. punto A1 del Bando e l'allegato 5 possono essere interpretati anche nel senso restrittivo proposto dall'Autorità di gestione (secondo il quale sarebbe stato prescritto a pena d'inammissibilità della domanda la necessità di depositare con la domanda il parere del Comitato Tecnico Amministrativo), da quanto sopra esposto emerge con chiarezza che le indicazioni contenute nel bando circa la necessità della predetta allegazione e le conseguenze di un'eventuale omissione non erano né chiare, né esaustive (come pretestuosamente affermato, invece, dal Ministero nel provvedimento di rigetto).*

Il punto A1 dell'art. 5.2. del Bando richiamando le norme del Codice dei contratti pubblici relative al progetto esecutivo anche in relazione all'iter autorizzativo, oggettivamente, ha ingenerato per lo meno un dubbio circa la non necessità dell'allegazione di documentazione ulteriore rispetto a quella prescritta dall'art. 23 del d.lgs. n. 50/2016.

Allo stesso modo l'Allegato 5 nell'indicare sia documenti necessari ai fini dell'ammissione sia documenti che potevano essere presentati anche dopo la scadenza della presentazione della domanda ai soli fini dell'approvazione della graduatoria

definitiva originava palesemente almeno un dubbio circa l'obbligatorietà dell'allegazione del Comitato Tecnico Amministrativo.

Tra l'altro le predette incertezze erano aggravate da due ulteriori elementi.

Da un lato la lex specialis con una scelta infelice utilizzava la medesima terminologia e le stesse espressioni sia per i requisiti necessari ai fini dell'ammissione, sia per la documentazione che doveva essere depositata dopo l'adozione della graduatoria provvisoria ai fini della approvazione dell'aggiudicazione definitiva (all'art. 4 si legge: "la titolarità della concessione di derivazione, come definita all'art. 2, deve essere posseduta e quindi dimostrata, a pena d'inammissibilità della domanda di sostegno entro 30 giorni dall'approvazione della graduatoria provvisoria e comunque non oltre l'approvazione della graduatoria definitiva").

Da un altro lato, nell'allegato 2a (denominato Note all'art. 5.2. "Criteri di ammissibilità") con il quale l'Autorità di gestione ha chiarito e spiegato i diversi criteri di ammissibilità nulla è indicato in relazione al predetto requisito di cui al punto A1.

Alla luce dei predetti dubbi e incertezze in merito alla corretta interpretazione della lex specialis relativamente ai documenti effettivamente necessari, l'Autorità di gestione ha errato a escludere la domanda di sostegno proposta dal Consorzio ricorrente, in quanto secondo il consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa deve essere sempre "preferita l'interpretazione che agevoli la più ampia partecipazione alla procedura, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (cfr. Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2015, nr. 58; id., sez. V, 17 luglio 2014, nr. 3777; id., 20 settembre 2012, nr. 5009)." (cfr. ex multis, Cons. St., IV, 14. 3.2016, n. 1015).

Del resto secondo i consolidati principi giurisprudenziali elaborati in materia di procedure di aggiudicazione di contratti pubblici, in una situazione di obiettiva incertezza, in presenza di una clausola ambigua, incerta o comunque non univoca, l'amministrazione deve sempre favorire la maggiore partecipazione.

Più in particolare, in ipotesi di clausole di dubbio significato deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara d'appalto piuttosto che quella che la ostacoli essendo esclusa, per la commissione di gara, la possibilità di ricavare ab implicito dei requisiti di partecipazione o delle cause di esclusione inespresse nella legge di gara (Cons. St., III, 25.2.2013, n. 1169).

II.2. *Non solo. Secondo la giurisprudenza più accorta nelle procedure comparative e concorrenziali, quali quella di specie, “a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e una tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara; ed infatti una siffatta lettura della problematica figura delle cc.dd. clausole ambigue si porrebbe evidentemente in contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione” (T.A.R. Lombardia, Mi, I, 24.1.2017, n. 169).*

Le clausole della lex specialis e gli allegati de quibus non consentono comunque di pervenire a un unico risultato ermeneutico, dovendosi al contrario ritenere che dalla lettura della stessa possa ricavarsi il risultato ermeneutico diretto ad attribuire alla allegazione del parere del Comitato Tecnico Amministrativo sia rilievo essenziale ai fini dell'ammissibilità, sia una rilevanza solo successiva al momento dell'approvazione della graduatoria provvisoria.

Il dubbio ermeneutico e, quindi, la pluralità di significati attribuibili alla forma espressiva deve essere risolto dunque nel senso che la previsione del bando di gara prevista a pena di esclusione deve ritenersi adeguatamente ottemperata con l'allegazione del progetto contenente tutti gli elementi richiesti dal codice dei contratti pubblici e con il successivo deposito del parere in corso di procedura e comunque prima dell'approvazione definitiva della graduatoria.

II.3. *Del resto quest'ultima interpretazione della clausola di gara appare assolutamente conforme alla ratio della previsione come anche esplicitata nei chiarimenti pubblicati dalla stessa Autorità di gestione.*

Lo scopo della previsione di cui al punto A1 dell'art. 5.2. dei criteri di ammissibilità come specificato nella medesima clausola è di assicurare l'immediata realizzabilità del progetto al fine di garantire l'effettivo utilizzo della contribuzione entro gli stringenti tempi determinati dalle istituzioni europee.

La risposta al quesito n. 31 pubblicata dall'Autorità di gestione è dirimente sul punto. L'amministrazione, rispondendo alla domanda relativa al significato d'immediata realizzabilità delle opere richiesta dalla condizione di ammissibilità A1, ha chiarito: "un'opera si intende immediatamente realizzabile se, successivamente al decreto di concessione del finanziamento, può essere avviata la procedura ad evidenza pubblica per la realizzazione delle opere senza necessità di ulteriori adempimenti progettuali e/o amministrativi".

L'esigenza posta a fondamento di siffatta previsione è, dunque, la necessità che la procedura di aggiudicazione del contratto pubblico relativo alla realizzazione dell'opera oggetto di finanziamento sia avviata immediatamente dopo la concessione del finanziamento senza necessità di ulteriori adempimenti progettuali o amministrativi.

In tale prospettiva del resto in relazione all'allegazione della concessione di derivazione è espressamente consentito il deposito in qualsiasi momento antecedente all'approvazione definitiva. Allo stesso modo al chiarimento 95 in relazione alla necessaria disponibilità delle aree l'Autorità di gestione ha ritenuto sufficiente una dichiarazione del proponente che le procedure di esproprio saranno avviate o che sono in corso.

È evidente, dunque, che la mancata allegazione del predetto parere risulta del tutto irrilevante ai fini de quibus, a condizione che lo stesso sia depositato, come è stato fatto nel caso di specie, prima della conclusione del procedimento di valutazione.

Del resto tale interpretazione è confermata anche dai quesiti nn. 124, 126 e 129 pubblicati dall'Autorità di gestione laddove dopo aver affermato, erroneamente (poiché, come già evidenziato, alcuni degli atti indicati nell'elenco per espressa previsione non dovevano essere allegati alla domanda), la necessità di presentare congiuntamente alla domanda tutti i documenti indicati nell'allegato 5, dichiara che "tale documentazione è necessaria a verificare l'immediata realizzabilità delle opere, richiesta dalla condizione di ammissibilità".

È di palmare evidenza, infatti, che al fine di garantire l'immediata realizzabilità delle opere è sufficiente che i pareri e le autorizzazioni siano presentati prima dell'approvazione definitiva come del resto previsto per la documentazione a comprova della concessione di derivazione dell'acqua.

In tale prospettiva appare evidente l'errore nel quale è altresì incorsa l'Autorità di gestione laddove ha affermato nel provvedimento impugnato che la mancata esclusione della domanda del Consorzio ricorrente avrebbe determinato una violazione della par condicio dei partecipanti.

Nel caso di specie, infatti, non si può rinvenire alcuna disparità di trattamento dei concorrenti dal momento che i) la domanda non è stata modificata in alcun elemento, il progetto presentato possedeva tutti gli elementi richiesti per la progettazione esecutiva, alla domanda originaria era stata già allegata la richiesta di parere ii) e, soprattutto, l'integrazione è stata comunque effettuata prima dell'approvazione definitiva della graduatoria, rispettando, dunque, il criterio essenziale dell'immediata realizzabilità delle opere.

Tra l'altro, nel caso di specie la richiesta di parere è stata formulata al Comitato Tecnico Amministrativo prima della scadenza del termine per la proposizione della domanda e la mancata allegazione è dipesa esclusivamente dai tempi per il rilascio del parere.

Analogamente anche l'ulteriore parere e l'autorizzazione il cui deposito non è stato accettato erano stati richiesti prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda e rilasciati dalle competenti autorità soltanto dopo tale data.

** * **

III. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEL BANDO RELATIVO ALLA MISURA 4.3 DEL PSRN 2014-2020 E DEI RELATIVI ALLEGATI / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI D'IMPARZIALITÀ E BUON ANDAMENTO / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART.6, COMMA 1, LETT. B) DELLA L. N. 241/1990 / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ E DI TASSATIVITÀ / ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, ILLOGICITÀ E IRRAGIONevolezza.

III. *Il provvedimento di rigetto (non ammissione) della domanda è palesemente illegittimo nella parte in cui l'Autorità di Gestione ha ritenuto inapplicabile il soccorso istruttorio e inammissibile la produzione tardiva del Parere del Comitato Tecnico Amministrativo la cui omissione è stata contestata con il preavviso di rigetto e degli altri documenti.*

III.1 *Innanzitutto è illegittimo, in quanto non tiene in alcuna considerazione neppure le stesse previsioni del bando pubblicato dalla medesima Autorità di gestione e, in particolare, l'art. 9 secondo il quale quest'ultima "si riserva[va] la facoltà di richiedere eventuale documentazione aggiuntiva necessaria per la fase di valutazione in base ai criteri individuati dal presente bando al fine di definire la graduatoria provvisoria".*

In tale prospettiva, è errata la considerazione, contenuta nel provvedimento impugnato, secondo la quale all'Autorità di Gestione sarebbe stato precluso chiedere un'integrazione documentale ed è totalmente illogica la scelta della stessa Autorità di non richiedere la documentazione aggiuntiva necessaria nel caso di specie, laddove i pareri e l'autorizzazione mancanti non avrebbero determinato alcuna modifica della

domanda presentata, ma avrebbero soltanto dimostrato le opere proposte erano immediatamente realizzabili.

