Firmato digitalmente da

MASSIMO ROMANO

CN = ROMANO MASSIMO
C = IT

STUDIO LEGALE
AVV. MASSIMO ROMANO
86100 CAMPOBASSO – VIA F. CRISPI, 4
TEL/FAX: 0874.1960536 – 320.7021348
C.F.: RMNMSM81S27A930W – P.I. 01701230706
avv.massimoromano@pec.it

INTEGRAZIONE DEL CONTRADDITTORIO DISPOSTA DAL TAR MOLISE CON ORDINANZA COLLEGIALE N. 301/2020 NELL'AMBITO DEL GIUDIZIO N. 227/2020

Nell'ambito del giudizio RG 227/2020 introdotto dalla società *Scuola d'impresa Srl* (P.I. 01713700704), con sede in Campobasso, contro la Regione Molise, il Tar Molise, con ordinanza n. 301 del 9.10.2020, non notificata, ha disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle imprese collocate nella graduatoria di cui alla determinazione dirigenziale n. 4382 del 25.8.2020, recante l'elenco delle imprese beneficiare del contributo previsto dall'l'avviso pubblico relativo ad "*Agevolazioni per supportare le imprese e favorire la ripresa produttiva*" di cui alla determina dirigenziale n. 50 del 12.5.2020.

A tal fine, il Tar ha autorizzato parte ricorrente alla notificazione per pubblici proclami, mediante pubblicazione sul sito istituzionale degli enti resistenti, della comunicazione recante la sintetica descrizione del *petitum*, della *causa petendi* e degli atti impugnati, prescrivendo alle predette amministrazioni di procedere, entro i 20 giorni successivi, a pubblicare detta comunicazione sul proprio sito istituzionale alla voce "*amministrazione trasparente*" ed eventualmente, se presente, in altra pagina del sito ove sono contenute informazioni relative alla procedura in oggetto.

In particolare, con il ricorso introduttivo del giudizio la ricorrente ha chiesto, censurandone l'illegittimità, l'annullamento, previa sospensione, dei seguenti atti: - della determinazione dirigenziale n. 2833 del 5.6.2020 (doc. 2), non notificata né pubblicata sul BURM, mediante la quale il Direttore del Servizio di supporto all'Autorità di Gestione del Por Fesr-Fse in materia di aiuti della Regione Molise ha fatto proprio ed approvato l'elenco trasmesso da Sviluppo Italia Molise spa relativo alle istanze pervenute in ordine cronologico di presentazione, unitamente al suddetto elenco (doc. 3) al cui interno la ricorrente è risultata collocata in posizione n. 1059 a causa di un ritardo nel caricamento telematico della domanda ad essa non imputabile; - della nota del soggetto gestore Sviluppo Italia Molise spa acquisita in data 4.6.2020 al n. 87591 con la quale è stato trasmesso l'elenco delle istanze pervenute in ordine cronologico, di contenuto non conosciuto; nonché di tutti gli altri atti presupposti, consequenziali e/o comunque connessi, ivi inclusi: - la determinazione dirigenziale n. 4382 del 25.8.2020 (doc. 4), mediante la quale i Direttori dei Servizi competitività dei sistemi produttivi e di supporto all'Autorità di Gestione del Por Fesr-Fse in materia di aiuti hanno impegnato la somma di euro 8.500.000,00 a favore delle imprese beneficiarie di cui all'Allegato 1, unitamente al suddetto Allegato 1 (doc. 5), al cui interno non è risultata ricompresa la ricorrente; - di tutti gli altri atti istruttori preordinati alla verifica e valutazione delle istanze pervenute ed ammesse al beneficio, di estremi e contenuto non conosciuto, così come confluite nell'Allegato 1 alla determinazione n. 4382/2020, di contenuto non conosciuto, se ed in quanto lesivi della posizione della ricorrente; - ove necessario dell'Avviso pubblico "agevolazioni per supportare le imprese e favorire la ripresa produttiva" (doc. 6), segnatamente nella parte in cui ha stabilito che "L'Amministrazione non assume responsabilità per eventuali disguidi e/o per malfunzionamento della rete telematica, imputabili a terzi, a caso fortuito o a forza maggiore" (art. 9, comma 11).

