

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

ON. TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

Sede di Roma

Ricorso 7872/2022

Motivi aggiunti

con domanda cautelare collegiale

Per il **COMUNE DI LANCIANO**, (C.F. e P.IVA 00091240697) con sede in Lanciano, P.zza Plebiscito 60, in persona del Sindaco p.t. avv. Filippo Paolini, rappresentato e difeso congiuntamente e disgiuntamente dagli avv.ti Antonella F. Fantini (fax 0872 717573 – C.F. FNTNNL74T60B985N – fantini@pec.lanciano.eu), Emanuele Laudadio (C.F.: LDD MNL 71P21 E435F – pec laudadio@pec.lanciano.eu) e Marcella Marino (C.F.: MRN MCL 70H59 E435Q – pec: marinom@pec.lanciano.eu), Funzionari Avvocati dell'UOA Avvocatura del Comunale di Lanciano, fax n. 0872 717573, in virtù di mandato rilasciato su separato, elett.te domiciliato nel domicilio digitale, ai sensi dell' art. 25 c.p.a., dell'avv. Antonella Filomena Fantini: fantini@pec.lanciano.eu.

Gli avvocati Antonella F. Fantini (fax 0872 717573 – C.F. FNTNNL74T60B985N – fantini@pec.lanciano.eu), dichiarano, ai sensi e per gli effetti dell'art. 136 c.p.a., di voler ricevere tutti gli avvisi e le comunicazioni, al numero di fax indicato 0872 717573 e all'indirizzo di posta elettronica certificata

-ricorrente-

CONTRO :

MINISTERO DELLA CULTURA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12

-resistente –

Nonché

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

COMUNE DI BOVINO (FG) (00139430714) in persona del Sindaco p.t., piazza del Municipio 12/13

-controinteressato-

**Al ricorso promosso per l'annullamento,
previa l'adozione di idonea misura cautelare,**

a) del provvedimento di esclusione dalla selezione mediante Avviso Pubblico per la presentazione di Proposte di intervento per il restauro e la valorizzazione di parchi e giardini storici da finanziare nell'ambito del PNRR, Missione 1 – Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura, Component 3 – Cultura 4.0 (M!C£), Misura 2 “Rigenerazione dei piccoli siti culturali, patrimonio culturale, religioso e rurale” Investimento 2.3: Programmi per valorizzare l'identità dei luoghi: parchi e giardini storici” finanziato dall'unione Europea – Next Generation EU, per inammissibilità formale della domanda ai sensi dell'art. 9 del medesimo Avviso, notificato il 7.4.2022 (doc.ti 1-2).

b) di ogni altro atto prodromico, consequenziale e comunque connesso o interdipendente, in particolare del provvedimento del 2.5.2022 (doc. 3) contenente rigetto della formulata istanza di (riesame e) soccorso istruttorio (doc. 4);

nonché

per la declaratoria di nullità della lettera a) del comma 10 dell'art. 3 dell'Avviso, nonché dell'art. 9 dell'Avviso sopra richiamato,

ed in ogni caso

per la condanna dell'Amministrazione a riammettere definitivamente la ricorrente nella valutazione di merito da parte dell'apposita Commissione istituita dal Ministero della Cultura.

Con espressa riserva di richiedere il risarcimento del danno ingiusto spettante alla ricorrente.

Motivi aggiunti per **per l'annullamento,
previa l'adozione di idonea misura cautelare**

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

c) Decreto SG n. 504 21/06/2022 Approvazione della graduatoria di merito complessiva delle proposte ammesse a valutazione di cui all'Avviso pubblico del 30 dicembre 2021 a valere sul PNRR, Missione 1 – Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura, Component 3 – Cultura 4.0 (M1C3), Misura 2 “Rigenerazione di piccoli siti culturali, patrimonio culturale, religioso e rurale”, Investimento 2.3: “Programmi per valorizzare l'identità dei luoghi: parchi e giardini storici” del PNRR finanziato dall'Unione europea – NextGenerationEU e relativi allegati , allegato A) graduatoria, allegato B2) sud e allegato B1) centro nord (doc. 5)