III.2. *Ma vi è di più. Il provvedimento è altresì illegittimo nella parte in cui l'Autorità di Gestione ha ritenuto non applicabile il principio del soccorso istruttorio e segnatamente l'art. 6, comma 1, lett. b) della L. n. 241/1990 sull'errata motivazione "che non costitui[rebbe] un obbligo assoluto e incondizionato per l'amministrazione dovendosi comunque rispettare alcuni limiti quali quello della par condicio ed il c.d. limite degli elementi essenziali".*

Innanzitutto per onore di verità non si può sottacere che il precedente giurisprudenziale richiamato nel provvedimento è irriferibile al caso di specie dal momento che riguardava la procedura di aggiudicazione di 131 sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio nella Regione Toscana e non la concessione di finanziamenti pubblici.

Inoltre, la sentenza del Consiglio di Stato citata nel provvedimento (III, 26.2.2016, n. 796) concerneva l'omessa compilazione di un modulo informativo predisposto dall'amministrazione e non riguardava, invece, come nel caso di specie la mancata allegazione di pareri non rilasciati all'offerente in tempo dalle amministrazioni e, tra l'altro, inutili ai fini della valutazione del progetto ma necessario esclusivamente ai fini della verifica dell'immediata realizzabilità delle opere.

Peraltro il precedente citato nel provvedimento di esclusione conferma l'illegittimità dell'interpretazione dell'Autorità di gestione, confermando l'applicabilità al caso di specie del principio del soccorso istruttorio.

Si legge infatti nella predetta sentenza:

i) "secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 9 del 25.2.2014, il soccorso istruttorio, previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b), della l. 241/1990, nell'ambito del procedimento amministrativo e, più in particolare, con riferimento alle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti, non può essere invocato, quale parametro di legittimità dell'azione

amministrativa, tutte le volte in cui si configurino in capo al singolo partecipante, come nel caso di specie, obblighi di correttezza – specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell’autoresponsabilità – rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest’ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti (cfr., ex plurimis, Cons. St., Ad. Plen., 3.3.2011, n. 3, e, successivamente, Cons. St., sez. V, 21.6.2013, n. 3408; Cons. St., sez. V, 15.11.2012, n. 5772 nonché Cons. St., sez. IV, 27.10.2010, n. 8291)”;

ii) “soprattutto, ha chiarito ancora l’Adunanza Plenaria nella citata sentenza n. 9 del 2014, il divieto del formalismo, pur apprezzabilmente perseguito dal T.A.R. nella sentenza qui impugnata, incontra il limite derivante dalla particolare importanza che assume l’esigenza di speditezza e, dunque, di efficienza, efficacia ed economicità, dell’azione amministrativa.

5.7. In questi casi – e tale è questo, concernente l’assegnazione delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione in Toscana ai sensi dell’art. 11 della l. 27/2012 – l’imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura può essere funzionalmente correlata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell’interesse pubblico primario, affidato dall’ordinamento alla cura dell’Amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti (pubblici o privati che siano), sicché in tale prospettiva, come ha precisato a chiare lettere l’Adunanza Plenaria nella stessa sentenza n. 9 del 2014, «la compilazione di moduli o la produzione di fotocopie di validi documenti (di identità, ma non solo) di per sé non si configurano come adempimenti abnormi o eccessivi; dunque le clausole della legge di gara che li prevedono non sono ex se illegittime)”.

Orbene nel caso di specie non si rinviene nessuno dei limiti prescritti all’utilizzo del soccorso istruttorio:

i) non vi era alcun difetto informativo, poiché l'omissione contestata avrebbe potuto tutt'al più rilevare ai fini della valutazione dell'immediata realizzabilità dell'opera da effettuare dopo l'aggiudicazione provvisoria e soprattutto perché la carenza dipendeva esclusivamente dal mancato rilascio entro la data di presentazione della domanda da parte delle autorità competenti;

ii) l'omissione contestata non si scontrava con alcuna esigenza di speditezza, efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa dal momento che, come già ampiamente rappresentato, i predetti pareri assumevano rilievo soltanto in relazione all'esigenza d'immediata realizzabilità dell'opera che doveva essere valutata in seguito all'aggiudicazione provvisoria.

È evidente, dunque, l'errore nel quale è incorsa l'Autorità di gestione.

III.3. *Non solo. L'art. 6 della L. n. 241/1990 prevede che l'incompletezza della documentazione, lungi dal consentire l'adozione di un provvedimento di esclusione, costituisce, piuttosto, il presupposto per l'esercizio del dovere di soccorso istruttorio, il quale impone all'amministrazione di richiedere all'interessato "la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete", ma eventualmente anche di "ordinare esibizioni documentali".*

La giurisprudenza, al riguardo, ha più volte affermato che "il "potere di soccorso" costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che, nel particolare settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme" "in quanto espressione del principio del giusto procedimento amministrativo, sancito dall'art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241" (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 25. 2.2014, n. 9).

Orbene, nella specie, la richiesta di chiarimenti non era affatto preclusa, trattandosi non di colmare originarie carenze documentali, ma più semplicemente di acquisire

specificazioni in ordine a documenti ritualmente e tempestivamente prodotti unitamente alla domanda di partecipazione alla procedura di valutazione.

La doverosa attivazione del meccanismo del cd. soccorso istruttorio avrebbe consentito alla ricorrente di completare la dichiarazione in ordine alla conformità urbanistica dell'immobile e di chiarire che all'approvazione del piano di lottizzazione convenzionata era seguita la realizzazione dell'impianto produttivo secondo la relativa disciplina urbanistica.

D'altra parte, nemmeno l'Allegato citato nel provvedimento impugnato costituiva ostacolo alla suddetta richiesta di chiarimenti e/o integrazione.

Ed invero, la clausola contenuta nel punto 8 dell'allegato 5, va intesa alla luce della disciplina del "soccorso istruttorio" operante nei procedimenti di tipo selettivo e sopra delineata, ovvero nel senso di inibire le integrazioni documentali, senza precludere all'amministrazione di richiedere alla parte di fornire chiarimenti o di completare dichiarazioni o documenti già presentati.

Non trattandosi nel caso di specie di "elementi essenziali", come erroneamente paventato dal Ministero nel provvedimento impugnato.

Né può ritenersi che disponendo l'integrazione documentale l'Amministrazione avrebbe violato la par condicio.

È, infatti, indubbio che il principio di par condicio risulterebbe violato, se le opportunità di regolarizzazione, chiarimento o integrazione documentale si traducesse in occasione di aggiustamento postumo di irregolarità gravi e non sanabili.

Nel caso di specie, l'irregolarità che ha portato alla contestata declaratoria di inammissibilità non era assolutamente grave o non sanabile, considerato che il Consorzio ricorrente ha prodotto comunque tutti i documenti già in suo possesso (Parere dell'Autorità di Bacino del Fiume Tevere relativo al rispetto delle misure di salvaguardia: richiesto parere con nota prot. 7237 del 14/06/2017, ed ottenuto parere favorevole con nota del 21/06/2017 al prot. 3084; Parere del Comune di Latina relativo

alle opere di attraversamento della sede stradale previste dagli interventi in progetto: richiesto parere con nota del 22/06/2017 prot. 7578 ed ottenuto parere favorevole con nota del 12/07/2017 al prot. 94291; Parere del Consorzio per lo Sviluppo Industriale Roma – Latina per il “Nulla-Osta” ai sensi delle N.T.A. del P.R.T., al Progetto di Completamento per il riutilizzo di acque reflue: richiesto parere con nota del 20/06/2017 prot. 7456, ed ottenuto Nulla-Osta con nota del 9/08/2017 prot. n. 4164), nonché le domande presentate agli enti gestori, che avrebbe potuto essere soddisfatta facilmente in sede di integrazione documentale.

Quando sono giunti anche gli altri pareri il Consorzio ha completato la documentazione presentando:

- Parere sul progetto del Comitato Tecnico Amministrativo presso il Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna ottenuto con nota prot. 10800 del 12/10/2017. Il progetto è stato valutato nell'adunanza del suddetto Provveditorato il giorno 13/09/2017 e trasmesso addirittura un mese dopo.*
- Parere della Soprintendenza BB.AA.SS., verifica preventiva dell'interesse archeologico ottenuto con nota prot. 10480 del 7/09/2017 ed acquisito dal Consorzio con nota prot. 9707 del 08/09/2017.*
- Parere del Comune di San Felice Circeo per il Nulla-Osta al Vincolo Idrogeologico ottenuto con nota prot. 24709 del 10/11/2017.*

III.4. *Ma vi è di più. Anche a voler considerare la predetta integrazione alla stregua della presentazione di un documento nuovo, infatti, in base ai consolidati principi della giustizia amministrativa e di Codesto Ecc.mo Tar “nelle procedure concorsuali per l'assegnazione di contributi pubblici il dovere di soccorso di cui al richiamato articolo 6, in particolare, non è assoluto e incondizionato, ma postula che la richiesta di regolarizzazione delle dichiarazioni e della documentazione mancante incontri i seguenti limiti applicativi: rispetto della par condicio dei partecipanti alla procedura, limite degli*

elementi essenziali, equivocità della clausola del bando relativa alla dichiarazione o alla documentazione da integrare o chiarire (T.A.R. Toscana - Firenze, sez. II, 13.5.2013, n. 788; T.A.R. Veneto, sez. I, 9 febbraio 2011, n. 220)” (Tar Lazio n. 9540/2015, cit.).

Secondo il predetto orientamento nell’ambito delle procedure volte alla concessione di finanziamenti pubblici, dunque, la regolarizzazione delle dichiarazioni e della documentazione mancante è subordinata a tre condizioni:

- i) rispetto della par condicio dei concorrenti;*
- ii) non deve riguardare elementi essenziali della domanda;*
- iii) equivocità della clausola.*

Orbene come ampiamente dimostrato supra, nel caso di specie, sussistono tutti e tre le predette condizioni, trattandosi di meri pareri rilasciati da autorità pubbliche che non hanno apportato alcuna modifica alla domanda presentata, la cui necessità ai fini dell’ammissione era assolutamente dubbia.