°°°°°°°

Di seguito, in esecuzione dell'ordinanza collegiale n. 301/2020 di autorizzazione alla notifica per pubblici proclami, si riporta una sintesi del ricorso.

Con Delibera n. 142 del 4 maggio 2020, la Giunta regionale del Molise ha approvato la scheda tecnica dell'Avviso pubblico "*Agevolazioni per supportare le imprese e favorire la ripresa produttiva*", finalizzato alla concessione di contributi a fondo perduto a favore di PMI e liberi professionisti che abbiano almeno un'unità produttiva nella Regione, un fatturato superiore a 200.000 euro e la cui attività sia stata sospesa per effetto dei DPCM emanati per far fronte all'emergenza da Covid-19, oppure, pur non essendo sospese abbiano subito una rilevante riduzione del fatturato.

Con determinazione dirigenziale n. 50 del 12.5.2020 è stato approvato il relativo avviso pubblico, individuando il Direttore del Servizio Supporto all'AdG del PO FESR-FSE in materia di aiuti quale Responsabile Unico del Procedimento, ed incaricando l'Agenzia Regionale per lo Sviluppo del Molise - Sviluppo Italia Molise S.p.A., società in house specializzata negli interventi a supporto del sistema produttivo (di seguito solo Sviluppo Italia), per le attività di supporto istruttorio e per tutti gli adempimenti endoprocedimentali afferenti all'istruttoria delle domande.

Come stabilito dall'art. 9, il bando ha previsto la concessione delle agevolazioni sulla base di una procedura valutativa con procedimento "a sportello" (cd. click day), prevedendo l'istruttoria delle istanze pervenute secondo l'ordine cronologico di presentazione (art. 9, co. 1), prescrivendo di utilizzare a pena di irricevibilità la piattaforma telematica MoSEM (art. 9, co. 3), ossia un "sistema informativo unitario per la gestione, il monitoraggio degli investimenti pubblici finanziati con risorse europee, nazionali e/o regionali", secondo la definizione di cui al punto 9 dell'all. 1 – definizioni.

Quanto alla tempistica, l'avviso ha stabilito una doppia finestra temporale, fissando il click day dalle ore 10:00 del 25/5/2020 e non oltre le ore 10:00 del 24/6/2020 per la presentazione delle domande (art. 9, co. 5), e consentendo dalle ore 10:00 del 18/5/2020 (art. 9, co. 6) la possibilità di caricare anticipatamente la proposta sulla piattaforma ai fini del successivo inoltro a partire dal giorno 25.

Al fine di agevolare la presentazione delle domande, l'avviso ha rinviato al sito https://moliseineuropa.regione.molise.it, all'interno del quale è stato istituto un apposito Help Desk (art. 17, co. 7) associato all'indirizzo mail helpdeskmosem@molisedati.it.

In relazione al procedimento di valutazione, l'avviso ha tipizzato un iter istruttorio articolato in due fasi (art. 10), la prima di ammissibilità formale in base all'ordine cronologico (art. 10, co. 1, lett. a), la seconda di ammissibilità sostanziale relativamente alla verifica dei requisiti (art. 10, co. 1, lett. b).

La ricorrente, società con sede a Campobasso che opera nel settore della formazione professionale e nell'erogazione di servizi di consulenza aziendale e assistenza nella predisposizione di bandi pubblici (www.scuoladiimpresasrl.it), ha partecipato al suddetto bando, sussistendone i presupposti e i requisiti di ammissibilità, e presentato la relativa domanda (doc. 10) in conformità a quanto previsto dall'avviso pubblico.

