

AVV. ANTONIO TORCHIA
Via A. De Gasperi, n. 48 - 88100 Catanzaro
Tel. e fax 0961/743246
e.mail anto.torchia@tiscali.it
pec antonio.torchia@avvocaticatanzaro.legalmail.it

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER LA CALABRIA - CATANZARO

RICORSO

PER: la Farmacia “ELKY S.a.s. di Ciacci Elvira & C.”, P.I. 02441370794, in persona del legale rappresentante p.t., Dott.ssa Elvira Ciacci, C.F. CCCLVR39M66C352U, con sede in Catanzaro, Viale dei Bizantini n. 97, rappresentata e difesa per procura in calce al presente atto dall’avv. Antonio Torchia - C.F. TRCNTN 64A09 C352G, fax 0961/743246, indirizzo PEC antonio.torchia@avvocaticatanzaro.legalmail.it elettivamente domiciliato in Catanzaro, via De Gasperi, n. 48, nello studio del suo procuratore

CONTRO

- **FINCALABRA S.p.A.**, in persona del legale rappresentante p.t.;
- **FINCALABRA S.p.A.**, Soggetto Gestore – Fondo Calabria Competitiva, in persona del legale rappresentante p.t.;
- **REGIONE CALABRIA**, in persona del Presidente p.t., con sede in Catanzaro, c/o Cittadella Regionale, Viale Europa, Località Germaneto;
- **REGIONE CALABRIA - DIPARTIMENTO SVILUPPO ECONOMICO ATTIVITÀ PRODUTTIVE**, in persona del legale rappresentante p.t., con sede in Catanzaro, c/o Cittadella Regionale, Viale Europa, Località Germaneto;

E NEI CONFRONTI

- **FARMACIA CAPUTO CROTONE S.R.L.**, in persona del legale rappresentante p.t., P.IVA 03768730792 con sede in Via Roma n. 122 (KR)

PER L’ANNULLAMENTO

previa sospensione, A) del verbale n. 12 del 16 Aprile 2021 con relativa delibera di approvazione del Comitato di Valutazione di FINCALABRA S.p.A. con il quale è

stata rigettata la richiesta di riesame del provvedimento di non ammissibilità della domanda di intervento finanziario inoltrata dalla ricorrente in data 30 Marzo 2021, **Codice identificativo domanda n. 43172**, B) della nota prot. n. 2204 del 23 Marzo 2021 con la quale è stata rigettata la domanda di intervento finanziario presentata dalla Farmacia Elky ai sensi del Regolamento operativo di cui al FONDO CALABRIA COMPETITIVA (FCC) - POR CALABRIA FESR-FSE 2014/2020, AZIONE 3.2.1 e C), per quanto di ragione, dell'Avviso pubblico denominato *“Contributo una tantum alle imprese che hanno subito gli effetti dell'emergenza COVID19, a seguito della sospensione dell'attività economica ai sensi dei D.P.C.M. 11 Marzo 2020 e 22 Marzo 2020 ”* e del Decreto Dirigenziale n. 5751 del 25 Maggio 2020, con il quale è stato approvato l'Avviso pubblico di cui sopra, laddove preveda l'esclusione dei beneficiari per carenza documentale senza l'obbligo dell'esercizio del soccorso istruttorio, nonché di ogni altro atto presupposto, prodromico e consequenziale e, per quanto di ragione, del bando di gara

E PER LA DECLARATORIA

del diritto della Farmacia Elky, in persona del legale rappresentante p.t., ad essere inclusa nell'elenco dei soggetti idonei ad ottenere il Contributo a fondo perduto *una tantum* ai sensi dei D.P.C.M. 11 Marzo 2020 e 22 Marzo 2020, oltre al risarcimento dei danni patiti e patienti con interessi moratori e rivalutazione fino all'effettivo soddisfo.