Del resto secondo gli univoci indirizzi dei Giudici Amministrativi “a fronte dell’incertezza interpretativa di una clausola della lex specialis di gara di appalto, giammai la stazione appaltante può sic et simpliciter disporre l’ esclusione per la mancata o incompleta presentazione della richiamata documentazione, dovendo piuttosto esercitare i poteri di richiesta di integrazione e chiarimenti che non determinano alcuna violazione del principio della par condicio dei concorrenti nella sua effettiva e reale portata sostanziale, dal momento che operano in relazione a situazioni di mera e non imputabile irregolarità a carattere puramente formale, connesse all’imprecisa formulazione della lex specialis” (T.A.R. Sicilia, Ct, III, 23.4.2012, n. 1089).

È evidente, dunque, che l’Autorità di gestione ha palesemente errato nel non consentire la regolarizzazione della domanda di sostegno.

** * **

***IV. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE /
VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI D'IMPARZIALITÀ E BUON ANDAMENTO
/ VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART.6, COMMA 1, LETT. B) DELLA L. N.
241/1990 / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ E DI
TASSATIVITÀ / ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, ILLOGICITÀ E IRRAGIONEVOLEZZA.***

IV.1 Le clausole della lex specialis (e, in particolare, il punto A1 dell'art. 5.2. del Bando e il punto 8 dell'Allegato 5 del bando di gara, nonché i già richiamati chiarimenti pubblicati dall'Autorità di Gestione), in base al consolidato indirizzo di Codesto Ecc.mo Tar, se devono essere interpretate nel senso che la mancata allegazione alla domanda del parere del Comitato Tecnico Amministrativo e di ulteriori autorizzazioni o nulla osta determinano la non ammissibilità della domanda e precludendo l'esercizio del soccorso istruttorio, sono altresì illegittime per violazione dell'art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 241/1990 e del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

In base all'orientamento giurisprudenziale richiamato, infatti, "nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il cd. potere di soccorso sancito dall'articolo 6, comma 1, lett. b), della legge 7 agosto 1990, n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione, con la conseguenza che deve ritenersi illegittima - proprio per violazione del predetto articolo 6, comma 1, lett. b), nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale (Cons. Stato Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9)" (Tar Lazio, RM, III bis, 16.7.2015, n. 9540).

Orbene nel caso di specie la necessità dell'immediata allegazione del parere del Comitato Tecnico Amministrativo e, a dire il vero, anche degli altri pareri, autorizzazioni e nulla osta, ai fini dell'ammissibilità della domanda di sostegno non è prevista né dalla

normativa europea di riferimento (Regolamenti n. 1303/2013/UE, 1305/2013/UE, 1306/2013/UE, 807/2014/UE, 808/2014/UE, 809/2014/UE), né dalla normativa nazionale.

Tra l'altro è di immediata percezione l'illogicità e la sproporzione della misura che al fine di garantire l'immediata realizzabilità delle opere e delle procedure di aggiudicazione al momento della concessione del finanziamento anticipa la necessità delle autorizzazioni e dei pareri al momento della presentazione della domanda, quando il medesimo risultato potrebbe essere evidentemente ottenuto prescrivendo la necessità di presentare i predetti pareri e autorizzazioni al momento della comunicazione della graduatoria provvisoria, prima dell'approvazione della graduatoria definitiva.

Secondo l'univoco orientamento della giustizia amministrativa il principio di proporzionalità impone che ogni atto della pubblica amministrazione, specialmente se sfavorevole al destinatario, debba essere allo stesso tempo necessario e commisurato al raggiungimento dello scopo prefissato dalla legge. Conseguentemente, ogniqualvolta sia possibile operare una scelta tra più mezzi alternativi, tutti ugualmente idonei al perseguimento dello scopo, andrebbe sempre preferito quello che determini un minor sacrificio per il destinatario, nel rispetto del giusto equilibrio tra vari interessi coinvolti nella fattispecie concreta.

È evidente che nel caso di specie l'Autorità di Gestione, in palese violazione del principio di proporzionalità, tra le diverse misure alternative idonee a perseguire l'immediata realizzabilità dell'opera ha introdotto la misura più restrittiva e lesiva della sfera giuridico patrimoniale.

Tra l'altro la scelta dell'Autorità di Gestione appare ancor più contraddittoria, illogica e sproporzionata se si considera che ha imposto l'immediata allegazione dei predetti pareri e autorizzazioni nonostante fosse a conoscenza, da un lato, dei tempi estremamente lunghi necessari per valutare le domande presentare e da un altro lato che le autorità

competenti ad adottare i predetti atti e pareri necessitavano di tempi estremamente lunghi per l'adozione degli stessi.

IV.2. *Ma vi è di più. Le previsioni de quibus, per come interpretate dall'Autorità di gestione sono altresì illegittime perché non tengono in alcuna considerazione dei ridotti termini concessi per presentare le domande di sostegno in seguito alla modifica dei criteri di ammissibilità e di selezione degli interventi effettuati con il Decreto n. 18813 del 28.6.2017 determinata dall'aggiornamento delle informazioni relative allo stato dei corpi idrici ed alle pressioni su di esse esercitate.*

Con il predetto Decreto infatti la data di scadenza per la presentazione delle domande di sostegno è stata posticipata di due soli mesi, concedendo un termine estremamente esiguo agli interessati per modificare i progetti e ottenere i relativi pareri.

In tale prospettiva è evidente che l'interpretazione restrittiva delle richiamate clausole è assolutamente illogica e sproporzionata.

PER QUANTO RIGUARDA I MOTIVI AGGIUNTI NOTIFICATI IL 3/10/2018

I. VIOLAZIONE E/O ELUSIONE DEL GIUDICATO CAUTELARE DI CUI ALL'ORDINANZA DEL TAR DEL LAZIO, RM, II TER, N. 3901/2018 / NULLITÀ EX ART. 21 SEPTIES DELLA L. N. 241/1990 DEI PROVVEDIMENTI IMPUGNATI.

I.1. *Il provvedimento di rigetto assunto dall'Autorità di Gestione è pacificamente nullo poiché, come già chiarito nella premessa di fatto, in palese contrasto e/o elusione dell'Ordinanza di codesto ecc.mo Collegio, confermata dal Consiglio di Stato, con la quale il Consorzio era stato espressamente ammesso alla fase di valutazione dei progetti. L'Autorità di gestione, invero, da un lato ha espressamente dichiarato che la decisione cautelare di Codesto Ecc.mo Tar, confermata dal Consiglio di Stato, sarebbe stata errata, mentre da un altro lato ha fondato il rigetto definitivo della domanda di sostegno sulle medesime motivazioni del precedente provvedimento di rigetto ritenute al sommario giudizio proprio della fase cautelare incongrue.*

In primis, nel provvedimento ivi impugnato il Ministero per giustificare la decisione di non ammettere la domanda del Consorzio odierno ricorrente alla fase di valutazione dei progetti, come espressamente ordinato da Codesto Ecc.mo Collegio, afferma:

“- in generale, la misura cautelare non configura mai una radicale consumazione del potere amministrativo (cfr., per tutti, Consiglio di Stato, sez. III, 4 luglio 2011, n. 4000; id., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 240; sez. V 11 aprile 2013, n.1970);

- nel caso di specie, inoltre, l’ordinanza cautelare del Tar Lazio ha avuto ad oggetto un provvedimento di rigetto definitivo che ha statuito sulla sola irricevibilità della domanda di sostegno per mancanza di un allegato essenziale;

- per effetto della sospensione del provvedimento di rigetto, il procedimento di valutazione è stato riaperto al fine di verificare il rispetto dei criteri di ammissibilità della domanda posseduti alla data di scadenza del bando di selezione delle domande di sostegno alla misura in oggetto;

- tale valutazione è necessaria e preliminare alla fase di selezione, cui sono ammesse solo le domande ricevibili che soddisfano i criteri di ammissibilità previsti dal bando (art. 9.2). Infatti, tali criteri non vengono presi in considerazione dalla commissione di esperti selezionata al fine di attribuire i punteggi premiali;

- laddove l’ordinanza di sospensione avesse l’effetto di ammettere direttamente la domanda alla fase di attribuzione dei punteggi ai fini della selezione, non solo sarebbe affetta da vizio di ultra petizione, dal momento che come già detto il provvedimento sospeso è un rigetto per irricevibilità della domanda, ma comporterebbe un ingiustificato vantaggio rispetto a tutte le domande ritenute ricevibili ed oggetto di attento vaglio ai fini della verifica del rispetto dei requisiti di ammissibilità;

- il provvedimento amministrativo oggi oggetto di reclamo è caratterizzato in via sostanziale, dalla contemplazione e valutazione di nuovi e diversi interessi che hanno comportato un nuovo, più ampio ed articolato iter istruttorio in cui è stata presa in esame

la sussistenza dei requisiti di ammissibilità come già detto, in alcun modo valutati in fase di ricevibilità della domanda;”

In astratto è certamente condivisibile l’affermazione secondo la quale “la misura cautelare non configura mai una radicale consumazione del potere amministrativo”, ma è assolutamente inconferente rispetto al caso di specie, poiché Codesto Ecc.mo Collegio aveva espressamente affermato che la domanda era ammessa alla fase di valutazione del progetto con riserva in attesa della decisione di merito.

L’amministrazione valutando l’ammissione ha, invece, espressamente violato il predetto ordine.

Del resto, l’inconferenza delle sentenze citate trova conferma nella circostanza che la citata affermazione, impropriamente riportata nel provvedimento impugnato, è riportata al solo fine di precisare che i provvedimenti cautelari giurisdizionali di riammissione con riserva hanno una rilevanza provvisoria interinale in attesa della decisione di merito (si cfr. Cons. St. n. 4000/2011).

A mero titolo esemplificativo, nella sentenza n. 240/2013 si legge: “Era stata pertanto sospesa la esecutività del provvedimento di esclusione di detta società dalla gara, con conseguente possibilità di riattivazione della procedura concorsuale mediante riammissione della stessa, al fine di completarne l’iter. I provvedimenti giurisdizionali, infatti, per loro forza intrinseca, costituiscono un impedimento giuridico alla prosecuzione di attività ritenute illegittime, ma, ove vengano riformati, per equivalente forza intrinseca sono in grado di ricreare la situazione giuridica originaria, a tutti gli effetti e con tutte le conseguenze del caso.

