

AVV. NEMO DARDANO

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO - ROMA

RICORSO nell'interesse del **COMUNE DI ARIENZO** (c.f. 80007270616), in persona del Sindaco e legale rapp.te *pro tempore*, con sede in Arienzo (Ce), Piazza Sant'Agostino, 4, rappresentato e difeso, in virtù di procura acquisita su foglio separato da intendersi in calce al presente atto e costituente parte integrante del medesimo, dall'avv. **NEMO DARDANO** (c.f. DRDNME92E09F839L), con il quale ha eletto domicilio fisico presso il suo studio in Pozzuoli (Na), al Corso Nicola Terracciano n. 28 e domicilio digitale presso il seguente indirizzo p.e.c. nemodardano@avvocatinapoli.legalmail.it, indirizzo presso cui si dichiara di voler ricevere tutte le comunicazioni [ai sensi dell'art. 136 c.p.a. si indica il seguente n. fax: 081-2481361];

per l'annullamento, previa adozione delle più idonee misure cautelari: **a.** del provvedimento, comunicato in data 6 giugno 2022, con cui il Ministero dell'Istruzione ha disposto la esclusione dell'ente dalla procedura bandita ai sensi del D.M. 343 del 2 dicembre 2021, relativamente alla domanda di finanziamento proposta dal Comune di Arienzo (in data 14 febbraio 2022) per la realizzazione di una palestra scolastica in via Crisci (C.U.P. H21B22001090006); **b.** della graduatoria relativa agli interventi di nuova costruzione, demolizione e/o ricostruzione e/o ampliamento nella Regione Campania - Comuni e del relativo provvedimento di approvazione, nella parte in cui non è incluso il progetto proposto dal Comune di Arienzo tra gli interventi ammessi al contributo; **c.** dell'avviso per la presentazione delle proposte approvato ai sensi del decreto n. 343 del 2 dicembre 2021, nelle parti e per i vizi che saranno di seguito illustrati; **d.** di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale;

nonché per l'accertamento e la declaratoria del diritto del Comune di Arienzo di essere ammesso al contributo di cui all'avviso approvato ai sensi del D.M. n. 343 del 2 dicembre 2021 (e, quindi, di essere inserito nella relativa graduatoria) per il progetto C.U.P. H21B22001090006.

FATTO

1. Il Ministero dell'Istruzione, in attuazione del decreto n. 343 del 2 dicembre 2021, ha approvato l'avviso pubblico per la presentazione di proposte per la messa in sicurezza e/o realizzazione di palestre scolastiche da finanziare nell'ambito del PNRR, Missione 4 – Istruzione e Ricerca – Componente 1 – Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido alle Università – Investimento 1.3: "Piano per le infrastrutture per lo sporto nelle scuole", finanziato dall'Unione Europea – Next Generation EU, volto a favorire le attività sportive e i corretti stili di vita nelle scuole, riducendo il divario infrastrutturale esistente al riguardo, rafforzando le attività e le infrastrutture sportive, così da combattere l'abbandono scolastico, incentivare l'inclusione sociale e rafforzare le attitudini personali.

1.1. La misura di sostegno rientra, quindi, nel più ampio nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) adottato dallo Stato.

2. Il Comune di Arienzo ha tempestivamente presentato la propria candidatura proponendo un intervento volto alla costruzione di una palestra scolastica relativa al plesso scolastico sito in via Crisci, Arienzo (Ce).

3. In data 6 giugno 2022, l'ente ricorrente ha ricevuto comunicazione della esclusione dalla procedura disposta dal Ministero. In particolare, nell'ambito del provvedimento in questione, è testualmente riportato che *all'esito delle verifiche effettuate sulla veridicità delle dichiarazioni rese in fase di candidatura e sul possesso dei requisiti minimi di ammissibilità rispetto alla documentazione caricata sul sistema informativo, è emerso che l'intervento è inammissibile ai sensi dell'art. 5, comma 1, lettera a), dell'Avviso pubblico, in quanto non è prevista una connessione diretta e protetta con gli edifici scolastici esistenti. Alla luce di quanto esposto, con la presente si dichiara che l'intervento CUP: H21B22 001090006 è escluso dalla procedura indicata in oggetto per mancanza dei requisiti minimi di ammissibilità richiesti espressamente dall'avviso pubblico.*

*

Il provvedimento di esclusione impugnato è illegittimo (e, per l'effetto, è illegittima, in via derivata, la graduatoria nella parte in cui non è incluso il

progetto proposto dal Comune di Arienzo tra gli interventi ammessi al contributo) per i seguenti

MOTIVI

1. Violazione delle garanzie procedurali. Violazione di legge. Violazione art. 97 Cost. Violazione degli artt. 6, 7, 10 e 10 *bis* della l. n. 241/90. Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione.