PREMESSE DI FATTO

La Regione Calabria - Dipartimento Sviluppo Economico-Attività Produttive (Seap), con Decreto Dirigenziale n. 5751 del 25 Maggio 2020 ha approvato l'Avviso pubblico *“Contributo una tantum alle imprese che hanno subito gli effetti dell'emergenza COVID19, a seguito della sospensione dell'attività economica ai sensi dei D.P.C.M. 11 Marzo 2020 e 22 Marzo 2020 ”* a valere sull'Azione 3.2.1 del POR Calabria FESR

FSE 2014/2020.

Quale soggetto gestore dell'Avviso Pubblico in questione, in supporto al Dipartimento Sviluppo Economico Attività Produttive della Regione Calabria, è stata indicata la Società Fincalabra S.p.A., soggetto in house della Regione Calabria.

La Farmacia ricorrente, sussistendone i presupposti di legge, in data 27 Gennaio 2021, ha inoltrato la Domanda di intervento finanziario ai sensi del Regolamento operativo di cui al Fondo Calabria Competitiva (FCC) (Por Calabria Fesr-Fse 2014/2020, Azione 3.2.1), **Codice identificativo domanda n. 43172**, al fine di ottenere l'ammissione all'intervento finanziario ai sensi del Regolamento Operativo relativo al Fondo Calabria Competitiva (FCC).

Più significativamente la Farmacia Elky ha chiesto di essere ammessa a beneficiare di un finanziamento di importo pari ad € 80.000,00 (ottantamila/00), necessario per contrastare i danni economico-finanziari arrecati dalla gravissima emergenza sanitaria conseguenza dell'epidemia di COVID-19, al fine di preservare la continuità dell'attività economica ed i livelli occupazionali della stessa.

Con nota prot. n. 2204 comunicata in data 23 Marzo 2021, la Fincalabra S.p.A., ha provveduto ad escludere la Farmacia ricorrente, sul presupposto che la domanda fosse inammissibile perché *“il file unico in PDF, firmato digitalmente dal legale rappresentante non contiene al proprio interno tutti i documenti richiesti e previsti dall'art. 9 del Regolamento Operativo: non è stata trasmessa copia delle dichiarazioni dei redditi relative agli ultimi due periodi di imposta, comprensive delle relative attestazioni di invio telematico”*

Avverso tale provvedimento la Farmacia Elky, in data 30 Marzo 2021, ha inoltrato richiesta di riesame chiedendo al Soggetto gestore Fincalabra S.p.A. di voler riesaminare in autotutela il provvedimento con il quale era stata dichiarata la non ammissibilità della domanda tesa ad ottenere il beneficio finanziario

previsto dal bando.

Pur tuttavia, il Comitato di Valutazione di Fancalabra S.p.A., nel verbale di cui alla riunione del 16 Aprile 2021, ha rigettato l'istanza di riesame inoltrata dalla ricorrente senza indicare i motivi posti alla base dell'ulteriore diniego.

Sotto tale profilo si rileva che il riesame era previsto dal bando di gara e, pertanto, vi era l'obbligo di procedere ad un'ulteriore valutazione della quale l'Amministrazione avrebbe dovuto dar conto motivando adeguatamente ogni determinazione.

I provvedimenti impugnati in epigrafe sono illegittimi e devono essere annullati, previa sospensione, per i seguenti motivi di

DIRITTO

A) Nella disciplina generale del procedimento amministrativo vige il potere del "soccorso istruttorio" *ex* articolo 6, comma 1 Lettera B), Legge 241/90 e s.m.i. per il quale il Responsabile del Procedimento può chiedere la rettifica di dichiarazioni e/o istanze erronee e/o incomplete e ordinare esibizioni documentali.

Rispetto a questa tematica è fondamentale la distinzione tra le procedure comparative, nell'ambito delle quali l'istituto ha un'applicazione limitata, alla luce dei principi di tutela della *par condicio*, e le procedure non comparative nelle quali tali limiti non vi sono.