Sennonché, sin dai giorni precedenti il click day, la ricorrente ha riscontrato anomalie informatiche nella gestione della piattaforma Mosem, segnalando al gestore il malfunzionamento che ne ha impedito il caricamento preventivo (art. 9, co. 6). Mentre nessun riscontro è pervenuto dal gestore, i problemi tecnici sono proseguiti anche nei giorni seguenti e finanche lo stesso giorno di apertura, ancora una volta segnalato tempestivamente all'indirizzo all'uopo indicato. Perdurando il malfunzionamento, la ricorrente ha nuovamente sollecitato il gestore, chiedendo spiegazioni sulle

modalità di valutazione delle domande stante il ritardato caricamento della domanda ad essa non imputabile. I suddetti problemi tecnici sono stati esplicitamente ammessi dallo stesso gestore, come risulta dal contenuto della comunicazione pervenuta alla ricorrente dopo i citati solleciti. Non risulta, per contro, l'esperimento dal parte del gestore, né della Regione, di verifiche volte ad accertare le cause del disservizio, né la benché minima modalità per consentire la risoluzione della problematica evidenziata e la rimessione nei termini della ricorrente.

Con determinazione dirigenziale n. 2833 del 5.6.2020, non notificata né pubblicata sul BURM, la Regione Molise ha completato il primo step valutativo, ai sensi dell'art. 10, co. 1, lett. a, approvando l'elenco trasmesso da Sviluppo Italia relativo alle istanze pervenute in ordine cronologico di presentazione. All'interno del detto elenco la ricorrente è risultata collocata in posizione n. 1059 – prot. telematico 20006MP000001063, di gran lunga deteriore rispetto a quella dovuta, in quanto la domanda è risultata presentata telematicamente alle ore 11:05:08.552 del 25.5.2020 anziché alle ore 10:02 in cui è stata effettivamente caricata.

Il secondo step di ammissibilità sostanziale è stato definito con determinazione dirigenziale n. 4382 del 25.8.2020, con la quale la Regione ha impegnato la somma di euro 8,5 milioni a favore delle imprese beneficiarie di cui all'Allegato 1 ad essa allegato, così come risultante dalle verifiche istruttorie svolte da Sviluppo Italia ai sensi dell'art. 10, co. 1, lett. b. All'interno del suddetto elenco e fino alla citata disponibilità finanziaria sono risultate incluse n. 303 domande, l'ultima delle quali corrispondente alla società G.D.L. srl, odierna controinteressata, la quale era risultata posizionata nell'elenco originario di cui alla determinazione n. 2833/2020 in posizione n. 648 (25/5 - orario di presentazione: 10:16:28.169 – prot. telematico20006MP000000650).

Cosicché, il ritardato caricamento della domanda sul portale telematico ha determinato una grave penalizzazione della ricorrente, e tanto rileva anche in punto di interesse al ricorso, sia per essere stata ingiustamente posposta nel conseguimento dei benefici dovuti, sia per il rischio di risultarne definitivamente estromessa per il caso di esaurimento delle risorse stanziate.

Ciò posto, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di DIRITTO - I. VIOLAZIONE ED ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. 241/90: DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA; VIOLAZIONE ED ERRATA APPLICAZIONE DEL DECRETO LEGISLATIVO 31 MARZO 1998, N. 123; VIOLAZIONE ED ERRATA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 6 E 10 BIS DELLA L. 241/90; VIOLAZIONE ED ERRATA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 30, CO. 1, E 79, COMMA 5-BIS, DEL D.LGS. N. 50 DEL 2016; VIOLAZIONE ED ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 1176 C.C.; VIOLAZIONE ED ERRATA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1 L. 241/90 E 97 COST. E DEI PRINCIPI DI LEGALITA', BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITA' DELLA P.A.; ECCESSO DI POTERE: DIFETTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO; INGIUSTIZIA MANIFESTA; DISPARITA' DI TRATTAMENTO; ILLEGITTIMITA' DERIVATA.

