

Avv. Valentina Blunda
Patrocinante innanzi alle Giurisdizioni Superiori
Via Garibaldi n.83 - 91028 Partanna (TP)
Via Ludovico Ariosto n. 29- Palermo
Tel – fax 0924/1934289- 392/9438157
pec: avv.valentinablunda@pec.it

ECC.MO TAR SICILIA – PALERMO

RICORSO

Nell'interesse della **Sunprod srl** (P.Iva 04868680879) con sede a Catania, Via Sebastiano Catania n. 284 in persona del legale rappresentante *pro tempore* Ansoerge Walter Rudolf (CF: NSRWTR66B23L112Q) in proprio e n.q. di capofila dell'ATS costituitenda con Università degli Studi di Palermo (AFNS) in persona del legale rappresentante *pro tempore* con sede a Palermo in Piazza Marina n. 61 (CF 80023730825 e P.IVA : 006005880822), con Globalcon srl in persona del legale rappresentante *pro tempore* con sede a Partanna (TP) in Via Benedetto Croce n. 118 (CF e P.IVA: 02040020816), con la ADS Elettronica srl in persona del legale rappresentante *pro tempore* con sede a Santa Ninfa , C.da Santissimo snc (CF e P.IVA : 02316260815) rappresentata e difesa per procura in calce al presente atto (ma resa su foglio separato) **dall'avv.to Valentina Blunda** del Foro di Palermo (avv.valentinablunda@pec.it CF: BLNVNT75D50D423R fax 09241934289) ed elettivamente domiciliata ai fini del presente atto presso il suo studio sito in Palermo, Via Ludovico Ariosto n. 29

CONTRO

L'Assessorato Regionale alle Attività Produttive servizio 5 – Innovazione Tecnologica e Politiche per lo Sviluppo in persona del legale rappresentante *pro tempore* domiciliato *ope legis* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato sita a Palermo in Via Alcide De Gasperi n. 81

E NEI CONFRONTI

- Della **Green Future srl** in persona del legale rappresentante *pro tempore* (p.iva: 06004500820, pec: greenfuturesrl@pec.it) con sede a Palermo in Corso Calatafimi n. 520;
- Della **Vicosistems srl** in persona del legale rappresentante *pro tempore* (p.iva 04790640876- pec: vicosystemsrl@pec.it) con sede in via Odorico da Pordenone 33 – 95128 Catania;

Della **GPI Spa** in persona del legale rappresentante *pro tempore* (p.iva 01944260221 – pec: gpi@pec.gpi.it) con sede a Trento 38123 in Via Ragazzi del '99;

Di **Locorotondo Labs srl** in persona del legale rappresentante *pro tempore* (p.iva06110050827- pec: locorotondolabs@pec.it) con sede a Palermo 90141 in Via Giosuè Carducci, 3,

PER L'ANNULLAMENTO

(PREVIA EMANAZIONE, EX ART 55 CPA, IN CAMERA DI CONSIGLIO, DELLE MISURE CAUTELARI CHE APPAIANO, SECONDO LE CIRCOSTANZE, PIU' IDONEE AD ASSICURARE INTERINALMENTE GLI EFFETTI DELLA DECISIONE SUL RICORSO)

della nota prot n. 56401 del 10.10.2018 comunicata alla società ricorrente con pec del 29 ottobre 2018 a firma del Direttore Generale *pro tempore* dell'Assessorato Reg.le Attività Produttive nella parte in cui l'amministrazione ha comunicato alla società ricorrente l'irricevibilità dell'istanza n. 084634200544 proposta nell'ambito del PO-FESR 2014/2020 – 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”* per l'asserita violazione del paragrafo 4.5 punto 3 lettera A dell'Avviso pubblicato con DDG n. 1349/5 del 14.06.2017 in quanto *“ ai sensi del paragrafo 4.5 punto 3 lettera a) dell'Avviso, l'istanza è da considerarsi irricevibile in quanto non risulta trasmesso per i partner Globalcom srl e ADS Elettronica srl l'allegato 1 del medesimo Avviso”*;

-del DDG n. 1180/5.S del 26.10.2018 recante l'elenco delle istanze ammissibili (allegato 1) e l'elenco delle istanze irricevibili (allegato 2) relativi alla suddetta 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”* in attuazione del PO FESR 2014/2010 nella parte in cui l'iniziativa presentata dalla società ricorrente è stata collocata nell'ALLEGATO 2 ovvero tra le istanze irricevibili;

PER LA NULLITA' E/O PER L'ANNULLAMENTO

ove occorra, della clausola contenuta al punto 4.2 dell'avviso di selezione, della clausola di cui al par. 4.5 punto 3 lett. a dell'Avviso, e della faq pubblicata sul portale del Dipartimento Attività Produttive del 13 settembre 2017, ove interpretate nel senso indicato dall'amministrazione.

nonché, ove possa occorrere, di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale

NONCHE' PER L'AMMISSIONE CON RISERVA

dell'iniziativa progettuale presentata dalla società ricorrente con identificativo 0846634200544 nell'elenco delle iniziative ricevibili/ ammissibili a finanziamento di cui all'allegato 1 del medesimo DDG n. 1180/5.S del 26.10.2018;

FATTO

Con DDG n. 1349/5 del 14 luglio del 2017 l'Assessorato Reg.le alle Attività Produttive pubblicava un Avviso pubblico a valere sull'azione 1.1.5. del PO FESR Sicilia 2014/2020 denominato *“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”*.

