

Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA



Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana

Prot. n. 24201 /139.2016.11. del 24 NOV. 2016 / Pos. Coll. e Coord. n.2.

Oggetto: Potenziale contenzioso contro l'Istituto d'istruzione secondaria Superiore "Francesco Ferrara" di Palermo – Bando per la presentazione di candidature per l'attivazione dei "Poli Tecnico professionali di Filiera" - Quesito

Assessorato dell'Istruzione e della formazione professionale
Dipartimento dell'Istruzione e della formazione professionale
Palermo
(Rif. Prot. n. 65899 del 10.11.2016)

1. Con la nota in riferimento viene posta in rilievo un'articolata fattispecie relativa all'esclusione di un istituto scolastico da un bando di gara finalizzato all'attivazione delle candidature dei "Poli Tecnici Professionali di filiera".

Si riferisce che, in seguito all'istruttoria effettuata sulle domande di partecipazione, *"per il Polo Turistico di Palermo – Istituto capofila IS Ferrara di Palermo, la proposta è risultata presentata in violazione del Bando in quanto non riporta nel Formulario – sezione 10 l'importo del finanziamento richiesto, ma solo l'importo del cofinanziamento che il Polo si impegnava a reperire in caso di finanziamento"*.

La domanda di partecipazione è stata, quindi, inserita in graduatoria provvisoria tra i progetti *"idonei ma non finanziabili"*.

A seguito di istanza di riesame avanzata dall'istituto, il progetto è stato riesaminato e valutato come *"Piano economico non valutabile compiutamente in quanto non comprensibile nei contenuti"* e, conseguentemente dichiarato inammissibile poiché presentato *"in violazione delle modalità indicate nel bando poiché non è specificato l'importo del finanziamento richiesto nell'allegato 6 – Formulario"*.

Avverso la predetta determinazione l'interessato ha avanzato istanza di riesame, eccependo l'illegittimità dell'esclusione - che si configurerebbe come annullamento della precedente determinazione di idoneità - intervenuta ad oltre 18 mesi di distanza.

Nella richiesta si espongono ripetutamente le ragioni a sostegno della legittimità del proprio operato, e chiede l'avviso in ordine alla possibilità che *"gli errori nella definizione della proposta progettuale determinino – in quanto non sanabili – l'esclusione dell'istituto o invece l'Amministrazione in virtù dell'art. 6, lett. b) della L. 241/90 dovrebbe procedere ammettendo la proposta"*.

2. In relazione alla consultazione richiesta si osserva quanto segue.

Preliminarmente, si ritiene opportuno sottolineare che questo Ufficio, ai sensi del D.P.Reg. n. 70 del 28 febbraio 1979, adempie istituzionalmente a compiti di assistenza legale su specifici quesiti di diritto o interpretazioni normative e rappresentanza in giudizio nei confronti degli Organi di amministrazione attiva regionale, con esclusione di qualsivoglia controllo sugli atti e provvedimenti dagli stessi adottati, o valutazioni di merito che - come nel caso di specie - siano espressione di attività tecnico amministrative prodromiche all'emissione di provvedimenti la cui competenza rimane incardinata nell'ambito dei poteri di gestione che, ex l.r. 15 maggio 2000, n. 10, si ascrivono in capo ai singoli Dipartimenti regionali.

Si forniscono, quindi, per l'adozione di scelte di esclusiva competenza, elementi di valutazione e parametri cui impostare il proprio operato.

Va preliminarmente evidenziato che nella eventuale ipotesi di Ricorso Straordinario al Presidente della Regione avverso i provvedimenti conseguenti alla definizione dell'istanza di riesame avanzata dall'interessato, questo Ufficio rende relazione istruttoria al C.G.A. ex art. 11 del D.P.R. 24.11.1971, n.1079 e, pertanto, qualunque ipotesi di consultazione che esprimesse un avviso "di merito", contravverrebbe ai principi di imparzialità e opportunità correlati ai compiti istruttori citati.

Ciò premesso, si limiterà la consultazione ad alcune considerazioni di carattere generale, con specifico riferimento alla normativa di settore che regola il procedimento amministrativo e, più segnatamente, all'istituto del "soccorso istruttorio", anche in considerazione dell'avviso sui fatti di causa espresso nella richiesta.

3. Per quanto verrà di seguito chiarito, in ordine "soccorso istruttorio", come introdotto dal decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, si segnala che l'Autorità Nazionale Anticorruzione, con Determinazione n. 1, del 8 gennaio 2015, avente ad oggetto "*critéri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'articolo 38, comma 2-bis e dell'articolo 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*", ha chiarito che:

"Il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), convertito, con modificazioni in legge 11 agosto 2014, n. 114, ha modificato con l'art. 39, rubricato «Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici», gli articoli 38 e 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito Codice), che riguardano – rispettivamente – i requisiti di ordine generale occorrenti per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici e i documenti e le informazioni complementari nonché la tassatività delle cause di esclusione" (...).