La ricorrente è stata esclusa dal primo elenco dei beneficiari delle agevolazioni per la ripresa produttiva post Covid, a causa di un ritardo nel caricamento telematico della propria domanda di partecipazione imputabile non già alla ricorrente, ma ad un disservizio informatico del gestore della piattaforma MoSEM, prevista, quest'ultima, quale unica modalità di presentazione, a pena di irricevibilità della stessa (art. 9, co. 3 "Le domande di partecipazione dovranno essere presentate, a pena di irricevibilità delle stesse, esclusivamente tramite la piattaforma informatica MoSEM"). Con il presente gravame, pertanto, la ricorrente impugna sia l'elenco delle istanze pervenute in ordine cronologico (e la relativa determinazione dirigenziale di approvazione n. 2833 del 5.6.2020 – doc. 2 e 3), nella parte in cui la stessa è risultata illegittimamente collocata in posizione n. 1059 a causa

dell'orario di presentazione della domanda risultante alle ore 11:05:08.552 non essendo stato materialmente possibile procedere al caricamento telematico della stessa in orario anteriore, pur avendo la ricorrente tentato senza successo l'accesso al sistema sin dai giorni precedenti e comunque dalle ore 7:00 del 25 maggio, sia il primo elenco delle ditte ammesse ai benefici (e la relativa determinazione dirigenziale di approvazione n. 4382 del 25.8.2020), che risulta inficiato da illegittimità derivata, posto che il deteriore posizionamento in graduatoria della ricorrente è conseguenza diretta di un elenco illegittimamente formato ed approvato nonostante i disservizi telematici non imputabili alla ricorrente ed espressamente riconosciuti dallo stesso gestore della piattaforma, come imputabili ad un rallentamento (dunque malfunzionamento) del sistema, dunque a responsabilità dell'amministrazione che di tale sistema ha inteso avvalersi e di cui è pertanto tenuta a garantire il buon funzionamento al fine di evitare pregiudizi a danno dei partecipanti alla procedura e garantire la par condicio degli operatori economici.

Né può soccorrere in favore dell'amministrazione, al fine di limitarne la responsabilità, la previsione all'art. 9, comma 11 di cui all'avviso pubblico, nella parte in cui ha stabilito che "L'Amministrazione non assume responsabilità per eventuali disguidi e/o per malfunzionamento della rete telematica, imputabili a terzi, caso fortuito o a forza maggiore".

Tale disposizione, infatti, è da un lato inapplicabile, dall'altro, anche illegittima. In particolare, la previsione è inapplicabile al caso di specie poiché prevede un esonero di responsabilità per malfunzionamento della rete telematica dovuto a terzi (o a causo fortuito o forza maggiore) laddove nel caso di specie, esclusi in tutta evidenza il caso fortuito e la forza maggiore, il malfunzionamento del sistema telematico è invece direttamente imputabile alla Regione che, anche attraverso la società in house Molise Dati spa, gestisce la piattaforma Mosem e il sistema Help Desk.

Non a caso la stessa Regione ha ammesso un rallentamento del sistema che essa stessa avrebbe invece dovuto rendere più fluido ovvero efficiente, se del caso anche prevedendo modalità alternative di presentazione della domanda.

Dunque la diposizione dell'avviso è, nel caso di specie, inapplicabile. In ogni caso la disposizione, ove mai applicabile, è anche palesemente illegittima, e per tale ragione la si impugna espressamente, poiché contrastante con i più generali principi dell'ordinamento in tema di imputabilità soggettiva dell'inadempimento, segnatamente dal combinato disposto degli artt. 1176 c.c. e 10 bis della L. 241/90, ai sensi del quale "Non possono essere addotti tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione".

Risulta, infatti, incontestabile che l'Amministrazione abbia ammesso esplicitamente il disservizio telematico del sistema informatico da essa stessa predisposto, comunicandolo al ricorrente a mezzo pec (testualmente: "*Gentile utente, in questo momento è fisiologicamente più lento a causa delle domande che vengono presentate contemporaneamente un po' quello che è successo a livello nazionale per il sito dell'INPS. Provi a uscire e poi a rientrare*").