1.1. L'esclusione del progetto dell'ente ricorrente dalla procedura in esame è illegittima, innanzitutto, poiché disposta in carenza della preventiva instaurazione di qualsivoglia forma di contraddittorio procedimentale.

1.2. Invero, con il provvedimento qui impugnato, il Ministero (senza aver mai avanzato qualsivoglia tipo contestazione nei confronti dell'ente ricorrente) si è limitato a comunicare all'ente l'intervenuta esclusione del progetto proposto dal Comune di Arienzo dalla procedura *de qua*, rilevando (erroneamente, come sarà meglio evidenziato *infra*), per la prima volta, la mancanza dei requisiti minimi di ammissibilità richiesti dall'avviso pubblico (poiché, si legge nel provvedimento, nell'ambito dell'intervento proposto *non è prevista una connessione diretta e protetta* tra la palestra – oggetto dell'intervento da finanziare – e gli edifici scolastici esistenti).

1.3. Nel caso di specie, dunque, l'esclusione del progetto dell'ente ricorrente è stata disposta in palese violazione delle garanzie procedurali imposte *ex l.* n. 241/90.

Segnatamente, la legge sul procedimento amministrativo dispone:

- all'art. 6, che il responsabile del procedimento adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria e, in particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali (cd. soccorso istruttorio);

- all'art. 7, che l'avvio del procedimento stesso è comunicato ... ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire;

- all'art. 10, che i destinatari del provvedimento definitivo hanno diritto: a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24; b) di presentare (chiaramente prima dell'adozione del provvedimento definitivo) memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento;

- all'art. 10 bis, che l'amministrazione, prima di adottare un provvedimento di segno negativo, deve comunicare all'istante i motivi ostativi l'accoglimento della domanda.

1.4. Nulla di tutto ciò è stato garantito all'ente ricorrente nel procedimento definito con l'adozione del provvedimento di esclusione dalla procedura (il che si pone, peraltro, in evidente contrasto con i principi di buona fede e leale collaborazione nei procedimenti amministrativi¹, oggi positivizzati ex art. 1, co. 2 bis, della l. n. 241/90).

1.5. L'instaurazione di un contraddittorio procedimentale risultava, nel caso in esame, necessaria e (addirittura) indispensabile stante **il tenore estremamente vago e generico della previsione dell'avviso di cui all'art. 5, co. 1, lett.a.** [sulla genericità della previsione dell'avviso pubblico richiamata nel provvedimento di esclusione (e conseguente dovere di attivazione del soccorso istruttorio) ci si soffermerà nel successivo motivo di ricorso, ai cui contenuti (e relativi richiami giurisprudenziali) si rinvia].

1.6. D'altro canto, è certo che una regolare interlocuzione tra le parti avrebbe consentito all'ente ricorrente di chiarire qualsivoglia profilo di criticità riscontrato dal Ministero, specificando, se del caso, le molteplici soluzioni di connessione diretta e protetta tra edifici attuabili in riferimento al progetto in questione, così evitando l'adozione del provvedimento di esclusione.

¹ I principi di leale collaborazione e buona fede, come precisato altresì recentemente dalla giurisprudenza (cfr. Tar Campania, Napoli, sent. n. 480/2022), non si limitano a regolare i rapporti tra il singolo cittadino e la pubblica amministrazione ma devono essere intesi come principi generali permeanti la disciplina del procedimento amministrativo.

2. Illegittimità derivata. Illegittimità, *in parte qua*, della *lex specialis*. Violazione del dovere di *clare loqui*. Eccesso di potere. Irragionevolezza. Illogicità. Violazione del principio di proporzionalità. Violazione del principio del *favor participationis*.

2.1. Il provvedimento di esclusione è illegittimo altresì per illegittimità cd. derivata dell'art. 5, co. 1, lett. a. (*in parte qua*), dell'avviso pubblico² laddove prevede che *per le nuove costruzioni dovrà essere garantita una connessione diretta e protetta con gli edifici esistenti*.

2.2. *In primis*, è bene precisare che la fattispecie di 'inammissibilità' richiamata dal Ministero nel provvedimento di esclusione non è contemplata nel decreto del Ministro dell'Istruzione n. 343/2021 (in applicazione del quale è stato adottato l'avviso pubblico di cui alla procedura *de qua*), e/o in altre disposizioni di legge.

