



Avvocatura Generale dello Stato

CT 8353/2023 - Avv. Lumetti

**ECC.MO CONSIGLIO DI STATO IN SEDE
GIURISDIZIONALE**

**RICORSO IN APPELLO CON ISTANZA DI SOSPENSIONE
DELLA ESECUTIVITA' DELLA SENTENZA**

Per

IL MINISTERO DELLA CULTURA (C.F. 80188210589), Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio per le Province di Salerno e Avellino, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587 fax: 0696514000, PEC: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it) presso i cui uffici è domiciliato in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12;

appellante

contro

GIANNA MARIA GARBELLI, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Vannicelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Varrone 9, e successivamente rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandra Bettoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

appellato

PER LA RIFORMA, PREVIA SOSPENSIONE

della sentenza del T.A.R. Lazio 17525/2023, pubblicata il 24.11.2020

Il Ministero della Cultura, Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio per le Province di Salerno e Avellino *ut supra* rappresentato e difeso impugna la sentenza del T.A.R. Lazio 17525/2023, pubblicata il 24.11.2020 in quanto errata e non corretta per i seguenti motivi qui di seguito esposti.

ESPOSIZIONE IN PUNTO DI FATTO

Con bando del 24 febbraio 2022 la Direzione generale cinema e audiovisivo ha indetto la procedura di selezione per la concessione di contributi selettivi per la scrittura, lo sviluppo e la pre-produzione e la produzione di opere cinematografiche e audiovisive, ai sensi dell'art. 26, della legge 14 novembre 2016 n. 220 e del D.M. 31 luglio 2017 n. 343, e successive modificazioni.

Il bando è stato pubblicato sulla base del decreto del Ministro della cultura del 4 febbraio 2022, n. 49, recante “Riparto del fondo per lo sviluppo degli investimenti nel cinema e nell'audiovisivo per l'anno 2022”, che, ai sensi dell'art. 3, ha ripartito le risorse tra le varie linee di intervento indicate all'articolo 26, della legge n. 220/2016.

La Ditta Individuale GMG PRODUCTION di Gianna Garbelli ha presentato la propria domanda per la concessione dei contributi selettivi nella linea di intervento “Produzione di documentari e cortometraggi cinematografici, televisivi e web” per la 3° sessione 2022 per il documentario di lungometraggio, dalla stessa prodotto, intitolato “Garbelli On Boxing/A Mani Basse – Armato Solo di Me Stesso”, regia di Gianna Garbelli.

Con provvedimento del 22.12.2022 l'Amministrazione ha comunicato l'inammissibilità della domanda della ricorrente, così motivando “codesta società è risultata carente del codice Ateco 59.11 richiesto a pena d'inammissibilità dall'art.

22, comma 2, lett. e), del bando (id est: essere iscritti nella sezione ordinaria del Registro delle imprese di cui all'articolo 2188 del Codice Civile ed operare con il codice Ateco 59.11).

Il codice Ateco presente in Visura alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande è infatti il 59.1.

A ciò deve aggiungersi che alla data di presentazione della domanda (26 settembre 2022), codesta società risultava essere iscritta alla sezione speciale del Registro delle imprese, anziché alla sezione ordinaria”.

Per effetto di tale esclusione, il progetto della ricorrente non è risultato tra i progetti esaminati e valutati, di cui alla graduatoria degli esperti del 14 dicembre 2022, approvata con decreto direttoriale n. 4109 e pubblicato in data 22.12.2022 (doc. 3).

Avverso l'esclusione e gli atti a questa prodromici e consequenziali, la ricorrente ha promosso ricorso affidandosi a due motivi di censura.

Con la sentenza n. 17525/2023, l'Ecc.mo Tar Lazio, Roma, Sez. II Q, ha accolto il ricorso precitato giudicando accoglibili i motivi di ricorso proposti dalla ricorrente.

La sentenza è errata e merita, pertanto, di essere riformata per le seguenti ragioni di fatto e diritto.

