

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA SICILIA

RICORSO

della BUSINESS SERVICES S.R.L.S., partita Iva 05277710876, corrente in Catania, via Puglia 116, in persona del legale rappresentante *pro tempore* Domenico Franco Aliffi, nato a Vicenza il 18/1/1965, codice fiscale LFFDNC65A18L840T, quale capofila della costituenda associazione temporanea di scopo con Comer Sud s.p.a., Cerid-Centro di ricerca per l'innovazione e diffusione della conoscenza soc. coop. sociale e l'Università degli Studi di Catania, rappresentata e difesa dagli avvocati Ivan Randazzo -codice fiscale RNDVNI72H23C351G, indirizzo di posta elettronica certificata ivan.randazzo@pec.ordineavvocaticatania.it, telefax 0957168676- e Giovanna Maurilia Aurora Scamardo -codice fiscale SCMGNN84L60G348L, indirizzo di posta elettronica certificata avv.scamardo@pec.it, telefax 09162660621- giusta procura rilasciata su foglio separato materialmente congiunto al presente atto e con loro elettivamente domiciliata in Palermo, via Filippo Cordova 95, presso lo studio dell'avvocato Riccardo Rotigliano

CONTRO

REGIONE SICILIANA - ASSESSORATO DELLE ATTIVITÀ PRODUTTIVE, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria

PER L'ANNULLAMENTO

previa sospensione dell'efficacia esecutiva

- del provvedimento emesso dalla REGIONE SICILIANA -ASSESSORATO DELLE ATTIVITÀ PRODUTTIVE - DIPARTIMENTO DELLE ATTIVITÀ PRODUTTIVE - SERVIZIO 5 – INNOVAZIONE TECNOLOGICA E POLITICHE PER LO SVILUPPO, prot. 56405 del 10/10/2018, comunicato a mezzo posta elettronica certificata il 29/10/2018 (**doc. 1**);

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o, comunque, connesso.

IN FATTO

1. La Business Services s.r.l.s. ha presentato, quale capofila della costituenda associazione temporanea di scopo con Comer Sud s.p.a., Cerid-Centro di ricerca per l'innovazione e diffusione della conoscenza soc. coop. sociale e Università degli Studi di Catania (**doc. 2**), domanda di accesso del progetto n. 085224400357 (**doc. 3**) alle agevolazioni previste dall'avviso pubblico azione 1.1.5. "*Sostegno all'avanzamento tecnologico delle imprese attraverso il finanziamento di linee pilota e azioni di validazione precoce dei prodotti e di dimostrazione su larga scala*", approvato con DDG 1349/5 dell'Assessorato delle Attività produttive della Regione Siciliana, in attuazione del PO FESR 2014/2020 (**doc. 4**).

2. Tra i requisiti di ammissibilità l'art. 2.2., lett. c), dell'Avviso prevedeva il possesso della "*capacità economico finanziaria in relazione al progetto da realizzare, che dovrà essere realizzata da un indice pari ad almeno 0,2, calcolato come rapporto tra patrimonio netto (PN) e costo del progetto (CP) al netto dell'aiuto (C). Si precisa che per PN si intende il patrimonio netto (passivo lettera A dell'art. 2424 del Codice civile, al netto dei crediti verso soci per versamenti ancora dovuti, delle azioni proprie e dei crediti verso soci per prelevamenti a titolo di anticipo sugli utili) quale risulta dall'ultimo bilancio approvato maggiorato degli eventuali aumenti di capitale sociale deliberati alla data di domanda e comunque versati entro la data di richiesta della prima erogazione. Le imprese non obbligate alla redazione del bilancio possono desumere il PN sulla base di un bilancio redatto ai sensi dell'art 2424 e 2425 del c.c. da professionista abilitato o sulla base dei parametri d'impresa indicati nello specifico modello allegato quale parte integrante al modello UNICO e coerente con i quadri RE, RF e RG dello stesso*".

2.1. Il requisito in parola doveva essere esposto nell'allegato c) al modello di domanda allegato all'avviso (**doc. 5**), secondo la seguente formula:

ICP (indice di capacità finanziaria) =

PN (patrimonio netto) / **C** (costo progetto) – **C** (contributo richiesto)

3. Uno dei soggetti della costituenda ATS, la Comer Sud s.p.a., per mera svista, ha omesso la produzione di tale allegato c).