Invero, nel D.M. 2 dicembre 2021, n. 343, non vi è alcun riferimento a un requisito di ammissibilità al finanziamento tale da imporre che la proposta progettuale relativa a nuova costruzione debba garantire (se non, chiaramente, dal punto di vista funzionale) una connessione diretta e protetta con il relativo edificio scolastico.

2.3. Il requisito in esame è stato introdotto dal Ministero, a valle, nell'ambito dell'avviso pubblico in modo del tutto arbitrario, peraltro attraverso una formulazione del tutto generica e vaga [e, in ogni caso (come si vedrà), è stato

² Sul punto, costituisce affermazione reiterata in giurisprudenza che nel caso in cui il provvedimento amministrativo generale rechi statuizioni ambigue e plurivoche, cioè suscettibili di essere interpretate e applicate in modo anche non lesivo per il ricorrente, questi potrà impugnare l'atto generale congiuntamente a quello applicativo ove solo da quest'ultimo (in ragione dell'opzione ermeneutica dell'amministrazione pregiudizievole per l'interessato) emerga la concreta lesività della propria sfera giuridica. La posizione appena riferita può essere affidata alla cristallina statuizione del Consiglio di Stato per cui: "*allorché l'atto generale normativo della pubblica amministrazione appaia di incerta interpretazione, di guisa che soltanto con l'atto applicativo venga a concretarsene l'effettiva portata precettiva e lesiva, la mancata impugnazione dell'atto generale in via autonoma nel termine decorrente dalla sua legale concorrenza non preclude agli interessati di proporre impugnazione dell'atto stesso congiuntamente al provvedimento applicativo nel termine decorrente dalla comunicazione di quest'ultimo*" (Consiglio di Stato, sez. VI, 11 marzo 1989, n. 260; in senso analogo TAR Piemonte, sez. I, 7 febbraio 2013, n. 171; Consiglio di Stato, sez. V, 25 marzo 1983, n. 112; per il principio anche CdS, V, 4274/2011 e 1284/2010).

desunto dal Ministero attraverso una illegittima interpretazione integrativa (*in malam partem*) dei contenuti del medesimo avviso].

2.4. In sostanza, dunque, il requisito di ammissibilità al finanziamento la cui carenza è contestata dal Ministero nel provvedimento impugnato:

- non è stabilito, a monte, dal D.M. 2 dicembre 2021, n. 343 e/o da altre disposizioni di legge;

- è stato previsto solo, a valle, nell'ambito dell'avviso pubblico, attraverso una **formulazione così generica da renderne incomprensibile l'effettiva portata** (l'art. 5, co. 1, lett. a., dell'avviso pubblico, si limita, infatti, a stabilire che "*la nuova costruzione dovrà garantire una connessione diretta e protetta con l'edificio scolastico*" senza offrire alcuna indicazione in merito cosa debba intendersi effettivamente per "*connessione diretta e protetta*").

2.5. L'anzidetto criterio, sotto altro profilo, si pone in contrasto (e, quindi, è illegittimo) con i principi di ragionevolezza, proporzionalità, *favor participationis*, trasparenza, nonché con la stessa *ratio* della procedura in esame (cfr. aumentare la disponibilità di palestre e impianti sportivi, attraverso la realizzazione di nuove strutture o la messa in sicurezza di strutture già esistenti, agevolando e incentivando gli investimenti degli enti locali).

*

2.6. La macroscopica indeterminatezza del criterio in esame merita una breve digressione, in quanto sufficiente, in via autonoma, a determinarne la illegittimità per violazione del dovere di *clare loqui*.

2.7. In via preliminare, è opportuno precisare che:

- se l'avviso richiede che in caso di nuova costruzione dovrà essere garantita una connessione diretta e protetta con l'edificio scolastico, è evidente che gli edifici in questione (nuova palestra e edificio scolastico) possono: **(i)** non far parte di un unico corpo di fabbrica; **(ii)** trovarsi in aree differenti;

- l'avviso non prescrive alcun limite di distanza "massimo" tra gli edifici in questione;

- l'avviso non precisa in che modo debba essere dimostrata la sussistenza del requisito in esame;

- il concetto di connessione diretta e protetta tra edifici non può certamente essere interpretato, senza alcuna ulteriore precisazione, in senso univoco. Invero, sono svariate (e di diversa natura) le modalità attraverso cui può essere garantita, *in thesi*, una connessione diretta e protetta tra edifici. A titolo meramente esemplificativo, una connessione diretta e protetta tra edifici può essere garantita (anche a seconda della distanza che divide gli stessi) mediante:

- la realizzazione di apposite strutture di collegamento (ad es. cavalcavia, sottopassaggi, passerelle pedonali);
- la predisposizione di percorsi pedonali vigilati;
- l'organizzazione di un servizio di trasporto di collegamento tra gli edifici, etc.