Il potere del soccorso istruttorio in precedenza ha trovato il suo limite nel rispetto del principio della *par condicio*.

Pur tuttavia l'evoluzione normativa ha profondamente innovato la materia in questione.

Pertanto il rispetto del principio della *par condicio* "deve essere rimeditato alla luce delle norme che si sono succedute a partire dall'art. 38, comma 2 bis, D.lgvo 163/2006 nella versione introdotta dall'art. 39, comma 1, D.L. 90/2014, convertito con L. 114/2014".

Tale previsione normativa dispone che non si possa procedere all'esclusione del concorrente e/o beneficiario nelle ipotesi di incompletezza o di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive.

A ciò si aggiunga che l'art. 46, comma 1 ter, D. Lgvo n. 163/2006, precisa espressamente che le disposizioni di cui all'art. 38 comma 2 bis si applicano ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni che devono essere prodotte dai concorrenti.

Da ultimo, va rimarcato che l'art. 83 comma 9 D. Lgvo n. 50/2016 consente di sanare le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda con riguardo al documento di gara unico europeo, elemento essenziale della domanda di partecipazione ed estende il soccorso anche alle ipotesi di mancata presentazione dello stesso.

Sulla base delle anzidette argomentazioni la recente giurisprudenza ha chiarito che le previsioni normative precitate riducono notevolmente la portata del principio della *par condicio* e nel contempo ampliano l'istituto del dovere di soccorso istruttorio, la qual cosa, inevitabilmente, si riflette, estendendola, sulla portata del soccorso istruttorio nella generalità dei procedimenti nei quali, pertanto, è doveroso provvedere a quelle integrazioni documentali che consentono di superare la mancanza o la incompletezza delle dichiarazioni presentate dagli interessati.

E ciò, a maggior ragione, nelle ipotesi di procedimenti di massa nei quali l'utilità alla quale aspirano i partecipanti non è operata attraverso una valutazione comparativa delle domande (Tar Sardegna-Cagliari Sez. I n. 527/2018).

Peraltro i giudici amministrativi, pur riconoscendo il particolare rilievo che assume l'esigenza di speditezza dell'azione amministrativa quando ponga l'imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura, hanno ritenuto che rimangono illegittime, perché manifestamente irragionevoli, le clausole che legano l'inadempimento di tale onere all'esclusione del partecipante (TAR Piemonte n.

85/2018).

Dalla disamina delle norme precitate e dai principi giurisprudenziali elaborati in materia deriva che le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possano essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio.

Tale conclusione ha trovato ulteriore conforto nelle decisioni della Corte di Giustizia che, con sentenza depositata il 10 Maggio 2017 dalla Sezione VIII, causa C-131/16 Archus, ha ritenuto che la Pubblica Amministrazione deve consentire al candidato, la cui offerta essa ritiene imprecisa, la possibilità di integrare la propria domanda atteso che, in caso contrario, rimarrebbe violato il principio della *par condicio*.

Soggiunge poi la Corte che la richiesta di chiarimenti, con riferimento ad un documento o ad una informazione, la cui comunicazione era richiesta dal bando di gara, è ammissibile qualora tali elementi siano indispensabili per il chiarimento dell'offerta o la rettifica di un errore manifesto, sempre che gli stessi non comportino modifiche tali da costituire una nuova offerta.

Sotto tale profilo, i provvedimenti impugnati risultano assolutamente non conformi alla normativa vigente dianzi citata ed ai principi indicati dalla giurisprudenza amministrativa e dal supremo organo di giustizia dell'Unione Europea.

Ed invero, l'esclusione della ricorrente è stata determinata unicamente sul presupposto che il file unico in PDF, firmato digitalmente dal legale rappresentante non contenesse al proprio interno tutti i documenti richiesti e previsti dall'art. 9 del Regolamento Operativo e, più segnatamente, delle copie delle dichiarazioni dei redditi relative agli ultimi due periodi di imposta, comprensive delle relative attestazioni di invio telematico.