ESPOSIZIONE IN PUNTO DI DIRITTO

1) ERROR IN IUDICANDO: ERRONEA INTERPRETAZIONE DELL'ART. 22, comma 2, lett. E) DEL BANDO. OMESSA PRONUNCIA. TRAVISAMENTO DEI FATTI E DEI PRESUPPOSTI

- 1.1 Il Tar Lazio ha accolto il ricorso valutando la fondatezza del primo motivo proposto dalla ricorrente con il quale si lamentava l'esclusione per il mancato rispetto del requisito previsto all'art. 22, comma 2, lett. e), del bando, poiché il possesso del codice ATECO 59.1 doveva ritenersi soddisfattivo del requisito

soggettivo richiesto dal bando, ovvero di essere in possesso del codice ATECO 59.11.

Segnatamente, il Giudice di prime cure ha ritenuto che *“Risulta decisivo, invero, nel senso dell’erroneità della determinazione assunta dall’amministrazione, che il codice posseduto dalla ricorrente non descrive un’attività economica diversa da quella cui si riferisce il codice richiesto dalla lex specialis, bensì si situa unicamente ad un livello di minor dettaglio ricomprendendo nel più ampio insieme delle attività di “produzione, post-produzione e distribuzione” anche quelle di sola “produzione” il cui svolgimento è richiesto dal bando.*

Se è vero, dunque, che ragioni connesse alle finalità statistiche del sistema suggeriscono, nell’ottica di una maggiore significatività dei dati, di scegliere in fase di attribuzione il codice Ateco più dettagliato, deve ritenersi tuttavia irragionevole far derivare l’esclusione da una procedura selettiva di ammissione alla fruizione di fondi pubblici dalla classificazione dell’attività economica in un gruppo anziché in una classe dello stesso facente parte.

Ciò in considerazione della ratio sottesa alla previsione, da parte del relativo bando, dell’iscrizione con un determinato codice, che è quella di selezionare domande provenienti da soggetti che svolgano attività nel settore per il quale richiedono il finanziamento.

Nel caso di specie, le imprese dovevano operare nel settore della produzione cinematografica, di video e di programmi televisivi e il codice Ateco riportato nella visura camerale relativa alla ricorrente, riferendosi anche a tale attività di produzione, doveva ritenersi coerente con quanto richiesto dalla lex specialis.

“Quella propugnata è infatti un’interpretazione della clausola della lex specialis in discorso non rispondente all’effettivo interesse pubblico da tutelare ed eccessivamente formalistica, che, nel basarsi sulla distinzione tra il livello di dettaglio rappresentato dal gruppo (59.1) e quello rappresentato dalla classe (59.11), non tiene conto del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui i codici Ateco non hanno alcuna portata certificativa dell’attività effettivamente esercitata dall’impresa (cfr., ex multis, Cons. St., Sez. V, 17 gennaio 2023, n. 564)”.

L'assunto sostenuto dal Tar non è corretto e mostra di aver ben governato i principi di diritto sottesi alla questione in oggetto.

In sostanza il giudice di prime cure ha valutato che la clausola della *lex specialis* de qua (id est: la richiesta del possesso del codice Ateco 59.11 "produzione") dovesse ritenersi eccessivamente formalistica e non rispondente all'effettivo interesse pubblico, atteso che il possesso del codice ATECO 59.1, ricomprenderebbe nel più ampio insieme delle attività di "*produzione, post-produzione e distribuzione*" anche quelle di sola "produzione" il cui svolgimento è richiesto dal bando.

La conclusione non appare condivisibile.

- 1.2 In primis, corre l'obbligo nuovamente in questa sede ribadire che la richiesta di operare con codice ATECO 59.11 nasce dall'esigenza di voler preferire nell'assegnazione dei contributi alla produzione, le società che svolgono attività di produzione di film e opere audiovisive.

