

TAR Lombardia, sez. II, 13.7.2023 n. 1795

Massime (segue testo)

<< Il soccorso istruttorio, infatti, deve in ogni caso essere esercitato nel rispetto di altri principi che attengono ai procedimenti amministrativi finalizzati all'individuazione di soggetti cui assegnare contributi o contratti pubblici, quali ad esempio il principio del rispetto della parità di condizioni ("par condicio") di tutti i partecipanti.

Questi ultimi hanno in ogni caso un onere di collaborazione con l'ente aggiudicatore, nel rispetto della buona fede che deve ispirare i rapporti fra il cittadino e l'Amministrazione (si veda l'art. 5 del D.Lgs. n. 36/2023), per cui un operatore non può pretendere che errori od omissioni anche gravi siano in qualche modo sempre "sanati" dall'Amministrazione medesima (cfr. sul punto TAR Valle d'Aosta, sentenza n. 25/2023: «Per quanto possa ampliarsi la portata applicativa del potere generale di soccorso istruttorio, al fine di perseguire l'interesse pubblico della selezione del miglior progetto da ammettere al finanziamento, occorre pur sempre individuare dei limiti al suo esercizio, i quali sono segnati dai principi generali di autoresponsabilità e di par condicio competitorum. Secondo i principi di diritto enunciati dal Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9, <<nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici>>, alle quali è assimilabile la procedura selettiva in oggetto, il potere generale di soccorso istruttorio di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b) della legge 7 agosto 1990, n. 241, può essere utilizzato solo per regolarizzare le carenze di elementi formali della domanda di partecipazione e non per sanare la mancanza assoluta della stessa o delle dichiarazioni sostanziali in essa contenute»>>

Pubblicato il 13/07/2023

N. 01795/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01035/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1035 del 2023, proposto da
Acqua & Sole S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Angela Francesca Canta, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il suo studio in
Milano, corso Venezia, 10;

contro

Regione Lombardia, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Piera Pujatti, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso gli uffici dell'Avvocatura
Regionale in Milano, piazza Città di Lombardia, 1;

nei confronti

Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale

dello Stato di Milano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domiciliata *ex lege* in Milano, via Freguglia, 1; Sapiro Produzione Idrogeno Ossigeno S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Berruti e Matteo Morosetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Eni S.p.A., Vitali S.p.A., Bettoni S.p.A., Roncello Capital S.r.l., Esselunga S.p.A., Expand S.r.l., Lucchini Energy S.r.l. e Raffmetal S.p.A., tutte non costituite in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensiva dell'efficacia e adozione di idonea misura cautelare

- del decreto n. 4906 del 31 marzo 2023, pubblicato sul BURL del 13 aprile 2023, adottato dalla Direzione Generale Ambiente e Clima di Regione Lombardia avente ad oggetto “Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) - missione 2 ‘Rivoluzione verde e transizione ecologica’, componente 2 ‘Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile’, investimento 3.1 ‘Produzione di idrogeno in aree industriali dismesse’ - Bando approvato con decreto regionale n. 529 del 19.1.2023: approvazione dell'istruttoria svolta dalla commissione di ammissione e valutazione e della relativa graduatoria”, nella parte in cui ha escluso il progetto di Acqua & Sole S.r.l. dalla graduatoria delle domande idonee ai fini del riconoscimento dei finanziamenti relativi all'investimento 3.1 “produzione in aree industriali dismesse” e della graduatoria medesima;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o connesso con particolare riferimento ai verbali della Commissione contenenti le valutazioni delle proposte progettuali e alla richiesta di chiarimenti del 21 marzo 2023.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lombardia, del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica e di Sapio Produzione Idrogeno Ossigeno S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2023 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nell'ambito degli interventi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) la Regione Lombardia, d'intesa con il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (di seguito anche solo "MASE" oppure "Ministero"), approvava un bando per la selezione di proposte progettuali per la realizzazione di impianti di produzione di idrogeno rinnovabile in aree industriali dismesse, da finanziare nell'ambito del citato PNRR.

Presentavano le loro proposte una serie di imprese, fra cui Acqua & Sole Srl (di seguito anche solo "AS" oppure "ricorrente").