Premesso in fatto

Con Avviso a firma del Segretario Generale del Ministero della Cultura, pubblicato sul sito web del Ministero 30.12.2021, si richiedeva la presentazione di proposte di intervento per il finanziamento di progetti di restauro, manutenzione straordinaria, conservazione, messa in sicurezza e valorizzazione di parchi e giardini di interesse culturale (artistico, storico, botanico, paesaggistico) tutelati ai sensi del D.Lgs. n. 42/2004 con provvedimento espresso emesso anche ai sensi della precedente legislazione (Legge 364/1909; Legge 778/1922; Legge 1089/1939; D.Lgs. 490/1999).

All'art. 3 dell'Avviso, rubricato “*Soggetti Attuatori*” si prevede “*Possono presentare domanda di finanziamento i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo - pubblici o privati - di parchi e giardini di interesse culturale di cui all'art. 1, comma 2 del presente Avviso pubblico. Nel caso di domanda di finanziamento presentata da possessori o detentori deve essere prodotta apposita dichiarazione attestante l'autorizzazione del proprietario all'esecuzione dell'intervento oggetto di domanda di finanziamento.*”

2. *Possono presentare domanda di finanziamento anche i gestori – pubblici o privati - di beni di proprietà pubblica, producendo apposita dichiarazione*

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

attestante l'autorizzazione del proprietario all'esecuzione dell'intervento oggetto di domanda di finanziamento.

3. I soggetti di cui ai commi 1 e 2 assumono il ruolo di Soggetto Proponente/Attuatore; nel caso siano presenti più soggetti aventi titolo, uno solo di essi assume il ruolo di Soggetto Proponente/Attuatore, ai fini della presentazione della domanda di finanziamento di cui al presente Avviso.

4. La titolarità sul bene o l'atto di affidamento in gestione ovvero l'atto di comodato e/o locazione deve essere antecedente al 31.12.2020.

5. Le proposte di intervento potranno riguardare beni situati sull'intero territorio italiano.

6. Ai fini dell'ammissibilità saranno ritenuti validi sia i provvedimenti di tutela diretta sul giardino, sia quelli sull'immobile del quale il giardino è pertinenza, purché risulti evidente la sua rilevanza sotto il profilo storico-artistico. Nel caso di beni di cui all'art. 10 comma 1 del D.Lgs. n. 42/2004 non saranno presi in considerazione quelli tutelati ope legis o con procedimento di verifica dell'interesse culturale ai sensi dell'art. 12 del sopracitato decreto legislativo ancora non concluso. [...]

10. In sede di presentazione della domanda di finanziamento il Proponente deve altresì allegare, sempre a pena di esclusione:

a. domanda di finanziamento, generata automaticamente dall'Applicativo di cui al successivo articolo 8, sottoscritta digitalmente dal Legale Rappresentante del Soggetto Proponente o da persona fisica nel caso in cui il Soggetto Proponente sia costituito da una persona fisica;

b. relazione descrittiva dell'intervento per il quale si richiede il finanziamento in conformità e rispondenza al format di cui all'Allegato A, sottoscritta digitalmente e contenente gli elementi utili per la relativa valutazione di merito, comprensiva del piano di gestione, del quadro tecnico economico (QTE), del cronoprogramma di spesa e del cronoprogramma attuativo procedurale da cui si evinca che le procedure previste per l'avvio e la realizzazione dell'intervento sono coerenti con

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

le tempistiche di impegno e attuazione di cui alla lett. k) del precedente punto 9 previste dal Ministero della Cultura per il raggiungimento dei target e milestone dell'intervento 2.3 del PNRR-MIC3;

c. copia leggibile del documento di riconoscimento del firmatario della domanda di finanziamento;

d. documento che attesti la presenza del vincolo di cui alla normativa richiamata nel precedente articolo 1, comma 2;

e. delibera/atto o provvedimento dell'organo competente del Soggetto Proponente di approvazione della domanda di finanziamento dell'intervento e della relativa candidatura; in caso il Soggetto Proponente sia una persona fisica: codice fiscale del Soggetto Proponente”.