"Per effetto di tale novella legislativa, è stato inserito nell'art. 38 del Codice, il nuovo comma 2-bis, ai sensi del quale «la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, 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 e i

soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte».

(...) Nell'art. 46 del Codice è stato, invece, inserito il comma 1-ter a tenore del quale «le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara».

Le predette disposizioni, ai sensi del citato art. 39 del d.l. 90/2014, conv. in l. 114/2014, si applicano alle sole procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge”.

Da quanto sommariamente esposto, può rilevarsi come l'istituto in argomento, seppur concepito espressamente in materia di affidamento di contratti pubblici, sia sostenuto da principi comuni ad altri istituti giuridici “omologhi”, già presenti nella normativa in materia di procedimento amministrativo.

Al riguardo, e per quanto può qui assumere rilievo, si evidenzia che l'articolo 6 della legge regionale 30.4.1991, n. 10 (nel testo modificato dalla legge regionale 5 aprile 2011, n. 5), prevede che “ il responsabile del procedimento (...) può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete”.

Parimenti, gli articoli 11 e 11-bis della medesima legge attribuiscono il diritto al partecipante al procedimento “di presentare memorie scritte e documenti” e di presentare osservazioni (avverso la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza), “eventualmente corredate da documenti”.

In tal senso, quindi, l'ordinamento ha previsto ipotesi di partecipazione attiva dell'interessato al procedimento e, contestualmente, ha disciplinato specifiche circostanze atte a salvaguardare gli interessi coinvolti e, più in generale, l'esistenza stessa del procedimento amministrativo.

Analogamente, l'articolo 6, lettera b) della legge 7.08.1990, n. 241, prevede che il responsabile del procedimento “accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali”.

E', quindi, evidente il favor alla conservazione del procedimento che il legislatore, sia in ambito statale, che regionale, ha ritenuto di voler accordare a coloro che danno impulso all'attività procedimentale che, proprio per tali ragioni, può essere caducata sono il presenza di ragioni sostanziali di particolare gravità, salve in ogni caso le espresse previsioni del bando che va considerato la *lex specialis* cui fare riferimento al fine di dirimere eventuali dubbi interpretativi (ed applicativi).

Quanto alle ipotesi di annullamento d'ufficio del provvedimento, si evidenzia che l'articolo 21 *octies* e il successivo articolo 21 *nonies* della citata legge 241/90, consentono l'adozione

di tale atto “*sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*”.

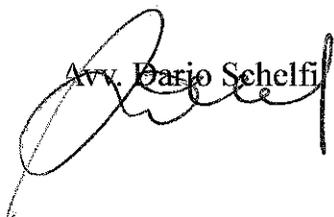
E' pertanto evidente che, nell'adozione di tale tipologia di provvedimento, l'amministrazione procedente non potrà esimersi da un attento bilanciamento degli interessi coinvolti, avuto ovviamente riguardo alla rilevanza dell'elemento che ne ha determinato l'annullamento.

In ultimo, pare opportuno segnalare che, in presenza di un rapporto giuridico che si perfeziona attraverso una serie di atti i cui effetti sono destinati per natura ad articolarsi in una serie di distinti adempimenti, ciascuno è regolato dalla disciplina vigente al momento in cui vengono posti in essere, in aderenza al principio *tempus regit actum*¹.

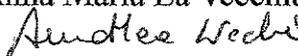
Nei termini che precedono viene resa la consultazione richiesta.

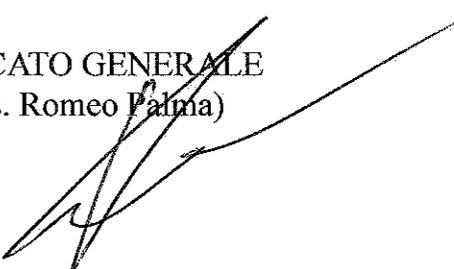
Ai sensi dell'art. 15 del regolamento approvato con D.P. Reg. 16 giugno 1998, n. 12, lo Scrivente acconsente alla diffusione del presente parere in relazione ad eventuali domande di accesso, presso codesto Dipartimento, inerenti al medesimo.

Si ricorda poi che, in conformità alla circolare presidenziale n.16586/66.98.12 dell'8 settembre 1998, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere, senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati dello scrivente Ufficio.

Avv. Dario Schelfi




Il dirigente avvocato
Anna Maria La Vecchia


L'AVVOCATO GENERALE
(Cons. Romeo Palma)


¹ Cfr C. di Stato, sez. VI, 28-12-2011, n. 6878, per il quale “*la legittimità degli atti amministrativi deve essere rapportata alla situazione di diritto riscontrabile alla data della relativa emanazione*”.

Analogamente: C. Stato, sez. V, 19-10-2006, n. 6211; C. Stato, sez. IV, 21-08-2003, n. 4679; C. Stato, sez. V, 18-09-2003, n. 5299.