Ciò premesso, non può che desumersi l'assoluta indeterminatezza e genericità (i.e. la illegittimità) del criterio indicato all'art. 5, co. 1, lett. a., dell'avviso pubblico, laddove stabilisce che *per la nuova costruzione dovrà essere garantita una connessione diretta e protetta con l'edificio scolastico esistente senza:*

- chiarire cosa debba intendersi effettivamente per *connessione diretta e protetta* tra gli edifici (non è neanche precisato, ad esempio, se, per garantire detta connessione, occorra necessariamente un collegamento fisico tra le strutture);

- offrire la minima indicazione in merito a eventuali parametri e/o standard minimi da considerare per garantire detta connessione.

In sostanza, la enunciazione del requisito in parola, contenuta nell'avviso pubblico, non consente in alcun modo di comprendere né cosa debba intendersi per connessione diretta e protetta tra gli edifici, né in che modo dovrebbe essere dimostrata (ai fini dell'ammissibilità dell'intervento al finanziamento) la garanzia di siffatta connessione.

2.8. L'illegittimità (per indeterminatezza e genericità) del criterio in esame si riflette chiaramente sul provvedimento di esclusione dalla procedura qui impugnato.

Segnatamente, la giurisprudenza europea (recepita pacificamente dalla giurisprudenza amministrativa interna, cfr. Adunanza Plenaria del Cons. di Stato, sent. n. 19/2016), in riferimento ai contenuti della *lex specialis* nelle procedure di appalti (ma il principio riguarda tutte le procedure a evidenza pubblica), ha evidenziato che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare - attivando apposito contraddittorio procedimentale anche mediante richiesta di soccorso istruttorio - la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice (cfr. Corte di Giust., sent. 2 giugno 2016, causa C-27/15, Pippo Pizzo). Il principio di trasparenza (codificato nell'ordinamento ex **art. 1, co. 1, della l. n. 241/90**), prosegue la Corte, implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione

2.9. Del resto, stante la dedotta genericità dell'avviso pubblico in merito al profilo in esame (cfr. connessione diretta e protetta tra gli edifici), la relativa valutazione del Ministero risulterebbe (e, nel caso di specie, risulta) priva di

qualsivoglia parametro predeterminato e rimessa al puro arbitrio, il che non è neanche ipotizzabile.

3. Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis*. Mancanza dei presupposti di legge. Eccesso di potere. Irragionevolezza. Illogicità. Violazione del principio di proporzionalità. Violazione del principio del *favor participationis*. Difetto di istruttoria. Difetto di motivazione.

3.1. In ogni caso, sono (ulteriormente) illegittime la interpretazione e l'applicazione del criterio in parola operate dal Ministero nel caso di specie (e di conseguenza, è illegittimo - per violazione della *lex specialis* e dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, logicità, *favor participationis*, oltre che per carenza del presupposto di legge, di istruttoria e di motivazione - il provvedimento di esclusione impugnato).

3.2. Il Ministero ha fondato, infatti, l'esclusione dalla procedura dell'ente ricorrente sulla base:

- di una illegittima interpretazione restrittiva e manipolativa (additiva), *in malam partem*, del criterio in esame;
- di errati presupposti.

3.3. Invero, il criterio di cui all'art. 5, co. 1, lett. a, dell'avviso pubblico, come anticipato, prevede testualmente - nell'ambito di un più articolato criterio di ammissibilità relativo ai progetti per *demolizione e ricostruzione, nuova costruzione e/o ampliamento di edifici esistenti* - che (...) per i nuovi edifici **dovrà essere garantita** una connessione diretta e protetta con gli edifici scolastici esistenti.

Dunque, la *lex specialis* si limita a prescrivere che per gli interventi di nuova costruzione *dovrà essere garantita una connessione diretta e protetta* tra la nuova palestra edificata e i relativi edifici scolastici.

3.4. Non v'è traccia, invece, della necessità di prevedere (cfr. che è quanto contestato all'ente ricorrente: *inoltre, per la palestra non è prevista una connessione con gli edifici scolastici esistenti*) **e, quindi, di specificare, sin dal momento di**

presentazione della domanda (trattandosi, del resto, di un profilo collaterale attinente la fase esecutiva del progetto di intervento), le concrete modalità di attuazione della pretesa connessione.

In tal senso depone altresì:

- l'utilizzo del tempo verbale futuro (cfr. dovrà essere garantita) nell'ambito della richiamata previsione;
- il tenore letterale estremamente generico della previsione.