Il Comune di Lanciano ha partecipato con domanda prot. 2131477/2022 presentata l'11.3.2022 (doc. 6), la quale veniva esclusa ai sensi dell'art. 9 co. 2 del predetto avviso con provvedimento notificato il 7.4.2022 per le seguenti motivazioni “non è stata caricata la domanda di finanziamento di cui all'art. 3 co.10 lett. a), nella specie in luogo della domanda è stato caricato l'avviso; i documenti di cui all'art. 3 comma 10 lett. b) e d) risultano firmati digitalmente da un soggetto diverso da quello indicato quale legale rappresentante”.

Con nota del 27 aprile 2022 si richiedeva attivazione del soccorso istruttorio da parte del Rup, rendendosi disponibili all'immediata trasmissione dei documenti omessi o da regolarizzare nell'assegnando termine.

Con nota del 2.5.2022 il RUP disattendeva l'istanza di attivazione del soccorso istruttorio, ritenendo che lo stesso si sarebbe tradotto in una violazione della par condicio, e che dovesse prevalere il principio di auto responsabilità del partecipante, motivava così la propria decisione “ai sensi dell'art. della L. 241/1990, la generale possibilità di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta non è un obbligo assoluto e

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

incondizionato, dovendo in taluni casi essere rispettati alcuni limiti, quali quelli della par condicio (che ne esclude l'utilizzazione suppletiva in caso di inosservanza di adempimenti procedurali significativi) e il c.d. limite degli elementi essenziali (nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda, né tradursi in occasione di aggiustamento postumo, cioè in un espediente per eludere le conseguenze associate dalla legge o dal bando o per ovviare alle irregolarità non sanabili conseguenti alla negligente inosservanza di prescrizioni tassative imposte a tutti i concorrenti". Confermava, pertanto, la disposta esclusione.

In data 21 giugno 2022 veniva pubblicato Decreto SG n. 504 21/06/2022 con il quale si procedeva all'approvazione della graduatoria di merito complessiva delle proposte ammesse a valutazione di cui all'Avviso pubblico del 30 dicembre 2021 a valere sul PNRR, Missione 1 – Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura, Component 3 – Cultura 4.0 (M1C3), Misura 2 “Rigenerazione di piccoli siti culturali, patrimonio culturale, religioso e rurale”, Investimento 2.3: “Programmi per valorizzare l'identità dei luoghi: parchi e giardini storici” del PNRR finanziato dall'Unione europea – NextGenerationEU con relativi allegati, allegato A) graduatoria, allegato B2) sud e allegato B1) centro nord.

Pertanto all'udienza del 4 agosto 2022, previa rinuncia alla richiesta domanda cautelare, si preannunciavano motivi aggiunti per l'impugnazione della graduatoria definitiva anche nei confronti dei controinteressati.

L'esclusione disposta nei confronti della ricorrente e le ragioni assunte all'uopo dall'Amministrazione procedente appaiono illegittime ed ingiustamente lesive delle aspettative e delle prerogative facenti capo alla stessa, inficiando conseguentemente anche l'atto conclusivo dell'iter procedimentale, che qui si impugna con appositi motivi aggiunti per i seguenti motivi in

DIRITTO

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

1.Nullità degli artt. 3 co. 10, 8 e 9 dell'Avviso per violazione dell'art. 83, commi 8 e 9, del d.lgs. n. 50/2016 e del principio di tassatività delle cause di esclusione. Violazione del principio della *par condicio* e del *favor participationis*. Violazione dei principi di affidamento, buona fede e di non discriminazione. Eccesso di potere per difetto e/o carenza di motivazione, difetto e/o carenza di istruttoria, travisamento dei fatti, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta.

Il provvedimento di esclusione assunto ai danni della ricorrente è suscettibile di caducazione poiché assunto sulla base di clausole di esclusione nulle per violazione del principio di tassatività.