Non vi è dubbio, che lo svolgimento in concreto di tale specifica attività possa emergere anche da altri elementi della domanda; ma non può essere certo trascurato il fatto che l'Amministrazione, ai fini dell'economicità dell'azione amministrativa, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 241/1990, possa legittimamente richiedere una iscrizione che dimostri più agevolmente il possesso di un determinato requisito, ancorché la sua esistenza sia dimostrabile con altri fatti concludenti più defatiganti.

E d'altro canto, per una impresa che svolge attività di produzione, non può ritenersi certamente onerosa l'iscrizione alla precipua attività corrispondente, se è l'attività principale che effettivamente viene svolta e che vuole essere valorizzata nelle procedure pubbliche.

Sul punto la giurisprudenza maggioritaria ritiene, infatti, che "*la prescrizione della lex specialis della gara, con la quale si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l'iscrizione alla Camera di Commercio per una definita attività da appaltare, non può che essere finalizzata a selezionare ditte che abbiano una esperienza specifica nel settore interessato, mentre nessun rilievo può attribuirsi, in luogo del citato requisito, all'oggetto sociale dell'impresa, il quale abilita quest'ultima a svolgere quella determinata attività, ma nulla dice sull'effettivo svolgimento della*

stessa” (cfr. VI, n. 2380/2009)(Consiglio di Stato, III, 10 agosto 2017, n. 3988)]. (..) **“In particolare, l’individuazione ontologica della tipologia di azienda avviene solo attraverso l’attività principale, in concreto espletata e documentata dall’iscrizione alla Camera di Commercio, mentre l’oggetto sociale, meramente riportato, esprime soltanto ulteriori potenziali indirizzi operativi dell’azienda, non rilevanti ove non attivati** (Consiglio di Stato, VI, n. 2486/2015; IV, n. 5729/2013)” (TAR Puglia – Lecce, sez. II, sentenza 30 novembre 2017, n. 1887).

La giurisprudenza richiamata dal Giudice di prime cure (id est: Consiglio di Stato n. 564/2023) ai fini dell’accoglimento del ricorso della ricorrente, si limita, invero, ad approfondire la funzione del codice Ateco, “tenendo in disparte dall’esame della questione, se la *lex specialis* richiedeva o meno quel determinato codice Ateco ‘a pena di esclusione’”.

Come noto, *“le prescrizioni contenute nella lex specialis della gara pubblica vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa Amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, non potendo disapplicarle, neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di far luogo, nell’esercizio del potere di autotutela, all’annullamento del bando”* (Cons. Stato, 22 marzo 2010, n. 1652; Cons, Stato, Sez. V, 22 ottobre 2007, n. 5503).

Ne consegue che l’interpretazione contenuta nella sentenza gravata merita di essere riformata.

- 1.3 In secondo luogo, **il giudice di prime cure non avrebbe potuto pronunciarsi sulla legittimità della clausola de qua, atteso che la doglianza della ricorrente risultava essere manifestamente tardiva.**

Come noto e come espressamente eccepito in primo grado, anche se il giudice ha omesso di pronunciarsi su questo specifico punto, è unanime la giurisprudenza nel ritenere **“l’onore di immediata impugnazione del bando di gara che contiene clausole impeditive della partecipazione alla selezione”** (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza 26 aprile 2018, n. 4).

L'Adunanza del Consiglio di Stato ultimo citata, ha, infatti, rilevato che devono essere considerati immediatamente impugnabili i bandi di gara allorché contengano clausole impeditive della partecipazione alla selezione.

Vanno, pertanto, immediatamente impugunate, in quanto immediatamente e direttamente lesive, le previsioni attinenti ai requisiti soggettivi di partecipazione (che escludono ex se la possibilità di partecipare alla procedura rendendone certa la esclusione) oppure quelle altre clausole che, benché non di carattere strettamente soggettivo, abbiano la portata di precludere ogni utile partecipazione alla gara, perché impositive di oneri manifestamente incomprensibili ovvero del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della gara oppure perché rendono la partecipazione irragionevolmente difficoltosa o addirittura impossibile, imponendo condizioni negoziali eccessivamente onerose e non convenienti.

