

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 Macello (C.U.P. H21B22001100006); **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.** della nota chiarimenti 9557 del 18 febbraio 2022 richiamata nel provvedimento impugnato sub. a., nelle parti e per i vizi che saranno illustrati nei motivi di ricorso; **e.** 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. H21B22001100006.

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 piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

2. Il Comune di Arienzo ha tempestivamente presentato la propria candidatura proponendo un intervento volto alla costruzione di una palestra scolastica. Detto intervento di nuova costruzione (oggetto della proposta progettuale dell'ente ricorrente) si innesta in un più ampio intervento di delocalizzazione dei plessi scolastici "Parco Europa", "San Filippo Neri" e "Valletta" (già attivi) e di contestuale realizzazione di un nuovo "polo" scolastico in località "SS. Maria Maddalena".

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 rispetto alla documentazione caricata sul sistema informativo, è emerso che l'intervento è inammissibile ai sensi dell'art. 5, comma 2, lettera h), dell'Avviso pubblico, in quanto non conforme alle previsioni dell'art. 4, comma 1, lettera b), dell'Avviso stesso e alla nota di chiarimenti 9557 del 18.02.2022. L'intervento candidato prevede, infatti, la realizzazione di una palestra a servizio di un edificio scolastico in costruzione, non esistente e non attivo al momento della presentazione della candidatura. Inoltre, per la palestra non è prevista una*

connessione diretta e protetta con gli edifici scolastici esistenti ospitanti la popolazione beneficiaria ai sensi dell'art. 5, comma 1, lettera a), dell'Avviso pubblico. Alla luce di quanto esposto, con la presente si dichiara che l'intervento CUP: H21B22001100006 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 l'intervenuta esclusione del progetto proposto dal Comune di Arienzo dalla procedura *de qua*, rilevando, per la prima volta, la mancanza dei requisiti minimi di ammissibilità richiesti dall'avviso pubblico poiché, si legge nel provvedimento, *l'intervento candidato*:

- da un lato, *prevede la realizzazione di una palestra a servizio di un edificio scolastico (ancora) in costruzione, non (già) esistente e non (già) attivo al momento della presentazione della candidatura;*
- dall'altro, non prevede *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

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.

vago e generico delle previsioni dell'avviso di cui agli artt. 4, co. 1, lett. b. e 5, co. 1, lett. a. [sulla genericità dei criteri richiamati 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, una regolare interlocuzione tra le parti avrebbe certamente consentito all'ente ricorrente di chiarire qualsivoglia profilo di criticità riscontrato dal Ministero nella relativa proposta progettuale, in riferimento ad entrambi i requisiti oggetto di contestazione, così evitando l'adozione del provvedimento di esclusione.

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

2.1. *In primis*, occorre precisare che le fattispecie di 'inammissibilità' richiamate dal Ministero nel provvedimento di esclusione non sono contemplate 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 requisiti di ammissibilità al finanziamento tali da imporre che la proposta progettuale relativa a una nuova costruzione di palestra scolastica debba necessariamente:

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).

(i) riguardare edifici scolastici (che la nuova palestra andrà a servire) **già esistenti e attivi al momento della presentazione della candidatura**;

(ii) **garantire una connessione** (se non, chiaramente, dal punto di vista funzionale) diretta e protetta con il relativo edificio scolastico (**e che, addirittura, le relative modalità di attuazione debbano essere specificate sin dal momento della presentazione della candidatura**).

2.2. In sostanza, dunque, i requisiti di ammissibilità al finanziamento la cui carenza è contestata dal Ministero nel provvedimento impugnato:

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

- sono stati previsti solo, a valle, nell'ambito dell'avviso pubblico, peraltro attraverso una **formulazione così generica da renderne incomprensibile l'effettiva portata** [e, in ogni caso (come si vedrà meglio *infra*), sono stati desunti attraverso una illegittima interpretazione integrativa (*in malam partem*) dei contenuti del medesimo avviso].

2.3. Gli anzidetti requisiti, sotto altro profilo, si pongono in contrasto (e, quindi, sono illegittimi) con i principi di ragionevolezza, proporzionalità, *favor participationis*, trasparenza, *clare loqui*, 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).