L'art. 8 dell'avviso rubricato "**Termini e modalità di presentazione della domanda prevede** *"1. La domanda di finanziamento, firmata digitalmente dal Soggetto Proponente, completa della proposta, dei documenti e dichiarazioni di cui al precedente articolo 3, deve essere presentata, entro il termine indicato al successivo punto 4, utilizzando esclusivamente l'applicazione informatica predisposta da Cassa depositi e prestiti S.p.A. e accessibile all'indirizzo www.beniculturali.it a partire dal giorno 30.12.2021.*

2. I proponenti che intendono presentare la domanda di finanziamento devono essere obbligatoriamente in possesso di una casella di posta elettronica certificata e devono preventivamente accedere a una procedura di autenticazione accessibile dall'Applicativo che prevede il rilascio di credenziali di accredito. Ulteriori indicazioni sulle modalità di accesso sono descritte in un documento pubblicato nella pagina dedicata del sito istituzionale del Ministero della Cultura.

3. Al termine delle attività di compilazione e di presentazione della domanda di finanziamento per via telematica, l'Applicativo genererà in automatico una ricevuta a conferma dell'avvenuta acquisizione della domanda la cui copia sarà contestualmente trasmessa agli indirizzi PEC del Ministero della Cultura e del Soggetto Proponente.

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

4. *Le attività di compilazione e di presentazione telematica delle domande di finanziamento dovranno essere completate, a pena di esclusione, entro le ore 13:59 del giorno 15 marzo 2022.*

5. *Per ogni domanda di finanziamento identificata dal relativo CUP, l'Applicativo consentirà di modificare, anche più volte, ma solo entro il termine di cui al precedente punto 4, i dati già inseriti e di presentare più volte la domanda di finanziamento, i documenti e le dichiarazioni allegate; ricorrendo detta ipotesi, sarà valutata esclusivamente la domanda e i relativi allegati presentati per ultimi in ordine temporale, fermo restando quanto previsto al precedente art. 3, comma 7, circa il numero massimo di domande di finanziamento afferenti a diversi CUP che possono essere presentate dal Soggetto Proponente. La data e l'ora di presentazione telematica della domanda di finanziamento e dei relativi allegati sono attestate dall'Applicativo. Allo scadere del termine indicato al precedente punto 4, l'Applicativo non permetterà più alcun accesso per la compilazione e la presentazione delle domande di finanziamento e dei relativi allegati.*

6. *Per le procedure di accredito e di autenticazione di cui al punto 2 del presente articolo attivate dal Soggetto Proponente oltre il decimo giorno antecedente il termine di cui al precedente punto 4, non è garantita la soluzione di eventuali problematiche tecniche relative all'accredito, ritenendosi per l'effetto esclusa qualsiasi responsabilità del Ministero della Cultura e di Cassa depositi e prestiti S.p.A.*

7. *Non è ammessa altra forma di compilazione e di presentazione della domanda di finanziamento, né della Proposta descrittiva e dei relativi documenti e dichiarazioni di cui al precedente articolo 4, differente da quella indicata nel presente articolo.*

8. *Tutti i documenti e le dichiarazioni necessari ai fini della presentazione della domanda di finanziamento, ivi compresa la stessa domanda di finanziamento e la relativa proposta, devono essere caricati sull'Applicativo muniti di firma digitale*

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

del proponente sottoscrittore della domanda di finanziamento. In ogni caso, tutta la documentazione da firmare digitalmente dovrà essere redatta nel formato PDF.

9. La trasmissione della domanda di finanziamento può avvenire unitamente alla proposta, ai documenti e alle dichiarazioni di cui al precedente articolo 3, previo caricamento degli stessi sull'Applicativo, esclusivamente seguendo le indicazioni ivi riportate e tenendo conto che la dimensione di ciascun allegato non può eccedere il limite di 50 MB e cumulativamente il limite di 70 MB.