Del resto, proprio il Tar Lazio si era di recente pronunciato su un caso analogo giungendo alle medesime conclusioni del sopracitato Consesso.

Anche in quel caso la società ricorrente aveva impugnato il provvedimento di esclusione (o meglio il provvedimento di revoca essendo i controlli stati effettuati dopo l'aggiudicazione), deducendo l'erroneità dell'interpretazione del bando di gara e dei riferimenti di carattere tecnico ivi prescritti effettuata dalla stazione appaltante e rilevando, in subordine, che ove l'interpretazione della stazione appaltante fosse stata ritenuta corretta, la *lex specialis* di gara sarebbe stata ingiustificatamente restrittiva della concorrenza. Il Collegio, dopo aver rilevato l'infondatezza del primo motivo, ha dichiarato l'irricevibilità del secondo, per tardività della censura. Sul punto, infatti, il TAR – richiamando le pronunce dell'Adunanza Plenaria (Ad. Plen. n. 1/2003 e Ad. Plen. n. 4/2018) – ha ricordato che **“le clausole relative ai requisiti di partecipazione alla gara, quale quella oggetto di causa, recludendo immediatamente la partecipazione alla procedura all'operatore che ne è privo, sono soggette all'onere di immediata impugnazione”**, per cui la società ricorrente avrebbe dovuto **impugnare tali clausole nel termine decorrente dalla data di pubblicazione del bando**” (Tar Lazio, Roma, Sez. II Ter, 15/10/2021, n. 10578).

La ricorrente, pertanto, essendo sprovvista del codice ATECO 59.11 (doc. 5 e 6) avrebbe dovuto impugnare il bando e non l'inevitabile esclusione.

La sentenza merita, pertanto, di essere riformata.

2) **ERROR IN IUDICANDO: ERRONEA INTERPRETAZIONE DELL'ART. 22, COMMA 2, LETT. E), DEL BANDO E DEGLI ARTT. 46-47 D.P.R. 445/2000. VIOLAZIONE DELLA *LEX SPECIALIS***

2.1 Il Tar Lazio, sempre nell'ambito del primo motivo di ricorso proposto dalla ricorrente, ha accolto l'ulteriore doglianza relativa alla circostanza per cui, alla data di presentazione della domanda (26 settembre 2022), la stessa risultava iscritta alla sezione speciale del registro delle imprese anziché alla sezione ordinaria, come richiesto dal citato art. 22, comma 2, lett. e), del bando, requisito acquisito soltanto successivamente in data 27 settembre 2022.

Secondo il giudice di prime cure, *“In materia di procedure selettive per l'attribuzione di contributi e sovvenzioni pubbliche, al pari di quanto accade in ogni altra procedura concorsuale, costituisce principio generale quello per cui i requisiti partecipativi devono essere posseduti alla data di scadenza della presentazione della domanda. Tale principio – che, differentemente da quanto osservato dalla difesa erariale (pag.8 della memoria depositata il 12 marzo 2023), è senz'altro applicabile in assenza di diversa previsione della lex special - è posto a presidio della par condicio tra i possibili destinatari delle sovvenzioni, nonché della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, e comporta che la sopravvenienza di un requisito dopo detta data non possa assumere alcuna rilevanza. Nessuna violazione ai richiamati principi della par condicio tra concorrenti, della trasparenza e dell'imparzialità si verifica, invece, ogniqualvolta il requisito è regolarmente posseduto al momento della scadenza del termine fissato dalla lex specialis per la presentazione della domanda e, tuttavia, la stessa venga materialmente inoltrata dal soggetto partecipante in una data precedente, venendo in tale evenienza in considerazione, al più, una mera irregolarità non suscettibile di esitare in un'esclusione dalla procedura”*.

La conclusione è manifestamente errata.