La proposta di AS era però esclusa per l'asserito mancato rispetto del requisito di cui all'art. 5 comma 2 lettera i) punto ii del bando.

Contro il decreto regionale di non ammissione e di approvazione della graduatoria era notificato il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva.

Il gravame era notificato alla Regione, al Ministero ed alle imprese partecipanti.

Si costituivano in giudizio le due Amministrazioni suindicate e, fra le imprese, Sapio Produzione Idrogeno Ossigeno Srl (di seguito anche solo "Sapio").

Tutte le parti intimare concludevano per l'inammissibilità ed in ogni caso per l'infondatezza nel merito del ricorso.

All'udienza cautelare dell'11 luglio 2023 il Presidente dava dapprima avviso della possibilità di una sentenza in forma semplificata; la causa era poi discussa e trattenuta in decisione.

2.1 In via preliminare deve escludersi il difetto di legittimazione passiva del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica.

L'art. 12-*bis* del DL n. 68/2022 convertito con legge n. 108/2022 prevede al comma 4 che sono parti necessarie dei giudizi di cui allo stesso articolo le amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti dal PNRR, che devono quindi essere convenute in giudizio in applicazione dell'art. 49 del c.p.a. (cfr. sul punto TAR Sicilia, Catania, Sezione III, sentenza n. 1993/2023, punto 1 della parte in DIRITTO).

Nel caso di specie il Ministero è il soggetto titolare della misura prevista dal PNRR, come ammesso dalla stessa Avvocatura dello Stato nella propria memoria difensiva e come del resto risulta pacificamente dagli atti di causa.

Ne deriva che legittimamente il ricorso è stato notificato anche al MASE.

2.2 Quanto alle altre eccezioni di rito sollevate dalle parti intimato, è possibile prescindere dall'esame delle medesime vista l'infondatezza del presente ricorso, per le ragioni che si esporranno.

2.3 La domanda della società esponente non è stata ritenuta ammissibile in quanto non rispettosa del requisito di cui all'art. 5 comma 2 lettera i) punto ii del bando (cfr. il doc. 1 della ricorrente, pag. 4).

L'art. 5 citato al comma 1 (cfr. il doc. 4 della ricorrente) stabilisce che gli interventi devono prevedere una serie di componenti, vale a dire uno o più elettrolizzatori per la produzione di idrogeno rinnovabile (lettera "a" comma 1) e uno o più impianti addizionali asserviti agli elettrolizzatori, comprensivi di eventuali sistemi di stoccaggio dell'energia elettrica (lettera "b" comma 1).

L'art. 5 comma 2 lettera i) punto ii (cfr. ancora il doc. 4 della ricorrente) stabilisce a sua volta che i sistemi di stoccaggio dell'energia elettrica devono «prevedere un costo di investimento non superiore al 50 per cento dei costi complessivi per gli interventi di cui al comma 1, lettera b)».

Nella propria domanda AS ha inserito una tabella riepilogativa del quadro economico dell'intervento sugli impianti addizionali asserviti, nella quale alla lettera "G" sono indicati i costi di acquisto dei sistemi di stoccaggio di energia elettrica nella misura di euro 7.577.525,56 al netto di IVA e tale quantità è pari a circa il 48% del totale complessivo dell'intervento, pari invece a euro 15.699.208,95 al netto di IVA (cfr. il doc. 7 della ricorrente, pag. 28).

L'esponente sostiene – alla luce di quanto indicato nella tabella citata – di avere rispettato il requisito dell'art. 5 comma 2 lettera i) punto ii, giacché i costi espressamente indicati alla lettera "G" non superano la misura massima del 50% dei costi complessivi, così come previsto dalla *lex specialis* di gara.

La tesi dell'esponente, per quanto suggestiva e ben argomentata, non convince il Collegio.

Come correttamente evidenziato dalla difesa regionale, la tabella suindicata espone una serie di costi che potrebbero essere riferiti ai sistemi di stoccaggio, senza che l'operatore abbia avuto cura di specificare se ed in quale misura tali costi attengano ai sistemi stessi.