10. Le domande di finanziamento non complete e/o non sottoscritte, ovvero recanti in allegato una proposta, documenti o dichiarazioni non completi e/o non sottoscritti, ovvero carenti della proposta, dei documenti o delle dichiarazioni di cui al precedente articolo 3 e, comunque, non corrispondenti a quanto previsto e richiesto a pena di esclusione dal presente Avviso, saranno considerate non validamente presentate e saranno pertanto escluse a termini del precedente articolo 3.”

Il successivo art. Art. 9 rubricato “Verifica di ammissibilità delle domande” prevede “1. Le domande di finanziamento pervenute nei termini e con le modalità di cui al precedente articolo 8 saranno soggette a verifica di ammissibilità formale da parte del Ministero della Cultura, con il supporto di una Segreteria tecnica appositamente costituita avuto riguardo della relativa conformità alle disposizioni di cui al precedente articolo 3, nonché della presenza di tutti i documenti e le dichiarazioni richieste dal presente Avviso.

2. Le domande di finanziamento non pervenute nei termini e con le modalità di cui al precedente articolo 8 e le domande che dovessero risultare non ammissibili a seguito della verifica di cui al precedente punto 1, così come le domande di finanziamento che dovessero avere a oggetto una richiesta di contributo superiore al massimo concedibile di cui al precedente articolo 6, saranno escluse e non ammesse alla valutazione di merito di cui al successivo articolo 10. Dell'esclusione sarà data comunicazione specifica a mezzo PEC al Soggetto Proponente”.

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

L'eccessiva ampiezza delle cause di esclusione, che si concretizzano nel sanzionare mere irregolarità formali senza enfatizzare la qualità e la fattibilità o comunque il merito degli interventi per i quali si chiede di essere ammessi al finanziamento, rendono dette previsioni certamente nulle per violazione dell'art. 83, co. 9 del Codice degli appalti¹.

L'invocata disposizione stabilisce che *“Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.*

Ebbene seppure quanto normativamente stabilito non impedisce in assoluto alla Stazione appaltante di etero-integrare l'avviso inserendo precipue previsioni *ad hoc*, è comunque certo che, affinché siano legittimi adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, o prescrizioni ai fini dell'ammissione alla procedura di gara, esse devono essere conformi ai tassativi casi contemplati dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Cons. Stato n. 5828/2019 e n. 3352/2017).

Diversamente, nel caso in cui tali clausole non trovino una base normativa, devono ritenersi nulle ai sensi dello stesso art. 83, co. 8, e non possono portare

¹ Sull'applicabilità del D.lgs. n.50/2016 alla procedura si vedano i richiami iniziali dell'avviso con rimando all'intera disciplina del Codice dei Contratti.

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

all'esclusione del concorrente; nullità che, peraltro, non travolge l'avviso ed è da intendersi in senso tecnico, al cospetto della quale la clausola escludente -proprio perché inefficace *ab origine*- deve intendersi come non apposta, non sussistendo per essa neppure uno specifico onere impugnatorio (Cons. St., Ad. Plen., 16.10.2020, n. 22).

Nel caso di specie non è revocabile in dubbio che l'esclusione è stata fatta dipendere da una prescrizione, ossia la mancata allegazione della domanda autogenerata dalla piattaforma, che tuttavia non può assumere alcun rilievo ai fini della volontà o delle attestazioni tutte richieste dall'avviso ai fini della valutazione delle domane di finanziamento

Da quanto sopra discende la nullità degli articoli richiamati lì dove prevedono quali clausole di esclusione ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste tassativamente dal codice dei contratti con conseguente illegittimità dell'esclusione disposta nei confronti della componente in quanto espressione dell'illegittima applicazione delle clausole escludenti nulle.

Ed un approccio sostanziale e non formalistico ben avrebbe potuto l'esclusione della ricorrente atteso che i contenuti presenti nella domanda di partecipazione erano tutti presenti (la manifestazione di volontà circa la partecipazione, le attestazioni ecc.) nei documenti allegati.