Tuttavia, il provvedimento adottato da un’amministrazione in esecuzione di una pronuncia giurisdizionale cautelare non comporta, di per sé, il ritiro del precedente provvedimento oggetto della pronuncia stessa, ed ha una rilevanza solo provvisoria in attesa che la decisione di merito accerti se l’atto impugnato sia o meno legittimo. La misura cautelare, infatti, non configura mai una radicale consumazione del potere

amministrativo e l'effetto caducante dell'eventuale sentenza definitiva si estende comunque a tutti gli ulteriori atti adottati dall'Amministrazione a seguito della adozione della ordinanza cautelare.”

I giudici amministrativi hanno osservato che, seppur la statuizione cautelare non regola in via definitiva l'assetto di interessi da essa propiziato, non potendosi allora alla stessa riconoscere la definitività e stabilità che caratterizza la sentenza divenuta inoppugnabile, tuttavia, l'assetto fattuale venutosi a concretizzare mediante il dictum cautelare giurisdizionale, sebbene connotato da un'intrinseca provvisorietà, non appare suscettibile di essere stravolto oppure aggirato da un riesercizio di potere amministrativo da parte dell'amministrazione parte resistente nel giudizio.

Altrimenti, infatti, non soltanto si “minerebbe” il principio di divisione dei poteri, ma verrebbe meno una delle ragioni fondanti l'essenza stessa della tutela cautelare, ovvero quella della sua strumentalità. In effetti, se la misura cautelare deve “assicurare che il provvedimento giurisdizionale definitivo, per quanto debba necessariamente ritardare, possa tuttavia in ogni caso essere utile ed efficace”, detta funzione - ovvero il connotato della strumentalità - risulterebbe azzerata qualora fosse possibile “violare” o “eludere” la cautela.

La giurisprudenza amministrativa ha affermato che: “l'effetto conformativo di ogni provvedimento giurisdizionale, che implica un vincolo assoluto per l'Amministrazione di attenersi nella sua successiva attività alla statuizione del giudice, non è pertinente al solo giudicato ordinario, ma consegue anche al giudicato cautelare, assolutamente vincolante al pari del primo per la P.A. fino ad una eventuale difforme decisione di merito, non essendo consentito all'Amministrazione, nelle more di tale decisione di merito, di ribadire le proprie determinazioni che siano difformi dal decisum cautelare; pertanto, sono radicalmente nulli gli atti violativi ed elusivi del giudicato cautelare, perché resi in assenza di alcun potere discrezionale in capo all'Amministrazione” ed ancora “L'ordinanza cautelare emessa dal giudice amministrativo, a seguito dell'esaurimento o

del mancato esperimento del gravame ordinario, acquista un valore d'immodificabilità — sia pure non assoluta e definitiva — per certi aspetti equiparabile al formarsi della cosa giudicata formale della sentenza passata in giudicato, con i limiti oggettivi di una pronuncia giurisdizionale, comportando che, per tutta la durata del giudizio, i fatti per cui è causa rimangono assoggettati, rebus sic stantibus, agli effetti ivi stabiliti, destinati a permanere per tutto il tempo occorrente alla definitiva verifica giudiziale”, “Il potere dell'Amministrazione di riesaminare atti sub iudice a fini conservativi, già di per sé suscettibile di attingere profili di illegittimità in quanto tendenzialmente contrastante con i 10 principi sulla tutela giurisdizionale, deve ritenersi in radice precluso allorché il giudice amministrativo abbia statuito la sospensione della loro efficacia; pertanto, la ripetizione del medesimo atto con esito analogo a quello censurato in sede giurisdizionale costituisce un evidente alterazione della fisiologia processuale e, ove consentito, implicherebbe l'ineffettività della tutela cautelare, con la conseguenza che a tale ipotesi è applicabile la fattispecie di cui all'art. 21 septies L. 7 agosto 1990 n. 241, che sanziona con la nullità l'atto posto in essere in violazione o elusione del giudicato, tale intendendosi anche quello cautelare” (ex multis, Tar Calabria, Cz, II, 7.4.2010, n. 428 e I, 22.6.2009, n. 656; Cons. St., VI, 15.11.2011, n. 6030 e 17.7.2008, n. 3606).

I.2. *Né alcun dubbio può sussistere circa l'effettiva violazione dell'ordinanza di codesto Ecc.mo Tar, con la quale la domanda del Consorzio era stata espressamente ammessa, seppur con riserva, alla successiva fase di valutazione del progetto.*

*Si legge nella citata ordinanza: “possa essere disposta l’**ammissione con riserva del solo Consorzio ricorrente al prosieguo della procedura, limitatamente alla valutazione del progetto**”.*

*Anche il Consiglio di Stato nel rigettare l'appello cautelare proposto dal Ministero aveva confermato “l'ordinanza di prime cure, nella parte in cui, **limitandosi ad ammettere con riserva il Consorzio appellato alla fase di valutazione del progetto**”.*

*Pertanto, la fase di ammissibilità della domanda presentata dal Consorzio era stata già superata dal Tar con l'accoglimento della domanda cautelare (confermata dal Consiglio di Stato) e **L'Autorità di Gestione avrebbe dovuto procedere alla valutazione tecnica del progetto e non certamente emettere un nuovo provvedimento di rigetto della domanda, con una motivazione tra l'altro solo apparentemente differente rispetto a quella già impugnata.***

L'Autorità di Gestione ha, invece, proceduto a “verificare il rispetto dei criteri di ammissibilità della domanda posseduti alla data di scadenza del bando di selezione delle domande di sostegno alla misura in oggetto” (così si legge nel provvedimento impugnato).

*È la stessa Autorità di gestione ad ammettere, dunque, di **non** aver dato esecuzione all'ordinanza cautelare.*

***I.3.** Del resto, la contrarietà del provvedimento ivi impugnato all'ordinanza del Tar è dichiarata espressamente dalla stessa Autorità di gestione, laddove afferma:*

- “laddove l'ordinanza di sospensione avesse l'effetto di ammettere direttamente la domanda alla fase di attribuzione dei punteggi ai fini della selezione, non solo sarebbe affetta da vizio di ultra petizione, dal momento che come già detto il provvedimento sospeso è un rigetto per irricevibilità della domanda, ma comporterebbe un ingiustificato vantaggio rispetto a tutte le domande ritenute ricevibili ed oggetto di attento vaglio ai fini della verifica del rispetto dei requisiti di ammissibilità”;

*- “ciò premesso, in relazione all'affermazione nella n. 8850 del 6/08/2018 che qui si riporta “pertanto, il progetto presentato dall'Istante oggi (ndr: il neretto è della scrivente) risulta assolutamente cantierabile (rectius realizzabile), come prescritto dal criterio di ammissibilità del Bando e non vi sono ragioni ostative per l'accoglimento della domanda di sostegno presentata”, non è condivisa e non può essere accolta dal momento che, come più volte ribadito “Per avere diritto alla concessione ed al pagamento del contributo pubblico per la sottomisura 4.3 **i proponenti devono rispettare le condizioni***

di ammissibilità alla data di presentazione della domanda e per tutta la durata della concessione” come inequivocabilmente prescritto dall’art. 4 “Beneficiari ammissibili del bando di selezione delle proposte progettuali””.

È evidente, dunque, che il Ministero non ha accettato la decisione di Codesto Ecc.mo Tar, nonostante sia stata confermata dal Consiglio di Stato, è ha deciso di contraddire apertamente i contenuti dell’Ordinanza.

Tra l’altro il Ministero ha altresì errato nel valutare gli effetti della decisione cautelare. Alcun vantaggio concreto e definitivo può conseguire da una misura interinale quale l’ammissione con riserva, poiché l’effettiva erogazione del sostegno sarebbe comunque condizionata dalla decisione nel merito.

I.4. Non solo. Nel caso di specie l’elusione dell’ordinanza di Codesto Ecc.mo Tar risulta ancor più grave alla luce della capziosa distinzione operata dall’Autorità gestione tra la verifica della ricevibilità della domanda e la verifica delle ammissibilità della domanda. Il Ministero, infatti, nel nuovo provvedimento di rigetto ha valutato esattamente la sussistenza dei medesimi requisiti già ritenuti carenti nel precedente provvedimento: i criteri di ammissibilità di cui al punto A1 del Bando.

In entrambi i provvedimenti il rigetto è stato motivato per l’asserita carenza del requisito della definitività del progetto a causa dell’omessa allegazione del parere ovvero di un’errata interpretazione del suo contenuto.

È evidente, dunque, il carattere elusivo dell’ordinanza dal momento che l’Autorità di gestione aveva già proceduto all’istruttoria sulla domanda di ammissione del Consorzio ed aveva emesso un provvedimento di rigetto con una motivazione specifica sulla mancanza di un allegato ritenuto essenziale, che è stata cesurata innanzi al Tar con una serie di articolate argomentazioni, che avevano trovato l’accoglimento da parte di codesto ecc.mo Collegio.

È certamente vano, oltre che illegittimo il tentativo dell’Autorità di distinguere l’originaria irricevibilità della domanda (per mancanza del parere del CTA), con

l'attuale inammissibilità della stessa, per mancato rispetto dei criteri di ammissibilità (che si fondano sempre sull'acquisizione successiva del parere del CTA), poiché si tratta delle medesime disposizioni (art. 9.2. Al criteri di ammissibilità) contestate con il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo.

E, comunque, qualora si trattasse di una nuova contestazione comunque l'Autorità di gestione lo avrebbe dovuto eccepire con l'originario provvedimento di rigetto, senza integrare la motivazione successivamente.

Infatti, non è certamente legittimo che l'Autorità avvii nuovamente il medesimo procedimento di valutazione dell'ammissibilità della domanda e in replica a quanto dedotto e prodotto dal Consorzio rigetti nuovamente la domanda di accesso al sostegno, individuando una presunta "nuova" criticità, che come si chiarirà in prosieguo, non è neppure nuova, ma confermativa della precedente doglianza.