Ebbene la Sunprod srl, ritenendo di essere in possesso dei requisiti per poter utilmente accedere alla selezione *de qua*, decideva di partecipare e, secondo quanto consentito dalla *lex specialis*, presentava un progetto in *partnership* con i seguenti soggetti:

- 1) Università degli Studi di Palermo (AFNS);
- 2) Globalcon srl con sede a Partanna (TP) in Via Benedetto Croce n. 118
- 3) ADS Elettronica srl con sede a Santa Ninfa TP in C.da Santissimo snc;

Pertanto, elaborata l'iniziativa progettuale denominata AGROBIOSUN e compilata l'istanza di partecipazione ed i relativi allegati, in data 26.10.2017 la SUNPROD srl odierna ricorrente procedeva all'inoltro della documentazione alla quale veniva attribuito il prot. n. 084634200544.

All'uopo, come già sinteticamente accennato, tutti i partner stipulavano e sottoscrivevano una dichiarazione d'intenti (Allegato b al modulo di domanda di ammissione a finanziamento) nella quale in caso di ammissione del progetto a finanziamento, si impegnavano sia a costituire un'Associazione Temporanea di Scopo tramite atto pubblico o scrittura privata autenticata, entro il termine perentorio di 30 gg decorrenti dalla data di ricevimento della comunicazione di ammissione a contributo dell'intervento **che a farsi rappresentare dall'impresa SUNPROD SRL, odierna ricorrente, in tutti i rapporti che l'associazione costituenda avrebbe dovuto tenere con altre parti ed in primis con la Regione Sicilia.**

Ciò posto, giova sin d'ora segnalare che la domanda di partecipazione all'Avviso si compone oltre che dell'**ALLEGATO 1** - modello di domanda redatto in perfetta conformità al DGUE (Documento di Gara Unico Europeo), da tutti gli allegati ulteriori indicati dal bando, ovvero, più in particolare:

Allegato 2 recante il Formulário, a sua volta composto dalle sezioni A1) – Anagrafica dell'impresa richiedente; B1) Anagrafica altre Imprese, B2) Anagrafica dell'Organismo di Ricerca – C1 Dati sulla proposta progettuale, C2) Descrizione del Progetto e D) Articolazione dei Costi del Programma di Investimento e dai seguenti ulteriori allegati:

Allegato a) al modulo di domanda di ammissione a finanziamento *“Sezioni integrative della dichiarazione relative alla dimensione dell'impresa”*;

Allegato b) al modulo di domanda di ammissione a finanziamento *“Dichiarazione di intenti”* in caso di partecipazione in forma associata;

Allegato c) al modulo di domanda di ammissione a finanziamento *“Capacità Finanziaria”*;

Allegato d) al modulo di domanda di ammissione a finanziamento *“Dichiarazione sostitutiva relativa al Trattamento Dati Personale”* (in caso di progetto presentato in forma associata, la presente dichiarazione deve essere presentata da ciascun soggetto beneficiario e sottoscritta digitalmente dal relativo legale rappresentante;

Allegato e) al modulo di domanda di ammissione a finanziamento *“Dichiarazione sostitutiva di atto notorio (art 47 DPR 445 del 2000) – (Modello di domanda relativo agli organismi di ricerca).*

Non v'è dunque dubbio alcuno sul fatto che per “domanda di ammissione a finanziamento” debba intendersi il MODELLO 1 (DGUE) redatto e sottoscritto dalla capofila unitamente al Formulário sopra partitamente descritto e a tutti gli ulteriori allegati richiesti da bando.

Ebbene giova senz'altro in questa sede altresì precisare che sia in seno al Modello 1 che in seno ai suddetti allegati al Modello 1 oltre che in seno al Formulário, venivano puntualmente individuati i soggetti partner dell'iniziativa e a mezzo dell' allegato b, capofila e partners sottoscrivevano, come già detto, una dichiarazione d'intenti con cui manifestavano di concorrere all'avviso in partnership con SUNPROD srl e si obbligavano, in caso di approvazione del progetto a costituire entro 30 gg un' Associazione Temporanea di Scopo per la realizzazione dell'iniziativa.

Le modalità di presentazione delle istanze di partecipazione venivano stabilite dal punto 4.2 dell'avviso a tenore del quale: *“Le domande devono essere inoltrate compilando il modulo di domanda di cui all'Allegato 1 al presente avviso disponibile sul sito <http://portaleagevolazioni.regione.sicilia.it>. Tale modulo di domanda, compilato tassativamente in ciascuna delle parti di cui si compone, deve:*

° *essere firmato digitalmente dal legale rappresentante dell'impresa richiedente il contributo;*

° essere corredato dalle dichiarazioni previste dal presente avviso rese dal legale rappresentante ai sensi del DPR n. 445 del 2000 e con le responsabilità di cui agli artt 75 e 76 dello stesso DPR, nonché di tutti gli altri eventuali documenti che l'impresa intende allegare.

La domanda è resa nella forma dell'autocertificazione, ai sensi del DPR n. 445 del 2000 e con le responsabilità previste dagli artt 75 e 76 dello stesso decreto. In caso di accordo di partenariato (RTI – Rete-contratto-/Accordo di partenariato o altra forma contrattuale), ciascun partner dovrà compilare apposita domanda contenente le dichiarazioni di cui al precedente comma 2 rese ai sensi del DPR n. 445 del 2000 e con le responsabilità di cui agli artt 75 e 76 dello stesso DPR, firmata digitalmente dal legale rappresentante del partner di progetto.”.....; inoltre il punto 4.5 del medesimo avviso disponeva la sanzione dell'irricevibilità nel caso di:

° **mancato** inoltro della domanda nei termini e nelle forme previste dall'Avviso;

° **mancata** completezza e regolarità della domanda e degli allegati;

° **mancato** rispetto delle condizioni di cui al par 2.1.