Come evidenziato da Cons. Stato, Sez. IV, n. 744/2014, «... *nel caso in cui la domanda di partecipazione si presenti solo come semplice "domanda", ..., la volontà di voler partecipare alla gara e la riferibilità all'impresa partecipante di quanto effettivamente presentato, ben possono essere desunti dal complesso della documentazione presentata, nella misura in cui da quest'ultima possa ricavarsi in modo certo sia la volontà di voler partecipare sia la effettiva identità del partecipante. In questa ipotesi, dunque, non può accordarsi prevalenza al rilievo meramente formale della mancata presentazione della domanda (ed in tal senso si presenta come illegittima la clausola del bando che prevede l'esclusione). E ciò:*

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

- sia in quanto tale previsione, nell'attribuire irragionevolmente rilevanza all'aspetto formale in luogo della sostanza, finisce per operare una cesura tra clausola e sua funzione teleologicamente orientata alla cura dell'interesse pubblico, posto che non sono in discussione, nella sostanza, le ragioni per le quali la clausola medesima era stata prevista;

- sia in quanto, sacrificandosi in ossequio ad un aspetto meramente formale la partecipazione di un concorrente, si incide sul principio di massima possibile partecipazione alla gara, quale strumento di affermazione della più ampia concorrenza. ...» (cfr. C.d.S. Sez. IV n. 744/2014, Tar Puglia Sez. Bari sentenza 14/7/2017 n. 815)

2.Violazione dell'art. 6 L. 241/90. Violazione dei principi di affidamento, buona fede e di non discriminazione. Eccesso di potere per difetto e/o carenza di istruttoria, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta, violazione del principio di proporzionalità.

A seguito della ricezione del provvedimento di esclusione ivi impugnato, la ricorrente formulava istanza di riesame con richiesta di attivazione del soccorso istruttorio.

Laconicamente il RUP, nel richiamare il principio di auto responsabilità dei partecipanti, escludeva che l'attivazione del soccorso istruttorio fosse un obbligo, ma una mera facoltà, peraltro avente quale limite l'omissione di elementi significativi.

Ebbene nel caso che ci occupa la mancata presentazione della domanda, con erroneo caricamento dell'avviso, non precludeva l'accertamento circa la volontà da parte dell'ente di richiedere il finanziamento, in quanto la formulazione, l'interesse, l'oggetto dell'intervento da finanziare e la bontà delle scelte progettuali erano espressamente riportate nel dispositivo della Delibera di Giunta Comunale di adesione e partecipazione n. 58 del 10.03.2022 (doc. 7), correttamente inserita nella piattaforma; altresì nella stessa delibera sono rinvenibili anche gli altri documenti allegati in special modo l'allegato A "relazione tecnica" i documenti,

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

di cui all'art. 3, comma 10, lett. b) e d), sono stati sottoscritti dal Dirigente del Settore Lavori Pubblici nonché RUP della procedura di presentazione dell'istanza, in accordo con il legale rappresentante dell'ente, avendo considerato preliminarmente relativa natura tecnica, in termini di contenuti e peculiarità dei documenti stessi, che esige conoscenza e responsabilità nella specifica materia e, comunque, non si è rilevata l'esplicita obbligatorietà della sottoscrizione da parte del legale rappresentante dell'ente: in tal senso l'art. 3, comma 10 riporta la dicitura inerente la presentazione, a pena di esclusione, della documentazione identificata con le lettere a),b),c),d) ed e), non soffermandosi sulla titolarità della sottoscrizione dei relativi documenti.

Si imponeva, pertanto, l'attivazione del soccorso istruttorio al fine di consentire che la proposta venisse vagliata nei suoi contenuti essenziali, non potendosi accettare un meccanismo istruttorio più finalizzato a falcidiare le domande di partecipazione che a vagliarne la bontà dei requisiti e la validità degli interventi per i quali si chiede di essere ammessi a finanziamento.