Alla luce di quanto delineato è evidente l'elusione del giudicato cautelare formatosi su questa vicenda che inficia gravemente il provvedimento impugnato, che pertanto dovrà essere dichiarato nullo ex art. 21 septies L. 7 agosto 1990 n. 241.

A tale riguardo la giurisprudenza amministrativa è pacifica nell'affermare che: "La ripetizione del medesimo atto con esito analogo a quello censurato in sede giurisdizionale costituisce un evidente alterazione della fisiologia processuale e, ove consentito, implicherebbe l'ineffettività della tutela cautelare, con la conseguenza che a tale ipotesi è applicabile la fattispecie di cui all'art. 21 septies L. 7 agosto 1990 n. 241, che sanziona con la nullità l'atto posto in essere in violazione o elusione del giudicato, tale intendendosi anche quello cautelare" (Tar Campania, Sa, I, 31.07.2017, n. 1263; Tar Sicilia, Ct, II, 11.10.2016, n. 2539; Cons. St., V, 28.6.2011, n. 3872).

* * *

II. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEL BANDO RELATIVO ALLA MISURA 4.3 DEL PSRN 2014-2020 E DEI RELATIVI ALLEGATI / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI TASSATIVITÀ, PROPORZIONALITÀ, DEL FAVOR PARTECIPATIONIS E DELLA

MASSIMA APERTURA CONCORRENZIALE / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 46, COMMA 1, DEL D.LGS. N. 50/2016 / ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, CARENZA DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI.

II.1. Il provvedimento di rigetto della domanda del Consorzio Agro Pontino è anche illegittimo nel merito.

L'Autorità di gestione reiterando il provvedimento già impugnato dal Consorzio innanzi codesto Ecc.mo Collegio ha rigettato nuovamente la domanda con la seguente motivazione:

- il criterio di ammissibilità A1 del bando prevede espressamente un livello progettuale esecutivo "Sono ammissibili a finanziamento esclusivamente progetti esecutivi, completi delle autorizzazioni necessarie e immediatamente realizzabili".

La domanda presentata da codesto Consorzio in data 22 agosto 2017 non rispetta il criterio di ammissibilità A1 come già ampiamente illustrato nel preavviso di rigetto di cui si riconferma interamente il contenuto.

Ciò premesso, in relazione all'affermazione nella n. 8850 del 6/08/2018 che qui si riporta "pertanto, il progetto presentato dall'Istante oggi (ndr: il neretto è della scrivente) risulta assolutamente cantierabile (rectius realizzabile), come prescritto dal criterio di ammissibilità del Bando e non vi sono ragioni ostative per l'accoglimento della domanda di sostegno presentata", non è condivisa e non può essere accolta dal momento che, come più volte ribadito "Per avere diritto alla concessione ed al pagamento del contributo pubblico per la sottomisura 4.3 i proponenti devono rispettare le condizioni di ammissibilità alla data di presentazione della domanda e per tutta la durata della concessione" come inequivocabilmente prescritto dall'art. 4 "Beneficiari ammissibili del bando di selezione delle proposte progettuali".

Siffatte affermazioni sono errate in punto di fatto, nonché illegittime e contraddittorie.

In primis occorre rilevare che l'Autorità di gestione ha rigettato la domanda sull'errato presupposto che non sarebbero state rispettate le condizioni di ammissibilità alla data di

presentazione della domanda; in particolare la criticità riguarderebbe ancora una volta l'acquisizione successiva del parere del CTA e la conseguente qualificazione del progetto come definitivo già oggetto del ricorso principale.

Siffatte affermazione sono destituite di ogni fondamento oltre che meramente ripetitive di quanto già contenuto nel precedente provvedimento.

Conseguentemente si è costretti a ribadire e trascrivere i motivi già dedotti con il precedente ricorso.

II.2. *Il provvedimento di rigetto (o di non ammissibilità) del progetto è palesemente illegittimo innanzitutto perché si fonda su un'errata e irragionevole interpretazione della lex specialis violativa degli essenziali principi di buona andamento e imparzialità.*

Anche a voler per assurdo condividere l'errata interpretazione della lex specialis proposta dall'Autorità di gestione circa la necessità dell'allegazione di tutte le autorizzazioni ai fini dell'ammissione della domanda di sostegno, la rilevata assenza del Parere sul progetto del Comitato Tecnico Amministrativo (e dell'ulteriore parere e autorizzazione) era irrilevante ai fini dell'ammissibilità/irricevibilità del progetto.

Invero, come evidenziato dalla stessa Autorità di gestione l'asserita carenza concerne esclusivamente un parere che non può essere qualificato alla stregua di un'autorizzazione anche in ragione del fatto che il Comitato Tecnico Amministrativo è un mero organo consultivo che non effettua attività di gestione diretta.

Né assume rilievo la circostanza che non sia stata accolta la regolarizzazione dell'autorizzazione del Comune di San Felice Circeo che riguardava esclusivamente aspetti secondari del Progetto.

Del resto, il ricorrente Consorzio ha correttamente inserito nel sistema telematico tutti i pareri e le autorizzazioni già ottenute, nonché le richieste di pareri effettuate per tempo agli Enti competenti, in relazione alle quali non erano pervenute entro i termini di presentazione della domanda i relativi pareri, necessari solo in fase di esecuzione dei progetti una volta ottenuto il finanziamento.

Il progetto presentato dal Consorzio era integralmente e immediatamente realizzabile come già evidenziato da Codesto Ecc.mo Tar nella citata ordinanza.

Tra l'altro è senza dubbio censurabile l'irragionevole approccio formalistico dell'Autorità di gestione, la quale ha eccepito esclusivamente la carenza del parere del Comitato Tecnico Amministrativo e non ha tenuto conto né della circostanza, sottolineata in sede di osservazioni al preavviso di rigetto, dell'acquisizione posticipata per responsabilità non imputabili al Consorzio, né della presentazione dello stesso prima della conclusione del procedimento.

II.3. *Ma anche a voler prescindere da tali considerazioni, non si può fare a meno di censurare che l'interpretazione della lex specialis posta a fondamento del provvedimento di non ammissibilità della domanda è palesemente errata, poiché l'art. 5.2. del Bando, al punto A1., a differenza di quanto sostenuto dall'Autorità di gestione, si limita a prescrivere che il progetto proposto rispetti i requisiti richiesti dal nuovo Codice degli appalti per i progetti esecutivi.*

Al par. 5.2. del Bando di gara, rubricato Criteri di ammissibilità, si legge, per quanto d'interesse:

“I progetti presentati devono soddisfare i criteri di ammissibilità specificati nel PSRN approvato il 20 novembre 2015 e di seguito riportati:

Criteri di ammissibilità generali applicabili a tutte le operazioni (cfr. Allegato n.2a)

***A1.** Sono ammissibili a finanziamento esclusivamente progetti esecutivi, completi delle autorizzazioni necessarie e immediatamente realizzabili. A livello tecnico-normativo, l'esecutività individua la fase finale dello stato di attuazione del progetto e dell'iter autorizzativo e rappresenta, dunque, l'attività di progettazione esecutiva, come definita dal Codice degli appalti (d.lgs. 50/2016 e successive modifiche ed integrazioni)”.*

Evidentemente il secondo capoverso del punto A1 nel tentativo di chiarire la generica e indeterminata nozione di “progetti esecutivi, completi delle autorizzazioni necessarie e

immediatamente realizzabili” specifica che occorre far riferimento alla definizione di progettazione esecutiva contenuta nel d.lgs. n. 50/2016.

Orbene l’art. 23, comma 8, del nuovo Codice dei contratti pubblici (richiamato nell’art. 2, definizioni del bando al fine di chiarire il significato da attribuire nell’ambito della lex specialis alla nozione di progetto, di autorizzazioni necessarie e di immediata realizzabilità) nel definire la progettazione esecutiva si limita a chiarire: “il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita”.

Il precedente comma 7 della prefata disposizione prevede, invece: “il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, dal progetto di fattibilità; il progetto definitivo contiene, altresì, tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma, attraverso l'utilizzo, ove esistenti, dei prezzi predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, secondo quanto previsto al comma 16”.

Il Codice dei contratti pubblici, dunque, nel definire il progetto esecutivo non richiede che vi sia stato già il rilascio delle autorizzazioni, ma esclusivamente che il livello di progettazione sia tale da consentire il rilascio delle stesse.

È evidente, dunque, che la declaratoria di inammissibilità della domanda di sostegno è palesemente illegittima, poiché il bando di gara non prescriveva tra i requisiti di

ammissibilità la necessità di allegare al progetto tutte le autorizzazioni necessarie per la successiva esecuzione dello stesso, ma esclusivamente che il progetto avrebbe dovuto contenere tutti gli elementi per consentire immediatamente il rilascio delle autorizzazioni e l'avvio della realizzazione delle opere.

Elementi tutti contenuti nel progetto proposto dal ricorrente Consorzio che, tant'è vero, ha ottenuto tutte le necessarie autorizzazioni addirittura prima dell'effettivo avvio della valutazione dei progetti da parte della Commissione istruttoria.

Né appare possibile desumere l'obbligatorietà del predetto parere dal contenuto dell'allegato n. 5 al bando intitolato "Elenco dei documenti da allegare alla domanda di sostegno", nel quale, dopo la premessa che "i documenti di seguito indicati si considerano essenziali e pertanto, la mancata presentazione, comporta la non ammissibilità della domanda di aiuto".

Tale elenco, infatti, a differenza di quanto affermato nelle premesse al punto 8 relativo a Autorizzazioni, approvazioni, concessioni, nulla osta, comunque denominati e necessari alla realizzazione dell'opera non cita esclusivamente atti che in base alla lex specialis dovevano necessariamente essere allegati al progetto ai fini dell'ammissibilità della domanda.

A mero titolo esemplificativo tra i diversi atti indicati è prevista la concessione delle acque che per espressa previsione della lex specialis "può essere prodotta a pena d'inammissibilità del finanziamento entro 30 giorni dall'approvazione della graduatoria provvisoria e comunque non oltre l'approvazione della graduatoria definitiva".

Dall'espressa individuazione nell'elenco di cui all'Allegato 5 del Parere sul progetto del Comitato tecnico amministrativo, ovvero del Parere della Soprintendenza non è possibile evincere l'obbligatorietà dello stesso ai fini dell'ammissibilità della domanda di aiuto dal momento che, a differenza di quanto espressamente indicato nelle premesse, sono ivi inseriti anche atti non necessari.