Tuttavia in data 13 settembre 2017, immediatamente a ridosso dalla data di scadenza fissata per la presentazione delle domande, allo scopo di fornire alle imprese in corso di redazione delle iniziative progettuali adeguati chiarimenti, il Dipartimento Attività Produttive, odierno resistente, pubblicava sul proprio portale una faq a firma del Dirigente Generale del Dipartimento Attività Produttive recante le *Modalità di compilazione e sottoscrizione del Modello di domanda e dei relativi allegati* che così recitava: “L'allegato Modello 1 per l'istanza di finanziamento è firmato dalla Capofila. Lo stesso allegato dovrà essere compilato e firmato da ciascun partner per quanto di competenza. L'allegato a) va compilato e firmato soltanto se ricorrono i presupposti di cui allo stesso. L'allegato b) va compilato e sottoscritto digitalmente contestualmente da tutti i partners. L'allegato c) va compilato e sottoscritto da ciascuna impresa apparente al raggruppamento. L'allegato d) va compilato e sottoscritto da tutti i partners. L'allegato e) va compilato e sottoscritto digitalmente soltanto dagli Organi di ricerca. Il formulario va sottoscritto soltanto dalla capofila”

Pertanto, la società ricorrente, ritenendo (erroneamente) che, sulla scorta dalle modalità operative diramate dal Dipartimento Attività Produttive, il Modello 1 (il cui modello pre compilato pubblicato in allegato al bando di selezione che, come già precisato, è del tutto sovrapponibile al DGUE) dovesse essere presentato e sottoscritto digitalmente solo dalla Capofila SUNPROD srl e che invece ciascun partner dovesse compilare *per quanto di*

competenza i singoli allegati, nella specie, b),c),d) ed e) al Modello 1 facenti parte integrante e sostanziale dello stesso, redigeva e sottoscriveva digitalmente nella qualità di capofila, il suddetto MODELLO 1 e lo inoltrava unitamente agli allegati compilati e digitalmente sottoscritti, sia dalla capofila che da ogni partner, per quanto di competenza. Tuttavia con nota prot. n. 44131/18 inoltrata alla società ricorrente via pec il 6.08.2018 il Dipartimento Attività Produttive, odierno resistente, comunicava alla SUNPROD SRL l'avvio del procedimento di esclusione dalla selezione con la seguente motivazione : *“ai sensi del paragrafo 4.5 punto 3 dell’Avviso, l’istanza è da considerarsi irricevibile in quanto non risulta trasmesso per i partner Globalcom srl e ADS Elettronica srl l’allegato 1 del medesimo Avviso”* ed assegnava alla parte il termine perentorio di 5 gg per presentare eventuali controdeduzioni.

Ed allora, esaminata la documentazione inoltrata in allegato all’istanza di partecipazione, la società ricorrente verificava di aver inviato il MODELLO 1 compilato e sottoscritto dal legale rappresentante *pro tempore* della SUNPROD srl unitamente a tutti gli allegati compilati e sottoscritti digitalmente, per quanto di competenza, sia dal legale rappresentante di SUNPROD srl che dai legali rappresentanti *pro tempore* delle due imprese partners Globalcom srl e ADS Elettronica srl che dal legale rappresentante dell’Università di Palermo, ma di essere effettivamente incorsa nell’omesso invio del MODELLO 1 compilato e sottoscritto digitalmente dalle due imprese partners Globalcom srl e ADS Elettronica srl.

Tale erroneo invio è senz’altro scaturito dalla scarsa chiarezza sul punto sia del bando che della faq del 13 settembre 2018 (che, per quanto possa occorrere, s’impugnano) il cui preciso tenore letterale è sopra riportato nella parte in cui ha affermato che *Il Modello per l’Istanza di finanziamento è firmato dalla Capofila. Lo stesso allegato dovrà essere compilato e firmato da ciascun partner **per quanto di competenza***, inciso quest’ultimo che, si ribadisce, ha indotto in errore la società ricorrente la quale ha ritenuto che con tale espressione la stazione appaltante si riferisse alla necessaria redazione, **da parte della sola capofila** del MODELLO 1 e da parte dei partners, dei singoli allegati sopra indicati, i quali dell’istanza di partecipazione - MODELLO 1 -fanno parte integrante e sostanziale.

Orbene la società ricorrente, stante il tenore della comunicazione ricevuta, con propria nota dell’8 agosto 2018 inoltrava all’amministrazione le proprie controdeduzioni in seno alle quali affermava come *“la mancata trasmissione dell’allegato 1 da parte delle imprese partners fosse addebitabile SOLO ED ESCLUSIVAMENTE ad un mero errore di interpretazione del bando e dei successivi comunicati pubblicati sul sito del Dipartimento*

e sul Portale delle Agevolazioni. Più in particolare la società rappresentava come l'errore di interpretazione fosse stato causato dal ritenere che l'espressione "per quanto di competenza" fosse riferita soltanto agli allegati a), b) c) d) ed e) facenti parte integrante dell'Allegato 1 quest'ultimo generato dal portale e da sottoscrivere solo ed esclusivamente con la firma digitale del soggetto capofila. In ogni caso- precisava la società ricorrente - **tutti i partner si impegnano a farsi rappresentare dall'impresa SUNPROD SRL, in tutti i rapporti che l'associazione costituenda avrebbe dovuto tenere con altre parti ed in primis con la Regione Sicilia come si evince nell'Allegato b) parte integrante della domanda di ammissione al finanziamento (allegato 1).** Ed ancora la società rappresentava altresì come tutti gli allegati richiesti dal bando ed in particolare quelli facenti parte dell'allegato Modello 1 fossero stati sottoscritti con firma digitale e trasmessi sia dal soggetto capofila che da tutti i partner. Alla luce di quanto sopra la società confermava la volontà di tutti i partner di partecipare al progetto chiedeva di all'amministrazione di dichiarare, sotto tale profilo, la ricevibilità dell'iniziativa progettuale proposta. Nessun riscontro veniva tuttavia fornito dal Dipartimento Attività Produttive.