2.4. È opportuno, per favorire una esposizione schematica e sintetica, suddividere in ulteriori sotto-paragrafi la disamina relativa ai due requisiti oggetto di contestazione nell'ambito del provvedimento impugnato.

sub. a.

a.1. In merito al primo profilo (cfr. *l'intervento candidato prevede, infatti, la realizzazione di una palestra a servizio di un edificio scolastico in costruzione, non esistente e non attivo al momento della presentazione della candidatura*), il Ministero

ha contestato, in sostanza, la carenza del requisito di cui all'art. 4, co. 1, lett. b., dell'avviso pubblico.

a.2. L'art. 4, co. 1 lett. b., dell'avviso prevede, in particolare, che sono finanziabili le proposte progettuali che prevedano una *nuova costruzione di edifici da destinare esclusivamente a palestre scolastiche a servizio di edifici scolastici esistenti*.

L'avviso, però, non specifica minimamente cosa debba intendersi effettivamente per edificio scolastico 'esistente'. Esso, infatti, **non contiene alcun elemento e/o parametro minimo per definire il concetto di 'esistenza'** (che, come noto, può assumere plurime accezioni nell'ambito del nostro ordinamento³) dell'edificio scolastico che la palestra da costruire andrà a servire, **tantomeno chiarisce in che modo debba essere dimostrata (o a quale contesto temporale debba essere agganciata) siffatta 'esistenza'** (il che è sufficiente a determinare la illegittimità del requisito per genericità).

a.3. Inoltre, è opportuno sin da subito precisare che la disposizione in esame non contiene alcun riferimento al fatto che gli edifici scolastici (cui la palestra da costruire dovrà essere posta a servizio) debbano **necessariamente essere già esistenti e/o attivi al momento della presentazione della candidatura** (che è quanto contestato all'ente ricorrente nel caso di specie), piuttosto che esistenti al momento della effettiva realizzazione della palestra (ovvero della sua concreta operatività).

Si tratta di un elemento introdotto *ex post* (e, quindi, attraverso una illegittima integrazione della *lex specialis*) dal Ministero con la nota 9557 del 18 febbraio 2022 (**pubblicata, peraltro, successivamente alla presentazione della domanda da parte dell'ente ricorrente**) ove è precisato che *gli edifici scolastici*

³ A titolo esemplificativo, dal punto di vista: **(i)** urbanistico, un edificio si considera esistente quando risulta legittimamente realizzato (e cioè in ragione di legittimi titoli abilitativi; **(ii)** edilizio, come confermato dalla più recente giurisprudenza amministrativa (cfr. Tar Lazio, Latina, sent. n. 505/2022), il concetto di 'esistenza' dell'edificio (quale elemento di *discrimen* tra un intervento di ristrutturazione, che presuppone un edificio esistente, e nuova costruzione) può riguardare anche edifici non più materialmente esistenti, di cui però la consistenza originaria si può ricostruire con un'indagine tecnica. La legge regionale della Campania n. 19/2009, inoltre, precisa che *per volumetria esistente si intende la volumetria lorda già edificata o in corso di edificazione, o ultimata ma non ancora dotata di certificato di agibilità, o edificabile ai sensi della normativa vigente*; **(iii)** strutturale, le Norme Tecniche per le Costruzioni riconducono l'esistenza dell'edificio alla completa realizzazione della struttura; **(iv)** fiscale e/o "dichiarativo", l'esistenza dell'edificio è riconosciuta attraverso l'iscrizione al catasto dello stesso.

delle istituzioni scolastiche di riferimento e dei plessi principali, ai quali sono annesse le mense e/o le palestre, devono essere funzionanti e attivi e non essere edifici in costruzione.

a.4. La integrazione del requisito in esame operata, sotto forma di chiarimento, dal Ministero è chiaramente illegittima (e, di conseguenza, è illegittima la nota ministeriale 9557 del 18 febbraio 2022).

a.5. Innanzitutto, rappresenta pacifica acquisizione giurisprudenziale il principio per cui i chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso di una gara d'appalto (ma il principio è pacificamente esteso a tutte le procedure a evidenza pubblica) non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della lex specialis di gara (cfr., da ultimo, Cons. giust. amm. Sicilia, 08 ottobre 2021, n. 841; id. 20 settembre 2021, n. 806, che richiama un'ampia giurisprudenza). I chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della lex specialis, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della lex specialis, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (cfr. Cons. Stato, IV, 15 dicembre 2020, n. 8031, che richiama anch'essa a corredo una vasta giurisprudenza)" (cfr. Cons. di Stato, sez. III, 7 gennaio 2022, sent. n. 64).

a.6. Sotto differente profilo, il chiarimento reso dal Ministero è (ulteriormente) illegittimo poiché del tutto irragionevole, illogico e contrario ai suoi stessi dichiarati intenti (cfr. *rispettare target e obiettivi del PNRR*).