Del resto, un'interpretazione rigida e tassativa dell'elenco in base alla quale tutti gli atti ivi indicati dovevano essere obbligatoriamente allegati ai fini dell'ammissione dei progetti è del tutto irragionevole, in quanto non tiene conto del fatto che ogni progetto necessita di autorizzazioni, approvazioni, concessioni o nulla osta differenti.

Ne consegue, dunque, che l'elenco aveva, comunque, una natura meramente esemplificativa e quindi non imponeva un contenuto predeterminato ai fini dell'ammissione della domanda di sostegno.

** * **

III. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEL BANDO RELATIVO ALLA MISURA 4.3 DEL PSRN 2014-2020 E DEI RELATIVI ALLEGATI / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI TASSATIVITÀ, PROPORZIONALITÀ, DEL FAVOR PARTECIPATIONIS E DELLA MASSIMA APERTURA CONCORRENZIALE / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 46, COMMA 1, DEL D.LGS. N. 50/2016 / ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, CARENZA DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI.

III.1. *Anche a voler per assurdo ritenere che il richiamato art. 5.2. punto A1 del Bando e l'allegato 5 possono essere interpretati anche nel senso restrittivo proposto dall'Autorità di gestione (secondo il quale sarebbe stato prescritto a pena d'inammissibilità della domanda la necessità di depositare con la domanda il parere del Comitato Tecnico Amministrativo), da quanto sopra esposto emerge con chiarezza che le indicazioni contenute nel bando circa la necessità della predetta allegazione e le conseguenze di un'eventuale omissione non erano né chiare, né esaustive (come pretestuosamente affermato, invece, dal Ministero nel provvedimento di rigetto).*

Il punto A1 dell'art. 5.2. del Bando richiamando le norme del Codice dei contratti pubblici relative al progetto esecutivo anche in relazione all'iter autorizzativo, oggettivamente, ha ingenerato per lo meno un dubbio circa la non necessità dell'allegazione di documentazione ulteriore rispetto a quella prescritta dall'art. 23 del d.lgs. n. 50/2016.

Allo stesso modo l'Allegato 5 nell'indicare sia documenti necessari ai fini dell'ammissione sia documenti che potevano essere presentati anche dopo la scadenza della presentazione della domanda ai soli fini dell'approvazione della graduatoria definitiva originava palesemente almeno un dubbio circa l'obbligatorietà dell'allegazione del Comitato Tecnico Amministrativo.

Tra l'altro le predette incertezze erano aggravate da due ulteriori elementi.

Da un lato la lex specialis con una scelta infelice utilizzava la medesima terminologia e le stesse espressioni sia per i requisiti necessari ai fini dell'ammissione, sia per la documentazione che doveva essere depositata dopo l'adozione della graduatoria provvisoria ai fini della approvazione dell'aggiudicazione definitiva (all'art. 4 si legge: "la titolarità della concessione di derivazione, come definita all'art. 2, deve essere posseduta e quindi dimostrata, a pena d'inammissibilità della domanda di sostegno entro 30 giorni dall'approvazione della graduatoria provvisoria e comunque non oltre l'approvazione della graduatoria definitiva").

Da un altro lato, nell'allegato 2a (denominato Note all'art. 5.2. "Criteri di ammissibilità") con il quale l'Autorità di gestione ha chiarito e spiegato i diversi criteri di ammissibilità nulla è indicato in relazione al predetto requisito di cui al punto A1.

Alla luce dei predetti dubbi e incertezze in merito alla corretta interpretazione della lex specialis relativamente ai documenti effettivamente necessari, l'Autorità di gestione ha errato a escludere la domanda di sostegno proposta dal Consorzio ricorrente, in quanto secondo il consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa deve essere sempre "preferita l'interpretazione che agevoli la più ampia partecipazione alla procedura, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (cfr. Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2015, nr. 58; id., sez. V, 17 luglio 2014, nr. 3777; id., 20 settembre 2012, nr. 5009)." (cfr. ex multis, Cons. St., IV, 14. 3.2016, n. 1015).

Del resto secondo i consolidati principi giurisprudenziali elaborati in materia di procedure di aggiudicazione di contratti pubblici, in una situazione di obiettiva incertezza, in presenza di una clausola ambigua, incerta o comunque non univoca, l'amministrazione deve sempre favorire la maggiore partecipazione.

Più in particolare, in ipotesi di clausole di dubbio significato deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara d'appalto piuttosto che quella che la ostacoli essendo esclusa, per la commissione di gara, la possibilità di ricavare ab implicito dei requisiti di partecipazione o delle cause di esclusione inespresse nella legge di gara (Cons. St., III, 25.2.2013, n. 1169).

III.2. *Non solo. Secondo la giurisprudenza più accorta nelle procedure comparative e concorrenziali, quali quella di specie, “a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e una tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara; ed infatti una siffatta lettura della problematica figura delle cc.dd. clausole ambigue si porrebbe evidentemente in contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione” (T.A.R. Lombardia, Mi, I, 24.1.2017, n. 169).*

Le clausole della lex specialis e gli allegati de quibus non consentono comunque di pervenire a un unico risultato ermeneutico, dovendosi al contrario ritenere che dalla lettura della stessa possa ricavarsi il risultato ermeneutico diretto ad attribuire alla allegazione del parere del Comitato Tecnico Amministrativo sia rilievo essenziale ai fini dell'ammissibilità, sia una rilevanza solo successiva al momento dell'approvazione della graduatoria provvisoria.

Il dubbio ermeneutico e, quindi, la pluralità di significati attribuibili alla forma espressiva deve essere risolto dunque nel senso che la previsione del bando di gara prevista a pena di esclusione deve ritenersi adeguatamente ottemperata con l'allegazione del progetto contenente tutti gli elementi richiesti dal codice dei contratti pubblici e con

il successivo deposito del parere in corso di procedura e comunque prima dell'approvazione definitiva della graduatoria.

III.3. *Del resto, quest'ultima interpretazione della clausola di gara appare assolutamente conforme alla ratio della previsione come anche esplicitata nei chiarimenti pubblicati dalla stessa Autorità di gestione.*

Lo scopo della previsione di cui al punto A1 dell'art. 5.2. dei criteri di ammissibilità come specificato nella medesima clausola è di assicurare l'immediata realizzabilità del progetto al fine di garantire l'effettivo utilizzo della contribuzione entro gli stringenti tempi determinati dalle istituzioni europee.

La risposta al quesito n. 31 pubblicata dall'Autorità di gestione è dirimente sul punto. L'amministrazione, rispondendo alla domanda relativa al significato d'immediata realizzabilità delle opere richiesta dalla condizione di ammissibilità A1, ha chiarito: "un'opera si intende immediatamente realizzabile se, successivamente al decreto di concessione del finanziamento, può essere avviata la procedura ad evidenza pubblica per la realizzazione delle opere senza necessità di ulteriori adempimenti progettuali e/o amministrativi".

L'esigenza posta a fondamento di siffatta previsione è, dunque, la necessità che la procedura di aggiudicazione del contratto pubblico relativo alla realizzazione dell'opera oggetto di finanziamento sia avviata immediatamente dopo la concessione del finanziamento senza necessità di ulteriori adempimenti progettuali o amministrativi.

In tale prospettiva del resto in relazione all'allegazione della concessione di derivazione è espressamente consentito il deposito in qualsiasi momento antecedente all'approvazione definitiva. Allo stesso modo al chiarimento 95 in relazione alla necessaria disponibilità delle aree l'Autorità di gestione ha ritenuto sufficiente una dichiarazione del proponente che le procedure di esproprio saranno avviate o che sono in corso.

È evidente, dunque, che la mancata allegazione del predetto parere risulta del tutto irrilevante ai fini de quibus, a condizione che lo stesso sia depositato, come è stato fatto nel caso di specie, prima della conclusione del procedimento di valutazione.

Del resto tale interpretazione è confermata anche dai quesiti nn. 124, 126 e 129 pubblicati dall'Autorità di gestione laddove dopo aver affermato, erroneamente (poiché, come già evidenziato, alcuni degli atti indicati nell'elenco per espressa previsione non dovevano essere allegati alla domanda), la necessità di presentare congiuntamente alla domanda tutti i documenti indicati nell'allegato 5, dichiara che "tale documentazione è necessaria a verificare l'immediata realizzabilità delle opere, richiesta dalla condizione di ammissibilità".

È di palmare evidenza, infatti, che al fine di garantire l'immediata realizzabilità delle opere è sufficiente che i pareri e le autorizzazioni siano presentati prima dell'approvazione definitiva come del resto previsto per la documentazione a comprova della concessione di derivazione dell'acqua.

In tale prospettiva appare evidente l'errore nel quale è altresì incorsa l'Autorità di gestione laddove ha affermato nel provvedimento impugnato che la mancata esclusione della domanda del Consorzio ricorrente avrebbe determinato una violazione della par condicio dei partecipanti.

Nel caso di specie, infatti, non si può rinvenire alcuna disparità di trattamento dei concorrenti dal momento che i) la domanda non è stata modificata in alcun elemento, il progetto presentato possedeva tutti gli elementi richiesti per la progettazione esecutiva, alla domanda originaria era stata già allegata la richiesta di parere ii) e, soprattutto, l'integrazione è stata comunque effettuata prima dell'approvazione definitiva della graduatoria, rispettando, dunque, il criterio essenziale dell'immediata realizzabilità delle opere.

Tra l'altro, nel caso di specie la richiesta di parere è stata formulata al Comitato Tecnico Amministrativo prima della scadenza del termine per la proposizione della domanda e la mancata allegazione è dipesa esclusivamente dai tempi per il rilascio del parere.

Analogamente anche l'ulteriore parere e l'autorizzazione il cui deposito non è stato accettato erano stati richiesti prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda e rilasciati dalle competenti autorità soltanto dopo tale data.

** * **

IV. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEL BANDO RELATIVO ALLA MISURA 4.3 DEL PSRN 2014-2020 E DEI RELATIVI ALLEGATI / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI D'IMPARZIALITÀ E BUON ANDAMENTO / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART.6, COMMA 1, LETT. B) DELLA L. N. 241/1990 / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ E DI TASSATIVITÀ / ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, ILLOGICITÀ E IRRAGIONEVOLEZZA.