Nelle more l'amministrazione resistente, a mezzo del DDG n. 1335 del 2018 pubblicava l'elenco provvisorio delle istanze ritenute ammissibili in seno al quale non figurava l'iniziativa progettuale proposta dall'odierna ricorrente.

Sicché con pec del 17.09.2018 la SUNPROD srl inoltrava all'amministrazione resistente una ulteriore nota chiedendo il riesame della propria posizione anche alla luce della Circolare prot. n. 36299 del 3.07.2018 diramata dal Dipartimento Attività Produttive recante "Disposizioni in ordine al soccorso istruttorio".

Più in particolare in seno alla Circolare in commento l'amministrazione resistente, in relazione ai "Requisiti di Ammissibilità e Criteri di selezione" espressamente richiamando la Deliberazione della Giunta Regionale di Governo recante il n. 122 del 2018, ha affermato che, nel procedere all'esame dei requisiti di ricevibilità delle iniziative progettuali proposte nell'ambito delle diverse misure bandite dal Dipartimento Regionale delle Attività Produttive, vadano applicate – in quanto compatibili – le norme del codice dei contratti pubblici ed il principio del soccorso istruttorio si come disciplinato dall'art 83 del D.Lgs n. 50 del 2016, integrato dall'art. 52 comma 1 lettera d) del D. Lgs n. 56 del 19.04.2017 il quale, come noto, è uno strumento che, nella fase di valutazione di ricevibilità e ammissibilità nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica e/o selettive, operata la distinzione tra irregolarità essenziali sanabili ed irregolarità essenziali non sanabili, consente di rimediare alle seconde intese come eventuali **mancanze** omissioni,

incompletezze, e/o irregolarità di informazioni e documenti utili ai fini della partecipazione alla gara e ciò mediante l'integrazione, in caso di omissione od incompletezza della documentazione stessa, al fine di ampliare la possibilità di concorrere all'aggiudicazione del contratto pubblico e/o all'utile posizionamento nella graduatoria della selezione, in ossequio al principio del *favor participationis*.

Pertanto, si ribadisce, sulla scorta della disposizione normativa sopra richiamata e della circolare in commento la società ricorrente, ritenendo che ai sensi e per gli effetti dell'art 83 del D.Lgs n. 50 del 2016, come integrato dall'art. 52 comma 1 lettera d) del D. Lgs n. 56 del 19.04.2017 il mancato inoltro del Modello 1 da parte delle imprese partner del progetto Globalcom srl e ADS Elettronica srl si potesse annoverare tra le irregolarità essenziali sanabili, rilevava l'omessa attivazione da parte dell'amministrazione del procedimento sul soccorso istruttorio, **si faceva parte diligente inoltrando il Modello 1 compilato e sottoscritto digitalmente sia da Globalcom srl che da ADS Elettronica srl** e chiedeva il riesame della propria posizione ed il conseguente inserimento nell'elenco delle iniziative ricevibili/ ammissibili a finanziamento.

Nessun riscontro veniva fornito alla predetta nota da parte dell'amministrazione resistente. Sicché l'amministrazione resistente, con nota prot. n. 56401 del 10.10.2018 comunicata via pec il 29.10.2018, oggi impugnata, senza nemmeno dar atto di avere ricevuto e di avere esaminato la nota inoltrata da SUNPROD srl il 17.09.2018, inoltrata unitamente ai DGUE compilati e sottoscritti dalle imprese partner, ma facendo un espresso riferimento solo ed esclusivamente al mancato accoglimento delle controdeduzioni inoltrate dalla medesima società in data 8.08.2018, comunicava la conclusione negativa del procedimento istruttorio *de quo* e la conseguente irricevibilità dell'istanza di agevolazione del progetto n. 084634200544 oggi impugnata ai sensi e per gli effetti del par.4.5 punto 3 lett. a dell'Avviso con la seguente motivazione *“Ritenute le stesse non meritevoli di approvazione atteso che il punto 4 del paragrafo 4.2 prevede che in caso di accordo di partenariato ciascun partner dovrà compilare apposita domanda contenente le dichiarazioni di cui al precedente comma 2, rese ai sensi del DPR n. 445/2000 e con le responsabilità di cui agli artt 75 e 76 dello stesso DPR firmata digitalmente dal legale rappresentante partner del progetto”*. Peraltro in linea con quanto disposto dall'avviso, il comunicato del 13 settembre 2017 pubblicato sul portale delle agevolazioni – ha espressamente disposto che – *“Allegato 1- Modello per l'istanza di finanziamento è firmato dalla capofila. Lo stesso Allegato – ALLEGATO 1 – dovrà essere compilato e firmato da ciascun partner per quanto di competenza”*.

Ebbene nelle more con DDG n. 1880/5.S del 26 ottobre 2018 l'Assessorato Reg. Attività Produttive, odierno resistente, rendeva nota la graduatoria delle istanze ammissibili a finanziamento contenuta nell'Allegato 1 al predetto DDG nonché l'elenco delle istanze irricevibili – Allegato 2 – in seno al quale risulta inserita l'iniziativa della società ricorrente che, ritenendo la sanzione di irricevibilità irrogata dall'amministrazione resistente illegittima propone il presente ricorso che si affida ai seguenti motivi di

DIRITTO

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART 83 COMMA 9 DEL DLGS N. 50 DEL 2016 PER MANCATA ATTIVAZIONE DELL'ISTITUTO DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART 46 COMMA 1 BIS DEL D.LGS N. 163 DEL 2006; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART 6 DELLA LEGGE 241 DEL 1990; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT 3 E 97 COSTITUZIONE; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA CIRCOLARE PROT. n. 36299 DEL 3.07.2018 DEL DIPARTIMENTO ATTIVITA' PRODUTTIVE; ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA; DIFETTO DI PRESUPPOSTO; IRRAGIONEVOLEZZA; ARBITRIO; ILLOGICITA' MANIFESTA;

L'art 83 comma 9 del D. Lgs. n. 50 del 2016 nella sua formulazione risultante dall'art. 52 comma 1 lettera d) del D. Lgs n. 56 del 19.04.2017 dispone che *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura del soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'art 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto ed i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*.