3.5. Ne consegue che la valutazione del Ministero³, in questa fase iniziale della procedura, può riguardare, al più, la (sola) compatibilità 'in astratto' dell'intervento con il criterio in esame.

3.6. Tuttavia nel caso in esame, il Ministero prescindendo da qualsivoglia accertamento sul punto (e, come già osservato, **dall'attivazione di una interlocuzione con l'ente che sarebbe risultata certamente risolutiva**), ha disposto *d'emblée* l'esclusione del progetto dalla procedura *in quanto non è prevista una connessione diretta e protetta con gli edifici scolastici esistenti* (nonostante, come detto, la *lex specialis* non richieda la necessaria specificazione, sin dalla data di presentazione della domanda, delle concrete modalità di attuazione della *connessione diretta e protetta* tra gli edifici coinvolti).

3.7. Dunque, è certamente illegittimo il provvedimento di esclusione adottato dal Ministero considerato che la proposta progettuale di nuova costruzione dell'ente ricorrente non contiene alcun elemento ostativo alla possibilità di garantire *una connessione diretta e protetta* tra la palestra e il relativo edificio scolastico.

Peraltro, si consideri altresì che, nel caso di specie, la proposta progettuale dell'ente ricorrente riguarda la realizzazione di una palestra scolastica ubicata nelle immediate vicinanze del plesso scolastico (in particolare, le particelle

³ Fermi, ovviamente, l'esercizio dell'attività di controllo e monitoraggio nell'esecuzione del progetto e il potere di revoca del contributo previsti dall'avviso pubblico.

individuare per l'intervento, sono poste lungo via Crisci, parallelamente all'edificio scolastico).

*

3.8. L'interpretazione restrittiva (e relativa applicazione) dei criteri in parola adottata dal Ministero (restringendo irragionevolmente il novero di interventi ammissibili ai finanziamenti) si pone altresì in aperto contrasto:

- con il pacifico orientamento giurisprudenziale, l'amministrazione, nell'interpretare i contenuti della *lex specialis* delle procedure di gara, deve applicare altresì il criterio del *favor participationis*, in virtù del quale a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenuta in un bando va sempre preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti (cfr. Cons. di Stato, sentt. n. 1698/2022, n. 5828/2018; declinato in altre pronunce come necessità di applicare i **criteri di proporzionalità e ragionevolezza**, con la finalità di **escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive**, per cui, in caso di dubbi interpretativi, deve essere sempre preferita la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara, così Cons. di Stato, sentt. n. 1186/2022, n. 2090/2020).

- con le richiamate finalità della procedura in esame e del PNRR.

*

3.9. Senza considerare che, nell'adottare il provvedimento impugnato, non ha tenuto minimamente conto del fatto che l'ente ricorrente, nell'ambito della dichiarazione relativa al rispetto dei principi previsti per gli interventi del PNRR, ha espressamente dichiarato sotto la propria responsabilità **di aver considerato e valutato tutte le condizioni che possono incidere sull'ottenimento e utilizzo del finanziamento** (ivi compreso, quindi, il requisito di cui all'art. 5, co. 1, lett. a.) *a valere sulle risorse dell'investimento "piano per le infrastrutture per lo sporto nelle scuole"* **e di averne tenuto conto ai fini dell'elaborazione della proposta progettuale.**

Il Comune, dunque, ha dichiarato di aver tenuto conto, nell'elaborazione della proposta progettuale, del fatto che la palestra (una volta edificata e operativa) dovrà essere connessa (in maniera *diretta e protetta*) al relativo edificio scolastico.

4. Istanza cautelare.

4.1. Il *fumus boni juris* emerge dai motivi di ricorso.

4.2. Il danno derivante dal provvedimento impugnato nei confronti dell'ente ricorrente è grave ed irreparabile atteso che la perdurante efficacia dello stesso impedisce la possibilità per il Comune di accedere al contributo indispensabile per la realizzazione della palestra scolastica di cui alla relativa proposta progettuale con conseguente grave pregiudizio per la comunità insediata, per le famiglie e i minori.

4.3. Dunque, appare necessaria l'adozione di ogni più utile misura a garantire la tutela sostanziale dedotta in giudizio, anche attraverso il doveroso riesame della domanda e dei documenti prodotti.

PQM

Si conclude per l'accoglimento del ricorso e della istanza cautelare. Vittoria di spese, diritti e onorari.

*

Ai sensi del d.P.R. 115/2002 si dichiara che il contributo unificato è dovuto nella misura di € 650,00.

Avv. Nemo Dardano