



REGIONE SICILIANA
Assessorato Agricoltura, Sviluppo Rurale e Pesca Mediterranea
DIPARTIMENTO AGRICOLTURA
AUTORITÀ DI GESTIONE DEL PSR

Prot. 29627

Palermo, 17/06/2019

Aree, Servizi e Unità di Staff
del Dipartimento
LORO SEDI

Dipartimento regionale
Sviluppo Rurale e Territoriale
Viale Regione Siciliana , 4600
PALERMO

Oggetto: gestione programmi comunitari.

Il Dipartimento Agricoltura è impegnato nella gestione di diversi programmi comunitari (PSR Sicilia 2014-2020, OCM Vino, ecc.) con misure specifiche ed investimenti destinati in favore della crescita e dell'occupazione per stimolare la competitività del settore agricolo, garantire la gestione sostenibile delle risorse naturali e realizzare uno sviluppo territoriale.

Come è noto l'attuazione dei programmi, in fase di selezione dei progetti, ha generato un notevole contenzioso con i soggetti interessati, di cui alcuni già oggetto di sentenze/ordinanze del Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) e del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, mentre altri sono oggetto di istanze di riesame in autotutela da parte del Dipartimento (DDG 1111 del 31 maggio 2019).

Con la presente circolare si forniscono alcuni elementi generali per attenuare il generarsi di contenzioso tra l'amministrazione e i potenziali beneficiari dei bandi che dovranno essere applicati sia in fase di valutazione che di riesame delle istanze.

Principi generali di ragionevolezza e proporzionalità

L'agire dell'amministrazione pubblica deve essere sempre proporzionato all'obiettivo perseguito dalle norme, imponendo ai cittadini e alle imprese il minor onere possibile e garantendo la non arbitrarietà delle scelte, che devono essere logiche e consequenziali rispetto alle premesse risultanti dai fatti, utilizzando gli spazi lasciati dalla legge per meglio rispondere ai casi concreti.

Il Consiglio di Stato è intervenuto più volte con la declinazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza quali parametri di riferimento costante per tutta la pubblica amministrazione.

1. Il principio di ragionevolezza

La ragionevolezza è un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento): la Pa deve rispettare una direttiva di razionalità operativa per evitare decisioni arbitrarie o irrazionali.

L'azione dei pubblici poteri non deve essere censurabile sotto il profilo della logicità e dell'aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto: da ciò deriva che l'amministrazione non può applicare meccanicamente le norme, ma deve eseguirle necessariamente in coerenza con i parametri della logicità, proporzionalità e adeguatezza.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che il criterio di ragionevolezza impone di far prevalere la sostanza sulla forma qualora si sia in presenza di vizi meramente formali o procedurali, in relazione a posizioni che abbiano assunto una consistenza tale da ingenerare un legittimo affidamento circa la loro regolarità.

2. Il principio di proporzionalità

La giurisprudenza amministrativa ha affermato che il principio di proporzionalità (di derivazione comunitaria) non permette all'amministrazione pubblica di adoperare atti che incidono sulla sfera giuridica dei privati in modo non proporzionato all'interesse pubblico.

La proporzionalità non deve essere considerata come un canone rigido e immodificabile, ma si configura quale regola che implica la flessibilità dell'azione amministrativa e, in ultima analisi, la sua rispondenza alla razionalità ed alla legalità.

In definitiva, il principio di proporzionalità va inteso nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto.

E' stato più volte richiamato il consolidato **principio del *favor participationis*** in forza del quale, tra più interpretazioni del bando è da preferire quella che conduce alla partecipazione del maggior numero di possibili aspiranti.

Il potere amministrativo deve essere esercitato con utilizzo di regole conformi a criteri di logicità, congruità e ragionevolezza.

Nel caso di clausole poco chiare è da preferire l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara (anziché quella che la ostacoli), essendo esclusa, per la commissione di valutazione, la possibilità di ricavare implicitamente dei requisiti di partecipazione o delle cause di esclusione non previste nella *lex specialis* del bando.

La *lex specialis* del bando deve essere sempre improntata al rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico generale.

Infatti, la corretta applicazione del principio del *favor participationis*, implica anche che non possa essere esclusa dalla gara la domanda che, conforme alle prescrizioni del bando, contenga anche elementi idonei ad integrare, sostanzialmente, le prescrizioni di norme generali, applicabili alla procedura, e non richiedenti rigidi formalismi, stabiliti a pena di esclusione.

Legge n. 241 del 7 agosto 1990 e norme sul procedimento amministrativo

L'art. 3 - *Motivazione del provvedimento*, l'art. 10 - *Diritti dei partecipanti al procedimento* e l'art. 10-bis - *Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza* costituiscono la spina dorsale del rapporto tra l'amministrazione e i cittadini.

Un diniego è legittimo quando non si limita a comunicare i motivi ostativi, ma valuta esaustivamente le osservazioni presentate.