L'interpretazione estremamente restrittiva del requisito in esame operata dal Ministero, sotto forma di chiarimento, finisce, infatti, per escludere – del tutto ingiustificatamente - a priori, dalla procedura in esame, tutta una gamma di interventi relativi a edifici scolastici in corso di costruzione che saranno certamente esistenti e attivi quando la nuova palestra sarà edificata; esito palesemente irragionevole e in contrasto con le finalità della procedura.

Del resto, è paradossale che la realizzazione (ancorché in corso d'opera) di un innovativo complesso scolastico (con annessa costruzione di una nuova palestra da finanziare con i fondi di cui alla procedura in esame), anziché essere vista (coerentemente alle finalità complessive del PNRR sul tema dell'edilizia scolastica) quale elemento valorizzante della proposta progettuale, venga addirittura valutata, a priori, quale profilo di non ammissibilità al finanziamento dell'intervento.

a.7. Tra le varie possibili interpretazioni della disposizione in esame andava, quindi, certamente preferita quella per cui l'edificio scolastico (che la nuova palestra andrà a servire) dovrà essere esistente e attivo nel momento in cui la palestra, oggetto dell'intervento da finanziare, sarà effettivamente edificata e operativa.

Invero, come ripetutamente precisato dalla giurisprudenza, 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).

a.8. D'altra parte, l'On.le Collegio adito (con sent. n. 10163/2022), nel pronunciarsi in riferimento ad altra analoga procedura rientrante nella medesima missione del PNNR⁴ (relativa a interventi per la costruzione, riconversione, ristrutturazione, messa in sicurezza di asili nido scuole

⁴ Nel caso già esaminato dal Tar Lazio, Roma, il Ministero aveva (erroneamente) interpretato in maniera restrittiva un requisito previsto dall'avviso pubblico ritenendo non ammissibili tutti gli interventi relativi a edifici non aventi, sin dal momento di presentazione della candidatura, la destinazione di asilo nido, scuola dell'infanzia o centro polifunzionale per la famiglia.

dell'infanzia e centri polifunzionali), ha già evidenziato, coerentemente a quanto esposto poc'anzi, che:

- *sul piano finalistico, è corretta l'impostazione secondo cui tra gli obiettivi del PNRR va a ragione individuato quello di offrire servizi territoriali anche innovativi rivolti alla famiglia, risultando di minor rilievo la situazione immobiliare antecedente;*

- *l'interpretazione restrittiva offerta dal Ministero non pare coerente con le complessive finalità del PNRR e con le relative esigenze di celerità, laddove imprigiona le proposte nello status quo ante che non è detto sia funzionale alla velocità ed all'efficacia dell'intervento e coerente con le finalità di innovazione recate da detto Piano.*

*

sub. b.

b.1. Quanto, invece, al requisito di cui all'art. 5, co. 1, lett. a., dell'avviso è opportuno preliminarmente 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.

b.2. Ciò premesso, non può che desumersi l'assoluta indeterminatezza e la 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.

b.3. In sostanza, anche in questo caso, 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.

*

2.5. L'illegittimità (per indeterminatezza e genericità) dei criteri in parola si riflette chiaramente sul provvedimento di esclusione dalla procedura qui impugnato (ed è *ex se* sufficiente a determinare la illegittimità dello stesso).

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.

2.6. Del resto, stante la dedotta genericità dell'avviso pubblico in merito ai profili in esame (cfr. esistenza dell'edificio scolastico; 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 dei criteri 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, difetti 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 manipolativa (additiva), *in malam partem*, dei requisiti in esame;
- di errati presupposti (per effetto di una istruttoria carente o, comunque, viziata).

3.3. Anche in questo caso è opportuno dividere in distinti sotto paragrafi la disamina relativa ai due elementi di contestazione valorizzati dal Ministero.