Come da ultimo ribadito dal Cons. Stato Sez. VI, Sent., (ud. 03/02/2022) 24-02-2022, n. 1308 l'art. 6 co. 2 lett. b) attribuisce al responsabile del procedimento il compito di chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete con un'ampiezza che la giurisprudenza ha finito per considerare come un dovere e non come una mera facoltà (cfr. ex plurimis: Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248);

Tale interpretazione auspica e prescrive la massima collaborazione tra privato ed amministrazione pubblica e, nel contempo, il soddisfacimento della comune esigenza alla definizione del relativo procedimento, con il risultato che l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale è giustificata soltanto se necessario per la tutela di contrapposti valori giuridici.

Se tale necessità non ricorre, è lo stesso principio di proporzionalità a rendere irragionevole l'adozione di un provvedimento negativo basato sulla mera incompletezza o erroneità dell'istanza.

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

Nel ricostruire le varie frasi di approdo del richiamato orientamento il Collegio rileva come, inizialmente, si contrapponesse all'ipotesi di un soccorso nell'ambito delle procedure non comparative, dove il soccorso dispiegherebbe la sua massima portata applicativa, alle procedure selettive, dove si imporrebbe un bilanciamento tra i contrapposti interessi – segnatamente: la massima partecipazione e la par condicio tra i concorrenti – che la giurisprudenza ha in passato ritenuto di effettuare, distinguendo tra 'regolarizzazione', generalmente ammessa, ed 'integrazione' documentale, viceversa esclusa in quanto comportante un vulnus del principio di parità di trattamento tra i concorrenti.

Ma, osserva la Corte, sullo specifico terreno dei contratti pubblici (legislazione espressamente richiamata nell'Avviso quale fonte dei principi applicabili), il legislatore ha inteso superare tale impostazione, ampliando l'ambito applicativo dell'istituto e “superando quelle concezioni rigidamente formalistiche e burocratiche del diritto amministrativo che continuavano ad incentivare il contenzioso (ridotto ad una sorta di 'caccia all'errore' nel confezionamento della documentazione allegata alla domanda), con effetti pregiudizievoli in termini di tempestivo ed efficiente completamento delle procedure”.

All'esito di un complesso itinerario normativo, del soccorso istruttorio è ora possibile avvalersi, non soltanto per 'regolarizzare', ma anche per 'integrare' la documentazione mancante. L'attuale art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici (come novellato dall'art. 52, comma 1, lettera d, del D.Lgs. n. 56 del 2017, che non prevede neanche più il pagamento di una sanzione pecuniaria) è chiaro nell'estendere l'ambito applicativo del soccorso istruttorio a tutte "*le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda*" e, in particolare, ai casi di "***mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo***".

Le fattispecie sottratte all'operatività dell'istituto sono oggi costituite soltanto dalle carenze e irregolarità che afferiscono "**all'offerta economica e all'offerta**

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

tecnica", e dalla "carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

Pertanto, la conferma dell'esclusione della ricorrente con rigetto dell'istanza di attivazione del soccorso istruttorio si palesa illegittima e contraria ai principi di proporzionalità e buon andamento della pubblica amministrazione, perché ha, di fatto, escluso una richiesta di finanziamento per le finalità precipue previste dal bando non sulla base della sua idoneità a raggiungere gli obiettivi perseguiti nella misura di intervento, ma per sterile applicazione di un formalismo che non avrebbe in alcun modo precluso la verifica della domanda.

4. Domanda cautelare.

La ricorrente ha necessità di formulare espressa domanda di sospensione dell'esecutività dei provvedimenti impugnati, nonché richiesta di ammissione alla fase successiva di valutazione ex art. 10 dell'Avviso, ovvero di adozione di idonee misure cautelari.

Le predette istanze risultano fondate, quanto al *fumus boni juris*, sui gravi e rilevanti motivi di censura sin qui esposti.

Quanto al *periculum in mora*, sussiste nella specie anche la certezza di un grave pregiudizio che possa derivare dal ritardo e nelle more della decisione sul merito, che impone l'adozione delle invocate misure cautelari, considerato che l'istruttoria è ancora in corso, ma le tempistiche del PNRR ne impongono una celere definizione.

E', dunque, agevole rilevare che laddove il Ministero provveda ad erogare tutti finanziamenti in palio, la ricorrente si troverebbe nella condizione di non poter più conseguire il bene della vita al quale aspira.