Pertanto, con nota prot. 42530 del 31/7/2018 (**doc. 6**) l'Amministrazione ha avviato il procedimento finalizzato all'esclusione del progetto dalla valutazione stante l'irricevibilità della domanda ai sensi del paragrafo 4.5, punto 3, lett. a), dell'Avviso che recita:

“Le domande presentate saranno valutate sulla base dei seguenti aspetti:

a) Ricevibilità:

- *inoltro della domanda nei termini e nelle forme previste dal Avviso;*
- *completezza e regolarità della domanda e degli allegati;*
- *rispetto delle condizioni di cui al par. 2.1.”.*

3.1. Con nota del 3/8/2018 trasmessa a mezzo posta elettronica certificata (**doc. 7**), la Business services s.r.l.s. ha presentato controdeduzioni osservando come l'amministrazione fosse comunque in possesso dei dati occorrenti per determinare l'indice di capacità finanziaria dell'impresa Comer Sud s.p.a.:

- 1) il costo del progetto (CP), pari ad euro 800.000,00, era stato dichiarato nella domanda di ammissione al finanziamento (pagina 39, colonna “Totale progetto” nella tabella 2 denominata “2. Quadro Riepilogativo delle spese ammissibili del Progetto e del contributo richiesto per soggetto e tipologia di attività”);
- 2) il contributo richiesto (C), pari ad euro 440.200,00, era stato pure dichiarato nella domanda di ammissione al finanziamento (pagina 39, colonna “Contributo richiesto” nella tabella 2 denominata “2. Quadro Riepilogativo delle spese ammissibili del Progetto e del contributo richiesto per soggetto e tipologia di attività”);

3) il patrimonio netto (PN), pari ad euro 15.680.691,00, era ricavabile dal bilancio al 31 dicembre 2016 (pagina 21 lettera “A) Patrimonio netto”) allegato alla domanda di finanziamento.

L'allegato c) richiedeva di aggregare meccanicamente tali dati alla stregua della suddetta formula, in applicazione della quale l'indice di capacità finanziaria della Comer Sud s.p.a. risulta pari a:

$$\text{PN (15.680.691,00) / CP (800.000,00) - C (440.200,00) = 43,48}$$

ben superiore al minimo richiesto, ossia 0,2 (si veda nota n. 16 allegato c, doc. 5).

La ricorrente ha allegato alle controdeduzioni l'allegato c) sottoscritto dalla Comer Sud s.p.a.

3.2. Nondimeno, l'amministrazione regionale ha proceduto alla preannunciata esclusione attraverso il provvedimento qui impugnato, peraltro senza spendere una parola sul mancato accoglimento delle controdeduzioni, nonostante nella nota prot. 36299 del 3/7/2018, con oggetto “*PO FESR 2014/2020 – Disposizioni in ordine al soccorso istruttorio*”, (**doc. 8**), emanata dal dirigente generale dell'Assessorato delle Attività Produttive “*al fine di determinare un comportamento univoco da parte di tutti gli uffici del dipartimento impegnati nella gestione della spesa comunitaria*”, si legge che “[d]el mancato accoglimento di eventuali osservazioni dovrà essere data ragione nel provvedimento finale”, parafrasando, o meglio, sostanzialmente riproducendo il testo dell'analogha previsione contenuta nell'art. 10-bis, l. 241/1990.

3.3. L'odierna ricorrente ha presentato istanza di riesame in autotutela in data 12/12/2018 (**doc. 9**), ad oggi rimasta priva di riscontro, ribadendo, in buona sostanza, la sanabilità dell'irregolarità in cui era incorsa la Comer Sud s.p.a. atteso che il dato omesso era oggettivamente ed agevolmente ricostruibile attraverso dati in possesso dell'amministrazione in quanto presenti, come si è visto, nella documentazione versata in sede di presentazione della domanda.

Ha richiamato, a sostegno, le direttive emanate dall'assessorato delle Attività produttive con nota prot. n. 36299 del 3/7/2018 (doc. 8) nella quale si definiscono sanabili le irregolarità che non *“si riferiscono a carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*.

4. Infine, in data 12/12/2018, la Business Services s.r.l.s. ha inoltrato istanza di accesso (**doc. 10**), ad oggi non riscontrata e di cui si darà conto nel corso del giudizio, finalizzata a verificare se sia stato attivato soccorso istruttorio nei confronti di altri partecipanti che versano in situazioni analoghe, avendone avuto sentore.

L'esclusione del progetto è illegittima ed il provvedimento che l'ha disposta dovrà essere annullato per i seguenti motivi.

IN DIRITTO

I - VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3 E 10-BIS L. 241/1990: OMESSA MOTIVAZIONE DEL MANCATO ACCOGLIMENTO DELLE CONTRODEDUZIONI AL PREAVVISO DI RIGETTO E OMESSA MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIMENTO

La ricorrente, in seguito all'avvio del procedimento di esclusione, ha prodotto memorie e documenti attraverso i quali ha dimostrato che il contenuto del provvedimento avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (cfr. art. 21-*octies* l. 241/90) sulla scorta delle ragioni che già emergono dalla narrazione dei fatti e che saranno meglio rappresentate nel prosieguo.