*

sub. a.

a.1. Quanto alla contestata carenza del requisito di ammissibilità di cui all'art. 4, comma 1, lettera b., dell'avviso pubblico, occorre anzitutto ribadire (rinviando a quanto già precisato in precedenza, cfr. secondo motivo, paragrafi a.3., a.4., a.5., a.6., a.7., a.8.):

- la mancanza, nell'ambito dell'avviso pubblico (e nei relativi atti adottati a monte della procedura), di qualsivoglia riferimento al fatto che gli edifici scolastici (cui la palestra da costruire dovrà essere posta a servizio) debbano necessariamente essere **già esistenti e/o attivi al momento della presentazione della candidatura;**

- la illegittimità della operazione manipolativa additiva del requisito in esame posta in essere solo attraverso la nota di chiarimento 9557 del 18 febbraio 2022 (che comporta una – del tutto irragionevole – restrizione del novero degli interventi ammissibili).

a.2. Di qui l'errore in cui è incorso il Ministero nel ritenere l'intervento proposto dall'ente ricorrente privo del requisito di ammissibilità di cui all'art. 4, comma 1, lettera b., dell'avviso pubblico laddove prevede *la realizzazione di una palestra a servizio di un edificio scolastico in costruzione, non esistente e non attivo al momento della presentazione della candidatura*.

a.4. Sotto differenti e autonomi profili, il Ministero non ha tenuto minimamente conto del fatto che:

(i) la proposta progettuale presentata dall'ente ricorrente riguarda, come detto, un intervento di nuova costruzione di palestra scolastica che si innesta in un più ampio progetto di delocalizzazione dei plessi scolastici "Parco Europa", "San Filippo Neri" e "Valletta" (già attivi) e contestuale realizzazione di un nuovo polo scolastico in località "SS. Maria Maddalena" (i cui lavori, peraltro, sono già stati appaltati dall'ente ricorrente).

È chiaro, quindi, che la palestra scolastica in questione andrà a servire gli edifici scolastici facenti parte del medesimo (e più ampio) intervento di realizzazione del polo scolastico (e sarà, quindi, certamente al servizio di edifici scolastici esistenti), come specificato nella documentazione tecnica presentata al Ministero dall'ente ricorrente.

(ii) gli istituti scolastici coinvolti nell'intervento di delocalizzazione (che usufruiranno, quindi, della palestra oggetto della proposta dell'ente ricorrente) sono già regolarmente censiti nello SNAES (alla data di presentazione della domanda), **attivi e dotati di edifici scolastici esistenti** (e che saranno operativi fino al completamento dei lavori relativi al nuovo polo scolastico).

*

sub b.

b.1. Quanto, invece, alla asserita carenza del requisito di cui all'art. 5, co. 1, lett. a, dell'avviso pubblico, quest'ultimo, 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.

b.2. 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.

b.3. Ne consegue che la valutazione del Ministero⁵, in questa fase iniziale della procedura, può riguardare, al più, la (sola) compatibilità 'in astratto' dell'intervento con il requisito in esame.

b.4. 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

⁵ 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.

specificazione, sin dalla data di presentazione della domanda, delle concrete modalità di attuazione della *connessione diretta e protetta* tra gli edifici coinvolti).

b.5. L'interpretazione restrittiva (e relativa applicazione) dei criteri in parola adottata dal Ministero (restringendo irragionevolmente il novero di interventi ammissibili al finanziamento) si pone, peraltro (anche in questo caso), in aperto contrasto con le finalità della procedura in esame e del PNRR.

b.6. Dunque, è certamente illegittimo il provvedimento di esclusione adottato dal Ministero considerato altresì 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, nel caso di specie, la proposta dell'ente ricorrente prevede la costruzione di una palestra ubicata nella medesima area dei nuovi edifici scolastici delocalizzati (siffatto complesso immobiliare andrà a costituire il nuovo polo scolastico "SS. Maria Maddalena").

*

3.4. D'altra parte, si consideri altresì 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 compresi, quindi, i requisiti oggetto di contestazione) *a valere sulle risorse dell'investimento "piano per le infrastrutture per lo sport nelle scuole" e di averne tenuto conto ai fini dell'elaborazione della proposta progettuale.*

L'ente ricorrente, dunque, ha dichiarato di aver tenuto conto, nell'elaborazione della proposta progettuale, del fatto che la palestra (una volta edificata e operativa) dovrà servire un edificio scolastico esistente cui dovrà essere connessa (in maniera *diretta e protetta*).

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