2.2 Deve osservarsi, invero, come dal contenuto del bando fosse chiaramente evincibile che i requisiti dovessero essere posseduti alla data di presentazione della domanda. Converte in tal senso la richiesta di allegazione di un'autodichiarazione ex artt. 46-47 D.P.R. 445/2000, con riguardo al possesso dei requisiti di partecipazione al momento della presentazione della domanda, nonché il tenore della disposizione di cui all'art. 22, comma 2, lett. e), secondo cui "I soggetti richiedenti, a pena di inammissibilità, devono: e) essere iscritti nella sezione ordinaria del Registro delle imprese di cui all'articolo 2188 del Codice Civile ed operare con il codice Ateco 59.11".

La formulazione è chiarissima: **il soggetto richiedente doveva essere in possesso dei requisiti previsti dal bando al momento in cui partecipa.**

La GMG di Gianna Garbelli, pertanto, non solo non possedeva un requisito di partecipazione previsto dal bando a pena di esclusione, risultando iscritta alla data del 26 settembre 2022 alla sezione speciale, ma rilasciava anche un'autodichiarazione ex artt. 46-47 D.P.R. 445/2000 a quella data dal contenuto non veritiero.

Codesto Supremo Consesso, nel ribadire una costante giurisprudenza, con decisione resa in Adunanza Plenaria ha, invero, affermato il principio generale, secondo cui il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica (Consiglio di Stato Adunanza plenaria 20.07.2015 n. 8; cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2014, n. 1987; Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4833 e 26 marzo 2012, n. 1732; Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2011, n. 4225; Cons. Stato, Ad. pl., 25 febbraio 2014, n. 10; nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 1 del 2010).

2.3 Tra l'altro, l'art. 5, comma 5, del bando prevedeva espressamente che: *"In caso di dichiarazioni mendaci o di omesse comunicazioni o di falsa documentazione prodotta in sede di richiesta dei contributi di cui al presente bando, oltre alla revoca del contributo concesso e alla sua intera restituzione, è disposta, ai sensi dell'art. 37 della legge n. 220 del 2016, l'esclusione da*

tutti i contributi previsti dalla medesima legge, per cinque anni, del beneficiario nonché di ogni altra impresa o ente che comprenda soci, amministratori e legali rappresentanti di un'impresa o ente esclusi ai sensi del presente comma”.

A tal proposito, la consolidata giurisprudenza amministrativa sostiene che la dichiarazione non veritiera, al di là dei profili penali, preclude al dichiarante il raggiungimento dello scopo cui la stessa era indirizzata (Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2013, n. 1933, e 27 aprile 2012, n. 2447).

Diversamente, si finirebbe per sostenere che le autodichiarazioni rese dai partecipanti ad una procedura selettiva possano contenere dichiarazioni di intenzioni o propositi per il futuro, che oltre a risultare inammissibili andrebbero ad aggravare inutilmente il procedimento amministrativo, stante la necessità di confutare tramite ulteriori accertamenti e/o integrazioni l'acquisizione di tutti i requisiti richiesti dal bando.

D'altronde, la ratio delle “dichiarazioni sostitutive” si rinviene proprio nell'ottica della semplificazione amministrativa, sancita anche dal divieto di aggravio procedimentale.

Per i motivi *ut supra* esposti, si chiede che la sentenza sia riformata.

ISTANZA CAUTELARE EX ART. 55 C.P.A.

Sul *fumus boni iuris*, si hanno più che fondati motivi per ritenere lo stesso ben manifesto, alla stregua di tutto quanto sopra.

Quanto al *periculum in mora*, lo stesso appare provato *in re ipsa*, se si considera che l'Amministrazione, sulla base del principio della imparzialità e di non discriminazione, si vedrebbe costretta a riammettere *ex post*, in assenza di risorse residue, tutti i partecipanti esclusi per carenza del requisito specifico richiesto dall'art. 22, comma 2, lett e), del bando, con evidenti ripercussioni sul corretto andamento dell'attività amministrativa.

Con vittoria di spese, competenze e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Si richiede che l'Ecc.mo Collegio possa riformare la sentenza del T.A.R.

Lazio n. 17525 pubblicata il 24 novembre 2023.

Spese rifuse.

Roma, *27 dicembre 2023*

Maria Vittoria Lumetti

Avvocato dello Stato