IV. Il provvedimento di rigetto (non ammissione) della domanda è palesemente illegittimo nella parte in cui l'Autorità di Gestione ha ritenuto inapplicabile il soccorso istruttorio e inammissibile la produzione tardiva del Parere del Comitato Tecnico Amministrativo la cui omissione è stata contestata con il preavviso di rigetto e degli altri documenti.

IV.1 Innanzitutto è illegittimo, in quanto non tiene in alcuna considerazione neppure le stesse previsioni del bando pubblicato dalla medesima Autorità di gestione e, in particolare, l'art. 9 secondo il quale quest'ultima "si riserva[va] la facoltà di richiedere eventuale documentazione aggiuntiva necessaria per la fase di valutazione in base ai criteri individuati dal presente bando al fine di definire la graduatoria provvisoria".

In tale prospettiva, è errata la considerazione, contenuta nel provvedimento impugnato, secondo la quale all'Autorità di Gestione sarebbe stato precluso chiedere un'integrazione documentale ed è totalmente illogica la scelta della stessa Autorità di

non richiedere la documentazione aggiuntiva necessaria nel caso di specie, laddove i pareri e l'autorizzazione mancanti non avrebbero determinato alcuna modifica della domanda presentata, ma avrebbero soltanto dimostrato le opere proposte erano immediatamente realizzabili.

IV.2. *Ma vi è di più. Il provvedimento è altresì illegittimo nella parte in cui l'Autorità di Gestione ha ritenuto non applicabile il principio del soccorso istruttorio e segnatamente l'art. 6, comma 1, lett. b) della L. n. 241/1990 sull'errata motivazione "che non costitui[rebbe] un obbligo assoluto e incondizionato per l'amministrazione dovendosi comunque rispettare alcuni limiti quali quello della par condicio ed il c.d. limite degli elementi essenziali".*

Innanzitutto, per onore di verità non si può sottacere che il precedente giurisprudenziale richiamato nel provvedimento è irriferibile al caso di specie dal momento che riguardava la procedura di aggiudicazione di 131 sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio nella Regione Toscana e non la concessione di finanziamenti pubblici.

Inoltre, la sentenza del Consiglio di Stato citata nel provvedimento (III, 26.2.2016, n. 796) concerneva l'omessa compilazione di un modulo informativo predisposto dall'amministrazione e non riguardava, invece, come nel caso di specie la mancata allegazione di pareri non rilasciati all'offerente in tempo dalle amministrazioni e, tra l'altro, inutili ai fini della valutazione del progetto ma necessario esclusivamente ai fini della verifica dell'immediata realizzabilità delle opere.

Pertanto, il precedente citato nel provvedimento di esclusione conferma l'illegittimità dell'interpretazione dell'Autorità di gestione, confermando l'applicabilità al caso di specie del principio del soccorso istruttorio.

Si legge infatti nella predetta sentenza:

i) "secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 9 del 25.2.2014, il soccorso istruttorio, previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b), della l. 241/1990, nell'ambito del procedimento amministrativo e, più in particolare, con riferimento alle procedure

comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti, non può essere invocato, quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui si configurino in capo al singolo partecipante, come nel caso di specie, obblighi di correttezza – specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità – rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti (cfr., ex plurimis, Cons. St., Ad. Plen., 3.3.2011, n. 3, e, successivamente, Cons. St., sez. V, 21.6.2013, n. 3408; Cons. St., sez. V, 15.11.2012, n. 5772 nonché Cons. St., sez. IV, 27.10.2010, n. 8291)”;

ii) “soprattutto, ha chiarito ancora l'Adunanza Plenaria nella citata sentenza n. 9 del 2014, il divieto del formalismo, pur apprezzabilmente perseguito dal T.A.R. nella sentenza qui impugnata, incontra il limite derivante dalla particolare importanza che assume l'esigenza di speditezza e, dunque, di efficienza, efficacia ed economicità, dell'azione amministrativa.

5.7. In questi casi – e tale è questo, concernente l'assegnazione delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione in Toscana ai sensi dell'art. 11 della l. 27/2012 – l'imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura può essere funzionalmente correlata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell'interesse pubblico primario, affidato dall'ordinamento alla cura dell'Amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti (pubblici o privati che siano), sicché in tale prospettiva, come ha precisato a chiare lettere l'Adunanza Plenaria nella stessa sentenza n. 9 del 2014, «la compilazione di moduli o la produzione di fotocopie di validi documenti (di identità, ma non solo) di per sé non si configurano come adempimenti abnormi o eccessivi; dunque le clausole della legge di gara che li prevedono non sono ex se illegittime)”.

Orbene nel caso di specie non si rinviene nessuno dei limiti prescritti all'utilizzo del soccorso istruttorio:

i) non vi era alcun difetto informativo, poiché l'omissione contestata avrebbe potuto tutt'al più rilevare ai fini della valutazione dell'immediata realizzabilità dell'opera da effettuare dopo l'aggiudicazione provvisoria e soprattutto perché la carenza dipendeva esclusivamente dal mancato rilascio entro la data di presentazione della domanda da parte delle autorità competenti;

ii) l'omissione contestata non si scontrava con alcuna esigenza di speditezza, efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa dal momento che, come già ampiamente rappresentato, i predetti pareri assumevano rilievo soltanto in relazione all'esigenza d'immediata realizzabilità dell'opera che doveva essere valutata in seguito all'aggiudicazione provvisoria.

È evidente, dunque, l'errore nel quale è incorsa l'Autorità di gestione.

IV.3. *Non solo. L'art. 6 della L. n. 241/1990 prevede che l'incompletezza della documentazione, lungi dal consentire l'adozione di un provvedimento di esclusione, costituisce, piuttosto, il presupposto per l'esercizio del dovere di soccorso istruttorio, il quale impone all'amministrazione di richiedere all'interessato "la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete", ma eventualmente anche di "ordinare esibizioni documentali".*

La giurisprudenza, al riguardo, ha più volte affermato che "il "potere di soccorso" costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che, nel particolare settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme" "in quanto espressione del principio del giusto procedimento amministrativo, sancito dall'art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241" (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 25. 2.2014, n. 9).

Orbene, nella specie, la richiesta di chiarimenti non era affatto preclusa, trattandosi non di colmare originarie carenze documentali, ma più semplicemente di acquisire specificazioni in ordine a documenti ritualmente e tempestivamente prodotti unitamente alla domanda di partecipazione alla procedura di valutazione.

La doverosa attivazione del meccanismo del cd. soccorso istruttorio avrebbe consentito alla ricorrente di completare la dichiarazione in ordine alla conformità urbanistica dell'immobile e di chiarire che all'approvazione del piano di lottizzazione convenzionata era seguita la realizzazione dell'impianto produttivo secondo la relativa disciplina urbanistica.

D'altra parte, nemmeno l'Allegato citato nel provvedimento impugnato costituiva ostacolo alla suddetta richiesta di chiarimenti e/o integrazione.

Ed invero, la clausola contenuta nel punto 8 dell'allegato 5, va intesa alla luce della disciplina del "soccorso istruttorio" operante nei procedimenti di tipo selettivo e sopra delineata, ovvero nel senso di inibire le integrazioni documentali, senza precludere all'amministrazione di richiedere alla parte di fornire chiarimenti o di completare dichiarazioni o documenti già presentati.

Non trattandosi nel caso di specie di "elementi essenziali", come erroneamente paventato dal Ministero nel provvedimento impugnato.

Né può ritenersi che disponendo l'integrazione documentale l'Amministrazione avrebbe violato la par condicio.

È, infatti, indubbio che il principio di par condicio risulterebbe violato, se le opportunità di regolarizzazione, chiarimento o integrazione documentale si traducesse in occasione di aggiustamento postumo di irregolarità gravi e non sanabili.

Nel caso di specie, l'irregolarità che ha portato alla contestata declaratoria di inammissibilità non era assolutamente grave o non sanabile, considerato che il Consorzio ricorrente ha prodotto comunque tutti i documenti già in suo possesso (Parere dell'Autorità di Bacino del Fiume Tevere relativo al rispetto delle misure di

salvaguardia: richiesto parere con nota prot. 7237 del 14/06/2017, ed ottenuto parere favorevole con nota del 21/06/2017 al prot. 3084; Parere del Comune di Latina relativo alle opere di attraversamento della sede stradale previste dagli interventi in progetto: richiesto parere con nota del 22/06/2017 prot. 7578 ed ottenuto parere favorevole con nota del 12/07/2017 al prot. 94291; Parere del Consorzio per lo Sviluppo Industriale Roma – Latina per il “Nulla-Osta” ai sensi delle N.T.A. del P.R.T., al Progetto di Completamento per il riutilizzo di acque reflue: richiesto parere con nota del 20/06/2017 prot. 7456, ed ottenuto Nulla-Osta con nota del 9/08/2017 prot. n. 4164), nonché le domande presentate agli enti gestori, che avrebbe potuto essere soddisfatta facilmente in sede di integrazione documentale.

Quando sono giunti anche gli altri pareri il Consorzio ha completato la documentazione presentando:

- Parere sul progetto del Comitato Tecnico Amministrativo presso il Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna ottenuto con nota prot. 10800 del 12/10/2017. Il progetto è stato valutato nell'adunanza del suddetto Provveditorato il giorno 13/09/2017 e trasmesso addirittura un mese dopo.*
- Parere della Soprintendenza BB.AA.SS., verifica preventiva dell'interesse archeologico ottenuto con nota prot. 10480 del 7/09/2017 ed acquisito dal Consorzio con nota prot. 9707 del 08/09/2017.*
- Parere del Comune di San Felice Circeo per il Nulla-Osta al Vincolo Idrogeologico ottenuto con nota prot. 24709 del 10/11/2017.*

IV.4. *Ma vi è di più. Anche a voler considerare la predetta integrazione alla stregua della presentazione di un documento nuovo, infatti, in base ai consolidati principi della giustizia amministrativa e di Codesto Ecc.mo Tar “nelle procedure concorsuali per l'assegnazione di contributi pubblici il dovere di soccorso di cui al richiamato articolo 6, in particolare, non è assoluto e incondizionato, ma postula che la richiesta di*

regolarizzazione delle dichiarazioni e della documentazione mancante incontri i seguenti limiti applicativi: rispetto della par condicio dei partecipanti alla procedura, limite degli elementi essenziali, equivocità della clausola del bando relativa alla dichiarazione o alla documentazione da integrare o chiarire (T.A.R. Toscana - Firenze, sez. II, 13.5.2013, n. 788; T.A.R. Veneto, sez. I, 9 febbraio 2011, n. 220)” (Tar Lazio n. 9540/2015, cit.).