La necessità, dunque, di un provvedimento cautelare è certa, atteggiandosi la sua concessione a strumento più idoneo per assicurare la fruttuosità del giudizio di merito.

Si insiste dunque affinché vengano concesse idonee misure interinali anche sospendendo gli effetti dei provvedimenti impugnati e, più nello specifico, della

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

determinazione di esclusione della ricorrente dalla selezione pubblica, ordinando all'Amministrazione di riammettere il Comune di Lanciano al fine di poter procedere alla valutazione del progetto presentato; diversamente, la ricorrente verrebbe privata irrimediabilmente delle stesse possibilità accordate agli altri candidati.

P.Q.M.

si chiede che l'On.le Tribunale adito, *contrariis reiectis*, in accoglimento del presente ricorso, voglia, previa l'adozione di idonee misure cautelari collegiali, disporre l'ammissione, ancorché con riserva, del Comune di Lanciano alla valutazione nel merito operata da apposita Commissione istituita dal Ministero della Cultura ex art. 10 dell'Avviso, e, nel merito, disporre:

- 1) l'annullamento oltre che:
 - a) del provvedimento di esclusione dalla selezione mediante Avviso Pubblico per la presentazione di Proposte di intervento per il restauro e la valorizzazione di parchi e giardini storici da finanziare nell'ambito del PNRR, Missione 1 – Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura, Component 3 – Cultura 4.0 (M!C£), Misura 2 “Rigenerazione dei piccoli siti culturali, patrimonio culturale, religioso e rurale” Investimento 2.3: Programmi per valorizzare l'identità dei luoghi: parchi e giardini storici” finanziato dall'unione Europea – Next Generation EU, per inammissibilità formale della domanda ai sensi dell'art. 9 del medesimo Avviso, notificato il 7.4.2022.
 - b) di ogni altro atto prodromico, consequenziale e comunque connesso o interdependente, in particolare del provvedimento del 2.5.2022 contenente rigetto della formulata istanza di (riesame e) soccorso istruttorio;
- 2) con declaratoria di nullità della lettera a) del comma 10 dell'art. 3 dell'Avviso, nonché degli artt. 8 e 9 dell'Avviso sopra richiamato per le motivazioni esposte in narrativa

AVVOCATURA COMUNALE DI LANCIANO

Avv. Antonella F. Fantini

Patrocinante in Cassazione

Piazza Plebiscito 48 - 66034 Lanciano (CH)

Tel. +390872707217 +393920655647

Pec fantini@pec.lanciano.eu

ed in ogni caso

- 3) Decreto SG n. 504 21/06/2022 Approvazione della graduatoria di merito complessiva delle proposte ammesse a valutazione di cui all'Avviso pubblico del 30 dicembre 2021 a valere sul PNRR, Missione 1 – Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura, Component 3 – Cultura 4.0 (M1C3), Misura 2 “Rigenerazione di piccoli siti culturali, patrimonio culturale, religioso e rurale”, Investimento 2.3: “Programmi per valorizzare l'identità dei luoghi: parchi e giardini storici” del PNRR finanziato dall'Unione europea – NextGenerationEU e relativi allegati , allegato A) graduatoria, allegato B2) sud e allegato B1) centro nord ;
- 4) la condanna dell'Amministrazione a riammettere definitivamente la ricorrente nella valutazione di merito da parte dell'apposita Commissione istituita dal Ministero della Cultura.

Con espressa riserva di richiedere il risarcimento del danno ingiusto spettante ad essa ricorrente, in virtù dell'articolo 30 del D.lgs. n. 104/2010 e successive modificazioni ed integrazioni.

Con vittoria di spese e competenze di causa, oltre rimborso forfettario ed ulteriori accessori come per legge.

In via istruttoria: si depositano i documenti come da indice e comunque indicati in narrativa.

Il presente giudizio sconta un contributo unificato di euro 650,00.

Lanciano, 19 settembre 2022

(avv. Antonella Filomena Fantini)