L'amministrazione, nell'adottare il provvedimento finale di esclusione, non ha preso posizione sui rilievi mossi dalla ricorrente, così violando la regola procedimentale dell'art. 10-*bis* l. 241/1990 sotto il profilo dell'indicazione, nella motivazione del provvedimento finale, delle ragioni del mancato accoglimento delle osservazioni rese dalla parte interessata, regola che valorizza il momento del contraddittorio fra privato e

P.A. ed incide anche sul contenuto dell'atto finale indicando un contenuto necessario della motivazione.

La consumata violazione non può essere sanata in via postuma in sede processuale con integrazione negli atti difensivi della motivazione di rigetto della domanda (così Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 26 giugno 2014, n. 3592/2014) e, pertanto, la gravata esclusione dovrà essere annullata e il procedimento riattivato.

Si aggiunga che la funzione dell'art. 10-*bis* l. 241/1990 non è solo quella di consentire al privato, al quale siano rappresentate le ragioni che impediscono l'accoglimento della sua istanza, di contestare tali ragioni (sul piano giuridico e/o fattuale) ma anche — se non soprattutto — quella di (eventualmente) modificare l'istanza nel senso indicato dall'amministrazione, così rendendo astrattamente possibile un suo accoglimento e prevenendo la formazione di contenzioso (così Tar Lazio, Latina, sez. I, 11 gennaio 2017, n. 12).

II – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3 L. 241/90, 24, 97 e 113 COST., 296 TFUE, 41 CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI UE: MOTIVAZIONE APPARENTE

Ai sensi dell'art. 3 l. 241/1990 ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato e la motivazione deve indicare *“le ragioni di fatto e di diritto che hanno determinato le decisioni dell'Amministrazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria”*; ciò a garanzia dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità e al fine di consentire il controllo giurisdizionale dell'*iter* logico-giuridico in base al quale l'amministrazione perviene all'adozione di un certo atto.

Sul versante del diritto comunitario il principio dell'obbligo di motivazione è sancito dall'art. 296 TFUE (*“gli atti giuridici sono motivati”*) e dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (*“l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni”*) ed è stato precisato dalla Corte di Giustizia laddove ha ritenuto che la motivazione deve far apparire, in forma chiara e non equivoca, l'*iter* logico seguito

dall'istituzione da cui proviene l'atto, in maniera tale da consentire agli interessati di conoscere effettivamente le ragioni del provvedimento adottato e da consentire al giudice di esercitare il proprio controllo.

Ora, nel caso di specie la motivazione del rigetto è soltanto apparente e, quindi, mancante, atteso che consiste nel mero rinvio alla disposizione di cui al paragrafo 4.5, punto 3, lett. a, dell'Avviso la quale, in ipotesi, risulterebbe violata, senza che sia stato effettuato alcun accertamento della presenza dei dati richiesti e alcuna disamina delle ragioni giuridiche che giustificerebbero l'emissione del provvedimento di esclusione.

La denunciata grave carenza motivazionale troverà la sua spiegazione nella circostanza, sulla quale ci si soffermerà tra un momento, che la richiamata previsione dell'Avviso, ossia il paragrafo 4.5, punto 3, lett. a, non può giustificare l'esclusione del progetto.

III – A) VIOLAZIONE DI LEGGE: ART. 6, CO. 1, LETT. B), L. 241/1990. **OMESSA ATTIVAZIONE DEL C.D. SOCCORSO ISTRUTTORIO**

Nel caso di specie, l'Amministrazione avrebbe potuto colmare l'omessa produzione dell'allegato c) facendo ricorso al c.d. soccorso istruttorio atteso che si trattava di completare un requisito formale e di rendere intellegibile un dato realmente esistente e desumibile *aliunde* dalla documentazione prodotta e non di integrare un dato essenziale omesso.

Essa, peraltro, dimostra di ben conoscere la disciplina del soccorso istruttorio avendo emanato direttive in merito con la più volte richiamata nota prot. n. 36299 del 3/7/2018 (doc. 8).

Il provvedimento di esclusione, pertanto, è stato emesso in palese violazione dell'art. 6, comma 1, lett. b), l. 241/1990, a mente del quale il responsabile del procedimento *“accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria, In particolare, può*

chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete ed ordinare esibizioni documentali”

Tale disposizione attribuisce al responsabile del procedimento un potere-dovere di acquisire ogni elemento utile funzionalmente allo svolgimento di un’istruttoria adeguata, ossia in grado di tutelare la massima partecipazione a garanzia della selezione, con riferimento al caso di specie, dei progetti migliori.