Secondo il predetto orientamento nell’ambito delle procedure volte alla concessione di finanziamenti pubblici, dunque, la regolarizzazione delle dichiarazioni e della documentazione mancante è subordinata a tre condizioni:

- iv) rispetto della par condicio dei concorrenti;*
- v) non deve riguardare elementi essenziali della domanda;*
- vi) equivocità della clausola.*

Orbene come ampiamente dimostrato supra, nel caso di specie, sussistono tutti e tre le predette condizioni, trattandosi di meri pareri rilasciati da autorità pubbliche che non hanno apportato alcuna modifica alla domanda presentata, la cui necessità ai fini dell’ammissione era assolutamente dubbia.

Del resto secondo gli univoci indirizzi dei Giudici Amministrativi “a fronte dell’incertezza interpretativa di una clausola della lex specialis di gara di appalto, giammai la stazione appaltante può sic et simpliciter disporre l’ esclusione per la mancata o incompleta presentazione della richiamata documentazione, dovendo piuttosto esercitare i poteri di richiesta di integrazione e chiarimenti che non determinano alcuna violazione del principio della par condicio dei concorrenti nella sua effettiva e reale portata sostanziale, dal momento che operano in relazione a situazioni di mera e non imputabile irregolarità a carattere puramente formale, connesse all’imprecisa formulazione della lex specialis” (T.A.R. Sicilia, Ct, III, 23.4.2012, n. 1089).

È evidente, dunque, che l’Autorità di gestione ha palesemente errato nel non consentire la regolarizzazione della domanda di sostegno.

* * *

V. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI D'IMPARZIALITÀ E BUON ANDAMENTO / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART.6, COMMA 1, LETT. B) DELLA L. N. 241/1990 / VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ E DI TASSATIVITÀ / ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, ILLOGICITÀ E IRRAGIONEVOLEZZA.

V.1 Le clausole della lex specialis (e, in particolare, il punto A1 dell'art. 5.2. del Bando e il punto 8 dell'Allegato 5 del bando di gara, nonché i già richiamati chiarimenti pubblicati dall'Autorità di Gestione), in base al consolidato indirizzo di Codesto Ecc.mo Tar, se devono essere interpretate nel senso che la mancata allegazione alla domanda del parere del Comitato Tecnico Amministrativo e di ulteriori autorizzazioni o nulla osta determinano la non ammissibilità della domanda e precludendo l'esercizio del soccorso istruttorio, sono altresì illegittime per violazione dell'art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 241/1990 e del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

In base all'orientamento giurisprudenziale richiamato, infatti, "nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il cd. potere di soccorso sancito dall'articolo 6, comma 1, lett. b), della legge 7 agosto 1990, n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione, con la conseguenza che deve ritenersi illegittima - proprio per violazione del predetto articolo 6, comma 1, lett. b), nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale (Cons. Stato Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9)" (Tar Lazio, RM, III bis, 16.7.2015, n. 9540).

Orbene nel caso di specie la necessità dell'immediata allegazione del parere del Comitato Tecnico Amministrativo e, a dire il vero, anche degli altri pareri, autorizzazioni

e nulla osta, ai fini dell'ammissibilità della domanda di sostegno non è prevista né dalla normativa europea di riferimento (Regolamenti n. 1303/2013/UE, 1305/2013/UE, 1306/2013/UE, 807/2014/UE, 808/2014/UE, 809/2014/UE), né dalla normativa nazionale.

Tra l'altro è di immediata percezione l'illogicità e la sproporzione della misura che al fine di garantire l'immediata realizzabilità delle opere e delle procedure di aggiudicazione al momento della concessione del finanziamento anticipa la necessità delle autorizzazioni e dei pareri al momento della presentazione della domanda, quando il medesimo risultato potrebbe essere evidentemente ottenuto prescrivendo la necessità di presentare i predetti pareri e autorizzazioni al momento della comunicazione della graduatoria provvisoria, prima dell'approvazione della graduatoria definitiva.

Secondo l'univoco orientamento della giustizia amministrativa il principio di proporzionalità impone che ogni atto della pubblica amministrazione, specialmente se sfavorevole al destinatario, debba essere allo stesso tempo necessario e commisurato al raggiungimento dello scopo prefissato dalla legge. Conseguentemente, ogniqualvolta sia possibile operare una scelta tra più mezzi alternativi, tutti ugualmente idonei al perseguimento dello scopo, andrebbe sempre preferito quello che determini un minor sacrificio per il destinatario, nel rispetto del giusto equilibrio tra vari interessi coinvolti nella fattispecie concreta.

È evidente che nel caso di specie l'Autorità di Gestione, in palese violazione del principio di proporzionalità, tra le diverse misure alternative idonee a perseguire l'immediata realizzabilità dell'opera ha introdotto la misura più restrittiva e lesiva della sfera giuridico patrimoniale.

Tra l'altro la scelta dell'Autorità di Gestione appare ancor più contraddittoria, illogica e sproporzionata se si considera che ha imposto l'immediata allegazione dei predetti pareri e autorizzazioni nonostante fosse a conoscenza, da un lato, dei tempi estremamente lunghi necessari per valutare le domande presentare e da un altro lato che le autorità

competenti ad adottare i predetti atti e pareri necessitavano di tempi estremamente lunghi per l'adozione degli stessi.

V.2. Ma vi è di più. Le previsioni de quibus, per come interpretate dall'Autorità di gestione sono altresì illegittime perché non tengono in alcuna considerazione dei ridotti termini concessi per presentare le domande di sostegno in seguito alla modifica dei criteri di ammissibilità e di selezione degli interventi effettuati con il Decreto n. 18813 del 28.6.2017 determinata dall'aggiornamento delle informazioni relative allo stato dei corpi idrici ed alle pressioni su di esse esercitate.

Con il predetto Decreto infatti la data di scadenza per la presentazione delle domande di sostegno è stata posticipata di due soli mesi, concedendo un termine estremamente esiguo agli interessati per modificare i progetti e ottenere i relativi pareri.

In tale prospettiva è evidente che l'interpretazione restrittiva delle richiamate clausole è assolutamente illogica e sproporzionata.

Come ampiamente contestato nel ricorso introduttivo, al quale ci si riporta integralmente, il bando per l'esecutività del progetto fa un generico riferimento alla definizione di progettazione esecutiva contenuta nel d.lgs. n. 50/2016.

Orbene l'art. 23, comma 8, del nuovo Codice dei contratti pubblici (richiamato nell'art. 2, definizioni del bando al fine di chiarire il significato da attribuire nell'ambito della lex specialis alla nozione di progetto, di autorizzazioni necessarie e di immediata realizzabilità) nel definire la progettazione esecutiva si limita a chiarire: "il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita".

Il precedente comma 7 della prefata disposizione prevede, invece: “il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, dal progetto di fattibilità; il progetto definitivo contiene, altresì, tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma, attraverso l'utilizzo, ove esistenti, dei prezzi predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, secondo quanto previsto al comma 16”.

*Il Codice dei contratti pubblici, dunque, nel definire il progetto esecutivo non richiede **che vi sia stato già il rilascio delle autorizzazioni, ma esclusivamente che il livello di progettazione sia tale da consentire il rilascio delle stesse.***

*È evidente, dunque, che la declaratoria di inammissibilità della domanda di sostegno è palesemente illegittima poiché per l'esecutività del progetto, come già detto, il progetto conteneva **già al momento della presentazione della domanda** tutti gli elementi per consentire immediatamente il rilascio delle autorizzazioni e l'avvio della realizzazione delle opere.*

Inoltre, come ampiamente esposto nelle osservazioni presentate dal Consorzio a seguito del preavviso di rigetto, la valutazione del progetto da parte del CTA è stata positiva, a nulla rilevando la circostanza che il Provveditorato interregionale per le OO.PP del Lazio Abruzzo e Sardegna, come da sua prassi, ha ritenuto tutti i progetti sottoposti alla sua valutazione come definitivi, poiché è una valutazione posta in essere da un soggetto terzo, che non ha alcun rilievo o incidenza sulla domanda presentata.

Infatti, il RUP una volta adeguato ed integrato il progetto secondo le prescrizioni del CTA, lo ha fatto validare da una società esterna, in modo che fosse immediatamente cantierabile (rectius: realizzabile).

A tale riguardo si deve sottolineare l'evidente disparità di trattamento posta in essere dal Ministero, che non ha ritenuto tale qualificazione, contenuta nel parere del CTA, rilevante ai fini dell'ammissione di altri progetti, assumendola invece a presupposto del rigetto della sola domanda del Consorzio.

*Infatti, per quanto riguarda le domande al PSRN formulate dai Consorzi di Conca di Sora, Maremma Etrusca, Reatina, Val di Paglia e Valle del Liri, pur avendo ricevuto un parere positivo dal CTA, **con qualificazione a definitivo e con prescrizioni**, che saranno certamente state recepite dai rispettivi RUP nei singoli progetti, comunque sono stati ammessi al fondo.*

Alla luce di quanto prospettato, anche nell'ambito del ricorso introduttivo, l'Autorità di Gestione illegittimamente non ha ritenuto il progetto presentato dal Consorzio immediatamente realizzabile e conseguentemente ha ritenuto che non sussistesse il criterio di ammissibilità previsto dal Bando, quando è stato dimostrato che il progetto conteneva tutti gli elementi per la sua realizzazione.

P.Q.M.

SI CONCLUDE

per l'accoglimento del ricorso, degli atti di motivi aggiunti, con ogni conseguenza di legge anche in ordine alle spese del giudizio.

Roma, 5 dicembre 2018

(firmato digitalmente)

Avv. Paolo Clarizia

Avv. Maria Ida Leonardo