Tale circostanza, di per sé insufficiente a legittimare il provvedimento di esclusione, è, peraltro, erronea atteso che gli allegati richiesti dal Regolamento Operativo sono stati trasmessi e regolarmente acquisiti dalla piattaforma telematica connessa

all'avviso pubblico in questione, per come si evince dalla copia della schermata estrapolata dal relativo sito dalla quale risulta che i documenti allegati alla domanda presentano tutti la "spunta" di acquisizione.

Consegue da quanto sopra che la ricorrente ha inoltrato la domanda corredata di tutta la documentazione richiesta e l'Amministrazione non ha in alcun modo verificato se le caratteristiche del file fossero di ostacolo o meno alla leggibilità del documento.

Ne consegue che i provvedimenti risultano viziati per omessa istruttoria ed assoluta carenza di motivazione in violazione anche della normativa di cui all'art. 3 L. 241/90 e s.m.i.

In buona sostanza, l'Amministrazione ha agito senza accertare e valutare che si fosse o meno verificata un'"anomalia" telematica che potesse essere ostativa alla corretta acquisizione della domanda e dei relativi allegati.

Se l'Amministrazione resistente avesse operato in senso contrario, avrebbe potuto verificare che il "file" inviato dalla Farmacia Elky è assolutamente completo di tutta la documentazione richiesta dal Regolamento Operativo e, sotto tale profilo, l'esclusione appare ancora di più irragionevole, illogica e priva di legittimi presupposti giuridici.

La giurisprudenza ha chiarito che, in caso di gara in forma telematica, il rischio inerente alle modalità di trasmissione non può far carico che alla parte che unilateralmente scelga il relativo sistema e ne impone l'utilizzo ai partecipanti (Tar Lazio, Sez. III- Quater, 17.09.2019 n. 11022), non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione (Tar Puglia-Lecce, n. 977/2019).

In particolare, il Giudice d'Appello ha ritenuto che la presentazione della domanda di partecipazione in un formato diverso rispetto a quello prescritto dalla *lex specialis* ma non tale da impedire in maniera assoluta la corretta visualizzazione e lettura della

domanda stessa e degli allegati, non impedisce, ai sensi dell'art. 93 Comma 9, D.lgvo n. 50/2016, l'attivazione della procedura di soccorso istruttorio (Cons. Stato Sez. III n. 4065/2018).

Consegue da quanto sopra che la circostanza, peraltro non provata, che *“il file unico in PDF, firmato digitalmente dal legale rappresentante non contiene al proprio interno tutti i documenti richiesti e previsti dall'art. 9 del Regolamento Operativo.....”*, non avrebbe dovuto portare al provvedimento di non ammissibilità o, a tutto concedere, imponeva all'Amministrazione intimata di esercitare il soccorso istruttorio, con il conseguente diritto del ricorrente a vedere ammessa la propria domanda.

La Giurisprudenza ha chiarito che qualora le carenze documentali non costituiscano imprecisioni dell'offerta o difformità imputabili alla formulazione degli atti di gara, quanto piuttosto inesattezze documentali frutto di meri errori, va ammesso il recupero mediante soccorso istruttorio (Cons. Stato Sez. V, 27/03/2020 n. 2146).

Alla luce di quanto esposto, l'esclusione della ricorrente risulta immotivata ed irragionevole.

Va rilevato infatti che i provvedimenti adottati dalla Fincalabra risultano del tutto privi della benchè minima motivazione sia quanto alla presunta incompletezza del file inviato dalla ricorrente, quanto circa il diniego opposto ad esercitare il potere del soccorso istruttorio.

L'amministrazione intimata ha violato la normativa che disciplina l'esercizio del soccorso istruttorio in entrambe i provvedimenti impugnati.