Oltretutto, non avendo l'avviso stabilito alcuna modalità alternativa di presentazione della domanda per ovviare al disservizio, non può in alcun modo imputarsi alla ricorrente la responsabilità del ritardato caricamento della domanda.

Tuttavia, anche in presenza di malfunzionamento della piattaforma telematica prescelta sia i concorrenti che la stazione appaltante devono comportarsi durante la procedura di "affidamento"

della gara “nel rispetto de(l) principi(o) di […] correttezza” (art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016). Nei confronti del concorrente, il rispetto del principio di correttezza comporta che, pur in presenza di un possibile malfunzionamento del sistema telematico, è esigibile un comportamento alternativo volto a consentire il superamento del bug del sistema, purché la condotta richiesta non superi il limite dalla diligenza esigibile nei confronti dell’operatore del settore (art. 1176, comma 2, c.c.) e sempre che il comportamento alternativo ipotetico non si risolva esso stesso in una violazione delle regole di par condicio oppure ancora non esponga il partecipante al concreto rischio di essere escluso dalla gara. Nei confronti del soggetto pubblico, viene in rilievo non solo il principio di correttezza sancito dal codice dei contratti pubblici per le procedure ad evidenza pubblica e che investe l’amministrazione nella sua qualità di stazione appaltante, ma altresì il principio del divieto di venire contra factum proprium nemo potest o, più in generale, dell’exceptio doli generalis o del c.d. estoppel, di origine anglosassone, che oggi trovano emersione, sia pur con riferimento ai procedimenti ad istanza di parte, nell’art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui “Non possono essere addotti tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione” (disposizione anch’essa interessata, ma non in parte qua, dall’intervento riformatore del decreto legge n. 76 del 2020).L’insieme di tali principi conformano in modo peculiare la condotta della stazione appaltante in quanto da essi discende sia un obbligo negativo (di astensione) dal tenere condotte o dall’adottare atti sia un obbligo positivo di soccorso in favore del concorrente (in aggiunta a quanto già dispone l’istituto generale del soccorso procedimentale ex art. 6 della legge n. 241 del 1990 e quello speciale del soccorso istruttorio ex 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016) finalizzati, in entrambi i casi, a non far gravare su questi le conseguenze derivanti da fatti o inadempienze ad essa imputabili. In una situazione del genere, non era dunque esigibile dal concorrente un comportamento alternativo che lo ponesse al riparo dal rischio, sia pur astratto, dell’esclusione dalla gara. È dunque contraria ai principi di correttezza, di imparzialità e di par condicio la decisione della stazione appaltante di sanzionare con l’espulsione la condotta del concorrente che non ha rispettato la disciplina di gara nel caso in cui la stessa disciplina non consentiva di tenere un comportamento alternativo ipotetico - in concreto esigibile da un ideale operatore economico medio (c.d. homo eiusdem generis et condicionis) - tale da porlo comunque al riparo, con ragionevole certezza, dalla sanzione dell’esclusione”. Né, a fronte delle doglianze tempestivamente rappresentate dalla ricorrente all’Help Desk all’uopo istituto (art. 17, co. 3 e 7), il gestore del Mosem ha posto in essere la benché minima azione correttiva, limitandosi a rispondere con una esplicita ammissione del disservizio.

Dalla illegittimità dell’attività amministrativa preordinata alla corretta gestione del caricamento telematico delle domande in ordine cronologico scaturisce, in via derivata, l’illegittimità del provvedimento che ha approvato il primo elenco delle domande ammesse al beneficio, la cui istruttoria è stata condotta tenuto conto del suddetto ordine.

° ° ° ° ° ° °

La presente pubblicazione viene effettuata in esecuzione dell’ordinanza del TAR Molise, n. 301/2020 del 9.11.2020, non notificata, resa nell’ambito del giudizio RG.n. 227/2020, la cui udienza pubblica è stata fissata per il giorno 20/10/2021, al fine di conseguire la conoscenza legale del ricorso da parte dei controinteressati.

Campobasso, 18/11/2020

Avv. Massimo Romano