L'attuale formulazione normativa della disposizione sul soccorso istruttorio in commento è il frutto della novella del D.Lgs n. 56 del 2017 che ha introdotto disposizioni integrative e correttive al D. lgs n. 50 del 2016. In esito all'entrata in vigore del suddetto D. Lgs n. 56

del 2017 è stata superata la precedente ed incerta distinzione tra irregolarità essenziali ed irregolarità non essenziali con la conseguenza che sulla scorta della nuova formulazione normativa gli operatori economici potranno integrare o regolarizzare qualsiasi elemento formale della domanda con la sola esclusione di quelli incidenti sull'offerta economica e tecnica.

In particolare il correttivo conferma la sanabilità delle sole carenze formali degli elementi da produrre in sede di gara ma non anche delle carenze “sostanziali” dei requisiti di partecipazione. Nello specifico **sono sanabili la mancanza, l'incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale e non degli elementi da produrre in sede di gara e di quelli relativi al Documento di Gara Unico Europeo.**

Sono espressamente escluse invece dal soccorso istruttorio le carenze (mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità) dell'offerta tecnica ed economica e ciò al dichiarato scopo di evitare violazioni del principio della *par condicio* tra i concorrenti. **Sono inoltre insanabili le irregolarità essenziali rappresentate da carenza della documentazione** (relativa ai requisiti richiesti a pena di esclusione) **tale da non consentire l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della documentazione stessa,** con la conseguente sanabilità di tutte le carenze documentali che comunque abbiano contenuti e responsabili ben identificati ed identificabili.

Tale disposizione normativa va letta in stretto coordinamento con il principio, contenuto nel precedente comma 8, della tassatività delle cause di esclusione dalle gare, il quale stabilisce infatti che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal Codice dei Contratti pubblici e da altre disposizioni di legge vigenti prevedendo la nullità delle eventuali clausole che non tengano conto di tale limitazione. Infatti il legislatore ha inteso disciplinare la materia delle esclusioni da un lato impedendo alle stazioni appaltanti di prevedere cause di esclusione diverse da quelle indicate dal legislatore, dall'altro imponendo alle medesime stazioni appaltanti di attivare il c.detto soccorso istruttorio finalizzato ad evitare che si faccia luogo ad esclusioni fondate su fatti meramente formali.

Questa impostazione nasce dalla volontà di dare la massima espansione al principio del *favor participationis* ed è altresì espressione del più generale principio di leale collaborazione tra privati e pubblica amministrazione. Donde l'utilizzo dell'istituto del soccorso istruttorio, sussistendone i presupposti, non rappresenta per l'ente appaltante una mera facoltà quanto piuttosto un vero e proprio obbligo.

Dalla nuova formulazione della disposizione sul soccorso istruttorio discende che esso possa, anzi debba essere utilizzato per consentire l'acquisizione tardiva di documenti mancanti e/o di dichiarazioni mancanti, purché queste ultime siano afferenti a requisiti già posseduti dalla ditta partecipante alla selezione al momento di presentazione della domanda allorché la ditta partecipante che ne sia in possesso, abbia semplicemente omissis di renderle.

La norma, come noto a Codesto Ecc.mo Collegio, al fine di riequilibrare l'applicazione del principio del *favor participationis* con quelli della *par condicio* e di trasparenza prevede due tipi di limitazione al ricorso al soccorso istruttorio: la prima riguarda le irregolarità inerenti l'offerta tecnica ed economica, la seconda le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa, che sono ritenute irregolarità essenziali non sanabili.

Nel caso di specie, sulla scorta del tenore letterale della disposizione normativa e della concreta applicazione che ad essa ha dato la giurisprudenza, non v'è dubbio che l'amministrazione resistente, in sede di verifica della ricevibilità/ammissibilità delle istanze, avendo riscontrato che alla domanda di partecipazione di SUNPROD srl (composta dal DGUE della Capofila e da tutti gli allegati prescritti dal bando e compilati, per quanto di competenza) non risultavano essere stati altresì allegati i DGUE delle due imprese partner, e che dunque la domanda fosse, sotto tali profili incompleta, ben lungi dall'adottare il provvedimento di esclusione impugnato, avrebbe dovuto attivare l'istituto del soccorso istruttorio di cui all'art 83 comma 9 del D.Lgs n. 50 del 2016, risultandone evidente la sussistenza dei presupposti.

Ed infatti l'irregolarità riscontrata dalla stazione appaltante (mancanza del DGUE delle due imprese partner del progetto), e posta dalla stessa a fondamento del provvedimento di esclusione dell'iniziativa progettuale dalla selezione, è espressamente indicata dalla norma sopra caladata tra le irregolarità essenziali sanabili a cui è applicabile l'istituto del soccorso istruttorio. Sul punto si è espresso il TAR Lazio – Roma Sez II n. 8011 del 2018 che ha statuito che ***“L'applicabilità del soccorso istruttorio all'ipotesi di totale mancanza del DGUE (Documento di Gara Unico Europeo) è espressamente riconosciuta dall'art 83 comma 9, secondo periodo d.lgs n. 50 del 2016”***.