Ancora più rilevate appare l'inesistenza assoluta di motivazione nel provvedimento che non ha accolto la richiesta di riesame, sia sotto il profilo della dichiarata correttezza dell'istanza presentata dalla ricorrente, quanto sulla richiesta che venisse esercitato il soccorso istruttorio.

Tanto meno i provvedimenti impugnati possono trovare sostegno e conforto nelle previsioni dell'Avviso Pubblico che risultano del pari illegittime laddove dovessero essere interpretate nel senso di una esclusione della possibile attivazione del soccorso istruttorio.

In tale ipotesi, la clausola dell'Avviso Pubblico che dovesse contenere tale previsione, che pure si impugna sotto tale aspetto, è viziata ed illegittima perché in contrasto con la normativa che regola la materia, in particolare con il D.lgvo n. 50/2016, e con i principi indicati dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria.

A S.E. IL PRESIDENTE DEL TAR CALABRIA-CATANZARO

ISTANZA EX ART. 56 C.P.A.

Nella presente fattispecie la stessa concessione di una cautela in sede collegiale è da ritenersi potenzialmente inadeguata, a causa dell'esiguità del tempo a disposizione e nella sostanziale impossibilità di una trattazione in camera di consiglio in tempo utile.

Va rilevato, infatti, che il soggetto gestore sta già procedendo all'erogazione dei finanziamenti in favore delle ditte ammesse e ciò ha, come esito certo, l'esaurimento certo *ad horas* delle risorse finanziarie.

Pertanto appare indispensabile evitare che, nelle more del giudizio, si consolidino situazioni che poi, in caso di accoglimento del ricorso, potrebbe risultare difficile, oneroso o addirittura impossibile rimuovere.

Va rimarcata ulteriormente l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, per come esplicitato nei motivi di ricorso.

Ricorrono tutte le condizioni per la concessione di una misura cautelare interinale antecedente all'udienza di Camera di Consiglio.

DOMANDA DI SOSPENSIONE

Il *fumus* sta nei motivi laddove si consideri che l'Amministrazione intimata, in palese violazione della normativa vigente non ha provveduto ad attivare la procedura di

soccorso istruttorio e gli atti impugnati sono viziati per macroscopica carenza di motivazione.

Il pregiudizio è *in re ipsa* nell'esclusione della ricorrente dall'elenco dei soggetti ammessi all'intervento finanziario necessario per contrastare i danni economico-finanziari arrecati dalla gravissima emergenza sanitaria conseguenza dell'epidemia di COVID-19, per preservare la continuità dell'attività economica ed i livelli occupazionali della stessa.

Si chiede l'audizione in Camera di Consiglio.

A S.E. IL PRESIDENTE DEL TAR CALABRIA – CATANZARO

Il ricorso è stato notificato all'Amministrazione intimata ed a uno dei controinteressati.

Si fa espressa richiesta di essere autorizzati, ove ritenuto necessario, a notificare il ricorso a tutti i controinteressati attraverso la pubblicazione sul sito WEB istituzionale della Regione Calabria.

Tale richiesta appare opportuna e necessaria in ragione del numero dei controinteressati (cfr. Tar Calabria-Catanzaro, Decreto Presidenziale n. 1589 del 4 Ottobre 2016).

CONCLUSIONI

disattesa ogni avversa eccezione, deduzione ed istanza, previa idonea cautela, voglia l'Eccellentissimo Collegio, accogliere il ricorso e, per l'effetto, annullare gli atti impugnati come specificati in epigrafe, con condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, oltre interessi moratori e rivalutazione monetaria sino al soddisfo.

Con vittoria, di spese e compensi professionali, oltre rimborso spese generali 15%, IVA e CPA come per legge.

Ai fini del contributo unificato, si dichiara che il valore della presente controversia è

indeterminato per cui il contributo unificato è pari ad € 650,00.

Catanzaro, 8 Maggio 2021

Avv. Antonio Torchia