Le motivazioni di esclusione devono essere precise e adeguate e devono rendere chiare e percepibili all'escluso le ragioni per cui l'amministrazione non ha accolto la sua domanda e le memorie scritte e i documenti del riesame, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare. Nel contraddittorio procedimentale è obbligo dell'amministrazione chiarire all'escluso tutti gli elementi necessari alla sua comprensione (ad esempio la mancanza di requisiti di partecipazione, delle condizioni di ammissibilità, ecc.) senza ridurlo a inutile e sterile adempimento formale. L'esclusione altrimenti sarà viziata per difetto di motivazione.

Soccorso Istruttorio (Legge n. 241/90, D.lgs. n. 50/2016, D.lgs. n. 56/2017)

Il soccorso istruttorio è un istituto che trova applicazione in relazione a qualunque procedimento amministrativo in virtù dell'art. 6 della legge n. 241/1990 che disciplina il potere del Responsabile del Procedimento di adottare questo strumento al fine di colmare lacune documentali, rettificare dichiarazioni o correggere errori che dovessero emergere in fase istruttoria.

La ratio dell'istituto è quella di limitare le ipotesi di esclusione degli operatori economici ai casi di carenze sostanziali dei requisiti di partecipazione, conseguentemente ampliando la possibilità di concorrere alla partecipazione, in ossequio al principio del *favor participationis*.

L'istituto ha origine comunitaria, in virtù della direttiva europea n. 305/CEE del 26 luglio 1971.

L'introduzione del soccorso istruttorio ha segnato un passo decisivo nella storia dei procedimenti di evidenza pubblica, nella direzione del passaggio da una impostazione formalistica ad un diverso, più elastico approccio procedimentale.

Il mutamento di prospettiva trae linfa dalla chiara matrice comunitaria dell'istituto, che attinge alla cultura pratica, "sostanzialistica", del diritto europeo, ispirato, ai principi della massimizzazione della concorrenza e a quello della prevalenza della sostanza sulla forma.

L'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016 – Codice dei Contratti ha previsto l'istituto del soccorso istruttorio confermando dunque la scelta del legislatore di privilegiare l'aspetto sostanziale dell'effettivo possesso dei requisiti da parte degli operatori economici partecipanti alla gara rispetto al dato formalistico rappresentato dalla mera correttezza documentale delle dichiarazioni rese.

L'istituto rende possibile la sanatoria degli elementi o dichiarazioni essenziali mancanti o irregolari, purché l'operatore economico da un lato sia in effettivo possesso, entro il termine ultimo di presentazione dell'offerta, dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara e, dall'altro, ottemperi alle richieste di integrazione dell'amministrazione entro il termine non superiore ai dieci giorni.

Il D.lgs. n. 56/2017 – cd. Decreto Correttivo ha introdotto disposizioni integrative al D.lgs. 50/2016.

L'art. 52 comma 1 lett. d) ha riscritto il precitato art. 83 comma 9 del D.lgs. n. 50/2016 dedicato al soccorso istruttorio e ha apportato ulteriori e sostanziali modifiche:

“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.

E' stata eliminata l'onerosità del soccorso istruttorio ed è stata superata la precedente ed incerta distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali, con la conseguenza che gli operatori

economici potranno integrare o regolarizzare qualsiasi elemento formale della domanda con esclusione di quelli incidenti sull'offerta economica e tecnica.

Il Decreto correttivo conferma la sanabilità delle sole carenze “*formali*” degli elementi da produrre in sede di gara ma non anche delle carenze “*sostanziali*” dei requisiti di partecipazione (es. è emendabile l'errore materiale della mancata allegazione della dichiarazione attestante il possesso del requisito essenziale di partecipazione o commesso nella dichiarazione concernente il requisito essenziale di partecipazione ma non la carenza del requisito entro il termine di partecipazione stabilito dal bando).

L'Amministrazione può ricorrere al soccorso istruttorio anche in un momento successivo all'aggiudicazione della gara.

La disciplina di qualsiasi procedura valutativa (gare, bandi comunitari, ecc.) non deve essere concepita come una corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti alle imprese, ma deve mirare ad appurare quale sia la domanda suscettibile di essere ammessa a contributo, in relazione anche alla finalità ed alla ratio dell'avviso pubblico, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionale dell'istante.

In questo senso l'istituto del soccorso istruttorio tende a evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli per vizi procedurali facilmente emendabili

La violazione del principio del soccorso istruttorio non può essere invocata soltanto in via ipotetica. Affinché possa ritenersi attivabile l'invocato soccorso istruttorio, è a carico dell'impresa, nei cui confronti è invocata la sussistenza di una causa di esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione, provare che il requisito sussista e che si è trattato di una mera irregolarità documentale o dichiarativa, in ossequio ai principi generali in materia di riparto dell'onere probatorio ai sensi dell'art. 2697 c.c. e, in particolare, al principio di prossimità o vicinanza della prova.

L'AUTORITÀ DI GESTIONE DEL PSR
Dario Cartabellotta
Firmato