Ed ancora il CGA per la Regione Siciliana in un recente arresto giurisprudenziale esaminando la portata applicativa dell'istituto del soccorso istruttorio nella sua più recente formulazione ha affermato che *“queste disposizioni legislative sono di latitudine tale da far rientrare nell'ambito operativo del relativo istituto, ben al di là delle mere operazioni*

*di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art 46 del d.lgs n. 163/2006, le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, **quand'anche di tipo essenziale purchè non involgente l'offerta economica e tecnica in sé considerata***” (CGA per la Regione Siciliana sent. n. 701 del 2018).

Quanto sopra è acclarato, si ribadisce, dalla mera lettura della lettera della legge, la quale, come già dedotto, riconosce espressamente la sussistenza dell'obbligo per la stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio **“in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'art. 85....”**.

Pertanto è evidente che non avendo la stazione appaltante attivato, nel caso di specie, l'iter del soccorso istruttorio sopra calendarato è senz'altro incorsa nella violazione del citato art 83 comma 9 del D.LGS n. 50 del 2016.

La giurisprudenza è stata più volte chiamata a chiarire la *ratio* dell'istituto e le ipotesi in cui è preclusa la possibilità di farvi ricorso affermando che *“L'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili. Ne è invece esclusa l'applicazione alle mancanze, incompletezze e altre irregolarità essenziali afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica come l'indicazione di ogni singolo prezzo unitario che rappresenta un elemento non accessorio, ma essenziale dell'offerta economica per poter risolvere eventuali discordanze tra prezzo complessivo e somma dei prezzi unitari, né con il soccorso istruttorio la stazione appaltante può consentire di modificare o integrare il contenuto dell'offerta tecnica di gara. **Dunque il limite all'operatività dell'istituto sono gli elementi necessari per garantire il processo di concorrenza con l'attribuzione dei punteggi alle offerte secondo la loro meritevolezza. Questa sembra essere l'interpretazione più aderente alla ratio normativa del disposto di cui all'articolo 83, comma 9, d.lg. n. 50/2016 che esclude l'applicazione del soccorso istruttorio agli elementi relativi all'offerta economica e all'offerta tecnica.*** (T.A.R. sez. II, Firenze, 17/07/2018, n. 1040). Ed ancora: *“Il soccorso istruttorio è un potere di ordine generale, operante alla stregua di regola procedimentale in forza della quale la Pubblica amministrazione, prima di provvedere all'esclusione dalla gara, invita il concorrente ad integrare o regolarizzare le proprie dichiarazioni; il soccorso istruttorio opera non solo al fine della regolarizzazione*

documentale, ma anche dell'integrazione documentale, in caso di mancanza di dichiarazioni ed elementi dell'offerta, purchè le lacune ed omissioni non superino i limiti della "irregolarità essenziale", configurando una più radicale carenza di un elemento essenziale dell'offerta. (Consiglio di Stato , sez. V , 07/08/2017 , n. 3913); così anche “Il soccorso istruttorio assolve alla funzione di evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, a discapito anche della stessa stazione appaltante che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili”. Consiglio di Stato sez. III, 06/08/2018, n. 4833.

Alla luce dei precedenti giurisprudenziali sopra calendati emerge palesemente l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione che ha ritenuto del tutto erroneamente ed illegittimamente di escludere *tout court* la ricorrente dalla procedura selettiva per omesso invio del DGUE delle due imprese partner e non già di attivare il soccorso istruttorio. E tale illegittimità è vieppiù evidente ove si consideri che, sulla scorta dell'espresso tenore della norma, è consentito sanare l'integrale mancanza del DGUE.

All'uopo va altresì ribadito che, in ogni caso, nella fattispecie oggetto del presente giudizio a fronte del regolare invio del DGUE della Capofila e di tutti gli allegati al MODELLO 1 regolarmente compilati per quanto di competenza sia dalla capofila che dalle imprese partner, l'omesso invio dei DGUE delle imprese partner Globalcon srl e ADS Elettronica srl integra una mera incompletezza della domanda di partecipazione non rientrante in nessuna delle due ipotesi di limitazione all'attivazione dell'istituto del soccorso istruttorio tassativamente previste dal medesimo art 83 comma 9 d.lgs n. 50 del 2016 relative, si ribadisce, 1) alle mancanze, incompletezze e altre irregolarità essenziali afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica e 2) alle carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Nel caso di specie invero, nonostante la mancata allegazione del DGUE delle due imprese partner, non sussiste all'evidenza nessuna irregolarità dell'offerta progettuale di SUNPROD srl né dal punto di vista tecnico né da quello economico, risultando l'offerta tecnica ed economica puntualmente inoltrata all'amministrazione in allegato alla domanda di partecipazione; inoltre le carenze documentali riscontrate (mancato invio del DGUE delle imprese partner) risultano senz'altro annoverabili tra le irregolarità formali e non sostanziali (afferendo alla mancanza delle dichiarazioni su requisiti già posseduti dalle medesime imprese partner al momento della scadenza della domanda di partecipazione alla selezione) per questo emendabili attraverso l'istituto del soccorso istruttorio. Tali carenze

documentali, sulla scorta del dettato normativo che oggi si assume violato, non sono all'evidenza idonee a determinare qualsivoglia impossibilità di individuare i contenuti e/o i soggetti che della documentazione e/o delle dichiarazioni mancanti vanno ritenute responsabili stante che:

- 1) Sotto il primo profilo, l'iniziativa progettuale è stata inoltrata all'amministrazione completa di tutti gli elementi di tipo tecnico ed economico previsti dal bando, a mezzo del DGUE inoltrato dalla Capofila SUNPROD srl del Formulario, del Programma d'Investimento e degli allegati b) c) d) ed e), documenti questi, contenenti, si ribadisce, tutti gli elementi idonei a garantire, come richiesto dalla giurisprudenza, il processo di concorrenza con la possibilità di attribuzione alle offerte dei punteggi, secondo la loro meritevolezza;
- 2) Sotto il secondo profilo, non sussistono carenze documentali riscontrate non puntualmente individuabili nei contenuti, stante che per effetto del mancato inoltro dei DGUE dei partner le dichiarazioni mancanti sono (*quelle dichiarazioni indicate dall'avviso rese dal legale rappresentante ai sensi del DPR n. 445 del 2000 e con le responsabilità di cui agli artt 75 e 76 dello stesso DPR*) ovvero quelle elencate proprio nell'allegato MODELLO 1 redatto dall'amministrazione resistente in conformità al DGUE che anche le due azienda partner avrebbero dovuto inoltrare;
- 3) le carenze ascritte alla domanda di partecipazione inoltrata da SUNPROD srl (mancato invio del DGUE da parte delle imprese partner) sono altresì puntualmente individuabili anche in relazione ai soggetti che ne risulterebbero responsabili, soggetti giuridici sui quali non sussiste alcuna incertezza in quanto individuati sia in seno al DGUE inoltrato dalla capofila che negli allegati b), c), d) ed e) ovvero la Globalcom srl e la ADS Elettronica srl; esse peraltro hanno ad oggetto l'omissione delle dichiarazioni da rendersi ex art 75 e 76 del DPR 445 del 2000, inerenti i requisiti di partecipazione alla selezione da parte delle due imprese partner, requisiti di cui le medesime imprese erano già in possesso al momento della presentazione della domanda di partecipazione; ed è tale profilo che rende evidente l'ascrivibilità della carenza documentale riscontrata al novero delle carenze di tipo formale e non sostanziale della documentazione e dunque la conseguente esperibilità nel caso di specie del soccorso istruttorio. Infatti, si ribadisce, posto che le suddette dichiarazioni avrebbero dovuto essere rese dalle due imprese partner in seno al DGUE, alla cui mancanza l'art 83 comma 9 del D.Lgs n. 50 del 2016, secondo periodo connette espressamente l'attivazione del soccorso istruttorio, va rilevato

che la giurisprudenza afferma l'obbligo di attivazione del procedimento di cui sopra in caso di carenza, omissione o irregolarità relative ai requisiti e condizioni di partecipazione purché i requisiti non dichiarati siano posseduti dall'impresa al momento della scadenza della domanda di partecipazione alla selezione, sussistendo il divieto poter attivare il soccorso istruttorio al fine di consentire la produzione di qualsivoglia documento idoneo ad attestare il possesso di un requisito acquisito successivamente alla data di scadenza del bando, in quanto, in tale ipotesi, risulterebbe irrimediabilmente lesa la *par conditio* tra i partecipanti alla selezione.

E nella specie il possesso in capo a Globalcom srl e ad ADS Elettronica srl dei requisiti elencati nel MODELLO 1 (*rectius* DGUE) e richiesti ai sensi dell'art. 76 del DPR 445 del 2000 è stato dichiarato dalle stesse aziende attraverso la compilazione e la sottoscrizione del medesimo MODELLO 1, sicché la SUNPROD SRL facendosi parte diligente, con pec del 17 settembre 2018 ha inoltrato all'amministrazione i due MODELLI 1 (DGUE) compilati, sottoscritti digitalmente dai due legali rappresentanti *pro tempore* delle imprese partner, senza tuttavia ottenere alcun riscontro da parte del Dipartimento Attività Produttive odierno resistente.

Donde, si ribadisce, è evidente l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione che nel caso di specie, riscontrata la carenza documentale *de qua agitur*, avrebbe senz'altro dovuto attivare il soccorso istruttorio, intimando alla ricorrente n.q. di Capofila la produzione, entro il termine di 10 gg, del MODELLO 1 – (DGUE) di Globalcom srl e di ADS Elettronica srl, contenente tutte le dichiarazioni delle stesse imprese partner sui requisiti soggettivi di partecipazione alla selezione, fatto salvo ovviamente il potere da parte dell'amministrazione resistente di escludere l'iniziativa proposta da SUNPROD srl nel caso in cui in esito al procedimento di cui all'art 83 comma 9 del DLGS n. 50 del 2016 la società ricorrente unitamente ai partner non avesse prodotto il DGUE richiesti o non avesse provato l'effettivo possesso, sin ovviamente dalla data di presentazione dell'istanza, dei requisiti di partecipazione richiesti ed oggetto delle dichiarazioni *de quibus*.

Donde l'evidente fondatezza delle censure sopra articolate, che meritano di essere accolte.

II) Senza recesso alcuno da tutto quanto sopra esposto si osserva comunque l'ambiguità e la scarsa chiarezza sia del bando di selezione che della faq pubblicata sul portale del Dipartimento Attività Produttive il 13 settembre 2017, dai quali non si deduce in modo chiaro ed inequivocabile la sussistenza dell'obbligo di compilazione dell'allegato Modello 1 incombente oltre che sulla capofila anche sulle aziende partners del progetto. Invero nel bando, relativamente all'ipotesi di partenariato, si fa riferimento all'obbligo di

compilazione di *apposita domanda contenente le dichiarazioni di cui al precedente comma 2 rese ai sensi del DPR n. 445 del 2000 e con le responsabilità di cui agli artt 75 e 76 dello stesso DPR, firmata digitalmente dal legale rappresentante del partner di progetto.*” Mentre nella faq si afferma che il Modello 1 dovesse essere allegato dalla Capofila e che lo stesso Modello, il quale si rammenta, contiene come parte integrante e sostanziale gli allegati a), b), c), d) ed e) dovesse essere compilato da ciascun partner, **per quanto di competenza.**

Ebbene sulla scorta della ambigua dizione del bando e della faq sopra citata la società ricorrente è stata indotta in errore ritenendo che l’inciso *per quanto di competenza* si riferisse agli allegati b), c), d) ed e) al Modello 1 che sono stati regolarmente compilati, sottoscritti ed inoltrati all’amministrazione resistente da ciascun partner.