Si pensi, ad esempio, ai costi indicati alla lettera "F" (Opere murarie e assimilate), alla lettera "I" (Quadro elettrico gestione e controllo impianto fotovoltaico e connesso sistema stoccaggio energia elettrica) o anche alla lettera "L" (Progettazione degli impianti e delle opere da realizzare, direzione lavori, collaudi di legge e oneri di sicurezza).

Si tratta, a ben vedere, di costi che possono senz'altro interessare anche il sistema di stoccaggio, al punto che tale sistema è indicato espressamente alla lettera "I" delle voci di costo.

La società AS, quale operatore del settore, è tenuta ad una diligenza specifica nell'adempimento dei propri obblighi (ex art. 1176 comma 2 del codice civile) ed aveva pertanto l'onere di predisporre una domanda rispettosa della legge di gara, indicando con la massima chiarezza possibile i costi che dovevano rispettare il citato limite del 50% previsto dal bando.

Non si dimentichi poi che il costo indicato dall'esponente sarebbe pari al 48% del complessivo, sicché tale misura potrebbe essere facilmente superata avendo riguardo agli altri costi sopra indicati, con conseguente inosservanza del più volte indicato limite del 50%.

2.4 La società istante non può neppure lamentare la violazione del soccorso istruttorio, così come previsto dall'art. 6 della legge n. 241/1990.

Nel caso di specie, infatti, la Regione – vista la domanda di partecipazione - aveva chiesto ad AS di indicare il costo di investimento per il sistema di accumulo elettrico (cfr. il verbale del 21.3.2023, pag. 25, doc. 9 della Regione).

L'esponente, tuttavia, si è limitata a riproporre la medesima tabella dei costi già inserita nella propria domanda, senza nulla aggiungere (cfr. il doc. 8 della ricorrente, pagine 11 e 12).

L'Amministrazione regionale si è quindi attivata per il soccorso istruttorio, nel rispetto dell'art. 12.4 del bando, che consente all'ente aggiudicatore di acquisire dati, documenti e informazioni dagli operatori partecipanti, seppure una sola volta (si veda ancora il doc. 4 della ricorrente, pag. 24 di 70).

Di fronte alla mancanza di chiarezza della domanda di AS, nonostante il soccorso istruttorio, legittimamente l'esponente non è stata ammessa alla procedura.

Il soccorso istruttorio, infatti, deve in ogni caso essere esercitato nel rispetto di altri principi che attengono ai procedimenti amministrativi finalizzati all'individuazione di soggetti cui assegnare contributi o contratti pubblici, quali ad esempio il principio del rispetto della parità di condizioni (*"par condicio"*) di tutti i partecipanti. Questi ultimi hanno in ogni caso un onere di collaborazione con l'ente aggiudicatore, nel rispetto della buona fede che deve ispirare i rapporti fra il cittadino e l'Amministrazione (si veda l'art. 5 del D.Lgs. n. 36/2023), per cui un operatore non può pretendere che errori od omissioni anche gravi siano in qualche modo sempre "sanati" dall'Amministrazione medesima (cfr. sul punto TAR Valle d'Aosta, sentenza n. 25/2023: *«Per quanto possa ampliarsi la portata applicativa del potere generale di soccorso istruttorio, al fine di perseguire l'interesse pubblico della selezione del miglior progetto da ammettere al finanziamento, occorre pur sempre individuare dei limiti al suo esercizio, i quali sono segnati dai principi generali di autoreponsabilità e di par condicio competitorum. Secondo i principi di diritto enunciati dal Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9, <<nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici>>, alle quali è assimilabile la procedura selettiva in oggetto, il potere generale di soccorso istruttorio di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b) della legge 7 agosto 1990, n. 241, può essere utilizzato solo per regolarizzare le carenze di elementi formali della domanda di partecipazione e non per sanare la mancanza assoluta della stessa o delle dichiarazioni sostanziali in essa contenute»*).

2.5 In conclusione, il gravame in epigrafe deve essere interamente respinto.

3. La complessità e la novità delle questioni trattate inducono il Collegio a compensare interamente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Stefano Celeste Cozzi, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Maria Ada Russo