Per mezzo dell’istituto del soccorso istruttorio si realizzano i principi cardine dell’azione amministrativa, quali quello di semplificazione e non aggravamento, ma anche quelli di buon andamento, leale collaborazione con il privato, economicità ed efficienza dell’azione amministrativa.

In altre parole, esso realizza un argine all’idea che una mera irregolarità o incompletezza possa pregiudicare l’utile sviluppo del procedimento, rispondendo ad esigenze di superamento di un rigido formalismo a favore della correttezza sostanziale del provvedimento da emanare.

Le prescrizioni di carattere formale devono essere applicate verificando se, nel contesto dei singoli casi, lo scopo della normativa non sia comunque raggiunto evitando interpretazioni inutilmente rigorose che possano pregiudicare la massima partecipazione alle procedure competitive.

La regolarizzazione documentale, evidentemente, non può spingersi a sanare una totale omissione dichiarativa o documentale e violare la *par condicio concurrentium* ma deve intervenire, al fine di garantire una piena tutela della concorrenza, laddove dal tenore dell’istanza e della documentazione che l’accompagna sia possibile evincere il contenuto minimo dell’istanza medesima, il suo nucleo essenziale e irriducibile.

Secondo la giurisprudenza prevalente, si configura un dovere di soccorso istruttorio, tra l’altro, in quei casi in cui gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione ad una procedura.

Nella fattispecie che occupa, in realtà, non vi è alcuna carenza istruttoria in senso stretto; nell'allegato c) si chiede di aggregare dati che sono presenti in atti e, pertanto, non si dovrebbe neanche parlare di integrazione potendo la stessa amministrazione ricavare il dato la cui semplicità del calcolo non incide sui tempi del procedimento.

In ogni caso, non vi è dubbio che si tratti di irregolarità sanabile poiché non attiene a carenze della documentazione che non ne consentono l'individuazione del contenuto né del soggetto responsabile.

ISTANZA DI SOSPENSIONE

Evidenziato nei suesposti termini il *fumus boni iuris*, appare altrettanto evidente il *periculum in mora* che giustifica l'accoglimento della presente istanza cautelare, con l'emissione dei provvedimenti ritenuti più opportuni idonei ad assicurare effettiva tutela alla ricorrente, ivi compresi la sospensione della procedura ovvero l'eventuale ammissione con riserva al graduatoria di ammissione al contributo.

Grave e irreparabile danno conseguirebbe infatti alla ricorrente, nelle more del giudizio di merito, ove non si suspendessero i provvedimenti impugnati, venendole invero pregiudicata l'effettiva possibilità di accedere al finanziamento *de quo*, che verrebbe interamente distribuito fino ad esaurimento dei fondi tra i soggetti ammessi, e di impiegarlo tempestivamente nella realizzazione del progetto presentato e secondo il cronoprogramma ivi previsto.

Tanto esposto, la Business services s.r.l.s., come in epigrafe rappresentata e difesa,

CHIEDE

previa sospensione, l'annullamento dell'atto impugnato.

Vinte le spese.

Con riserva di motivi aggiunti all'esito dell'istanza di accesso presentata in data 12/12/2018.

Si offrono in comunicazione mediante deposito in copia:

- 1) provvedimento Regione Siciliana-Assessorato delle Attività produttive prot. 56405 del 10/10/2018;
- 2) dichiarazione di intenti allegato b) alla domanda di accesso del progetto n. 085224400357;
- 3) domanda di accesso del progetto n. 085224400357;
- 4) avviso pubblico azione 1.1.5. approvato con DDG 1349/5 dell'Assessorato delle Attività produttive della Regione Siciliana, in attuazione del PO FESR 2014/2020;
- 5) allegato c) al modello di domanda allegato all'avviso pubblico azione 1.1.5.;
- 6) nota prot. 42530 del 31/7/2018 della Regione Siciliana – Assessorato delle Attività Produttive;
- 7) controdeduzioni Business services s.r.l.s. del 3/10/2018;
- 8) nota prot. 36299 del 3/7/2018 della Regione Siciliana – Assessorato delle Attività Produttive;
- 9) istanza riesame Business services s.r.l.s. del 12/12/2018;
- 10) istanza accesso Business services s.r.l.s. del 12/12/2018.

Il contributo unificato sarà versato nella misura di euro 650,00 ai sensi della vigente normativa.

Catania, 28/12/2018

avvocato Ivan Randazzo

avvocato Maurilia Scamardo