Non può non rilevarsi dunque la scarsa chiarezza *in parte qua* della clausola del bando di selezione e della faq (che del bando fa parte integrante e sostanziale) sopra citate, la cui applicazione giammai avrebbe potuto determinare l’irrogazione della sanzione dell’irricevibilità dell’iniziativa della società ricorrente, stante che si sarebbe comunque dovuta privilegiare l’interpretazione favorevole all’ammissione in gara anche, come sopra esposto, attraverso l’attivazione del soccorso istruttorio. Sul punto infatti la giurisprudenza ha affermato che *“In presenza di clausole di un bando o di un disciplinare ambigue o contraddittorie deve essere privilegiata l’interpretazione favorevole all’ammissione alla gara invece che quella che tenda all’esclusione del concorrente in ossequio al canone del favor participationis che sottende anche l’interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale teso all’individuazione dell’offerta maggiormente vantaggiosa e conveniente per l’amministrazione appaltante dovendo in difetto affermarsi l’illegittimità dell’esclusione dalla gara pronunciata in applicazione di disposizioni di lex specialis che, sebbene corredate dall’espressa comminatoria di esclusione evidenziano tratti di ambiguità, incertezza o contraddittorietà* (TAR Lombardia – Milano Sez I n. 169 del 2017). Infatti nelle gare pubbliche, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis (una avente 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 c.dette clausole ambigue si porrebbe in evidente contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione, determinando ex art 46 comma 1 bis d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 la sanzione della nullità a carico della clausola in parola.

Donde anche sotto tale profilo, l'evidente illegittimità dei provvedimenti impugnati che meritano di essere annullati.

SULLA RICHIESTA DI AUTORIZZAZIONE ALLA NOTIFICA AI SENSI DELL'ART 151 C.P.C.

Ai sensi dell'art 52, comma 2, c.p.a. (Termini e forme speciali di notificazione) può essere autorizzata la notificazione del ricorso "con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o fax, ai sensi dell'art 151 del codice di procedura civile"

Orbene l'art 151 c.p.c. dispone che "Il giudice può prescrivere, anche d'ufficio, con decreto steso in calce all'atto, che la notificazione sia eseguita in modo diverso da quello stabilito dalla legge".

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito "che il predetto art 52 c.p.a., in combinazione sistematica con l'art 151 c.p.c. nella parte in cui attribuisce al giudice il potere di disporre che la notificazione sia eseguita in modo diverso da quello stabilito dalla legge, consenta di disapplicare l'art 150 c.p.c. comma 3 nella parte in cui prescrive "in ogni caso" l'inserimento dell'atto notificato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica" ed ha ritenuto "conforme all'evoluzione normativa e tecnologica che permette di individuare nuovi strumenti idonei a consentire la medesima finalità di conoscibilità un tempo rimessa alla sola pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con l'indubbio vantaggio – quanto a tale modalità di notificazione- di ovviare all'eccessivo ed ingiustificato onere economico della pubblicazione con modalità cartacea (TAR Lazio Roma – Ordinanza n. 9598/13, cfr anche TAR Lazio Roma ordinanza n. 330/14 e TAR Lazio Latina , decreto collegiale n. 950/12.

SUL DANNO

Il presente gravame appare senz'altro assistito dal prescritto requisito del *fumus boni iuris*. In merito alla sussistenza dell'ulteriore requisito del *periculum in mora*, occorre rilevare che in conseguenza dell'illegittima esclusione la società ricorrente, unitamente ai partner perderebbe una valida occasione di incremento dello sviluppo economico dell'azienda, senz'altro non risarcibile.

La fondatezza del ricorso, inoltre, induce fondatamente a ritenere gravi le conseguenze del mancato inserimento dell'iniziativa progettuale di SUNPROD srl nell'elenco delle ditte ammissibili a finanziamento e ciò in quanto i danni in capo alla ricorrente della mancata partecipazione all'ulteriore fase di valutazione ed attribuzione dei punteggi in relazione all'iniziativa progettuale presentata non sarebbero senz'altro completamente risarcibili per equivalente (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 1373/2002).

Si insiste pertanto nella presente domanda cautelare.

P.Q.M.

VOGLIA S.E. IL PRESIDENTE

Preliminarmente concedere l'autorizzazione alla notifica del presente ricorso per pubblici proclami mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito dell'Assessorato Regionale Attività Produttive

E

VOGLIA CODESTO ECC.MO TAR

Sempre in via preliminare accogliere l'istanza di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati per l'effetto disponendo le misure cautelari che appaiano secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti sulla decisione sul ricorso al fine di consentire l'ammissione con riserva dell'iniziativa proposta dalla società ricorrente tra quelle ricevibili ed ammissibili a finanziamento sospendendo nelle more del riesame l'efficacia di tutti i provvedimenti impugnati;

Nel merito accogliere il presente ricorso, e per l'effetto annullare i provvedimenti impugnati nelle parti in epigrafe indicate

Con salvezza di ogni altro diritto e vittoria di spese.

Si dichiara che il valore della presente controversia è indeterminabile e che pertanto il contributo unificato è dovuto in misura pari ad € 650,00.

Lì, 26.12.2018

Avv. Valentina Blunda