

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 5 LUGLIO 2022

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo

TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 30 giugno 2022, n. 1750

TAR Molise, 23 giugno 2022, n. 231

Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 maggio 2022 n. 3870

3

GIURISPRUDENZA

CONTRATTI
PUBBLICI E DIRITTO
AMMINISTRATIVO

TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 30 giugno 2022, n. 1750

Massima

In materia di concorsi pubblici, l'individuazione di ulteriori requisiti di partecipazione rispetto a quelli prescritti da regolamenti e fonti sovraordinate rispetto al bando rientra nel legittimo esercizio della discrezionalità tecnica propria della Pubblica Amministrazione, con la conseguenza che è legittima la clausola di un bando di selezione che richieda ai candidati anche il possesso di pregressa esperienza professionale in ruoli o in posti analoghi a quello da ricoprire.

Caso di specie

La ricorrente ha impugnato le clausole del bando di concorso per la selezione di personale - da impiegare, a titolo indeterminato, presso un ente regionale di trasporto ferroviario - riguardanti i requisiti di partecipazione, censurando la previsione con cui l'Amministrazione resistente, in aggiunta al conseguimento del titolo della laurea magistrale, ha richiesto (oltre all'abilitazione all'esercizio della professione di ingegnere) il possesso di pregressa esperienza professionale nei ruoli in esso specificamente indicati.

Secondo la prospettazione fornita dalla ricorrente, la previsione censurata si porrebbe in contrasto con le previsioni del Regolamento interno per i concorsi adottato dalla medesima Amministrazione in cui, quali requisiti di accesso, sarebbero richiesti, in termini alternativi, la laurea magistrale (senza necessità di alcuna esperienza professionale) ovvero il diploma di laurea accompagnato da 2 anni di esperienza professionale.

Il requisito dell'esperienza professionale biennale sarebbe, quindi, stato posto in capo ai titolari di diploma di laurea (da intendersi come laurea triennale), al chiaro scopo di compensare il più breve corso di studi rispetto alla laurea magistrale/vecchio ordinamento.

L'estensione anche ai possessori di laurea magistrale di tale requisito si porrebbe, pertanto, in contrasto con la logicità del criterio adottato nel Regolamento concorsi e con i criteri di imparzialità e non discriminazione che devono regolare i meccanismi di selezione pubblica.

Motivi della decisione

Il TAR adito ha ritenuto le censure formulate nel ricorso non meritevoli di accoglimento, per le ragioni che possono essere così di seguito sintetizzate.

I Giudici hanno preliminarmente osservato, richiamando peraltro altri precedenti analoghi resi dal medesimo Organo giurisdizionale, come il "Regolamento concorsi" adottato dall'Amministrazione regionale resistente contenga previsioni minime e generali, che non escludono la possibilità per quest'ultima, per le specifiche esigenze di ogni concorso, di aggiungere, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, ulteriori requisiti di partecipazione, quali - come nel caso di specie - quelli relativi a pregresse esperienze professionali nel settore di operatività della figura da selezionare.

Il valore del predetto "Regolamento concorsi" è, dunque, da intendersi nel senso di rappresentare, per l'amministrazione, una forma di autovincolo generale, dal quale è possibile discostarsi per esigenze specifiche, da esprimere mediante la *lex specialis* di concorso, la quale resta dunque l'unica "fonte" effettivamente vincolante tanto per i concorrenti quanto anche per l'Amministrazione.

Così inquadrato il rapporto tra bando di concorso e Regolamento, ai Giudici resta da vagliare se la previsione di requisiti aggiuntivi rispetto alle previsioni del predetto Regolamento integrano o meno ipotesi di illegittimo esercizio della discrezionalità tecnica dell'amministrazione, in termini di palese arbitrarietà, illogicità, irragionevolezza ed irrazionalità.

Sul punto, il TAR ha fornito risposta negativa. Infatti, sempre secondo quanto argomentato dai Giudici, nel caso in esame la specificità delle mansioni da affidare al vincitore della selezione, dettagliatamente indicate nel bando di concorso,

hanno reso ragionevole la pretesa dell'Amministrazione circa il possesso, da parte dei concorrenti, di pregresse esperienze nel settore; e ciò tenuto conto (anche) delle particolari responsabilità connesse all'esercizio delle mansioni richieste al futuro dipendente.

Irragionevole dovrebbe altrimenti ritenersi proprio la contraria soluzione illustrata dalla ricorrente: ingabbiare all'interno delle previsioni regolamentari di tipo generale ogni specifica e concreta determinazione dell'Amministrazione stessa, impedirebbe l'adeguamento dei singoli bandi di concorso alle reali e specifiche esigenze volta per volta emergenti.

Per le ragioni sopra evidenziate, il TAR ha concluso per l'integrale rigetto del ricorso, compensando tuttavia tra le parti le spese di giudizio.

TAR Molise, 23 giugno 2022, n. 231

Massima

Nelle procedure a evidenza pubblica in cui il soggetto affidatario è individuato applicando il criterio del minor prezzo non trova applicazione il principio di segretezza dell'offerta economica, in quanto l'Amministrazione non è chiamata a valutare l'offerta tecnica attribuendo punteggi che potrebbero essere influenzati dalla previa conoscenza del ribasso offerto.

Caso di specie

Un Comune indiceva una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento, da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo determinato mediante ribasso sull'importo a base di gara, di alcuni lavori per la prevenzione del rischio di dissesto idrogeologico. Alla procedura partecipava anche un RTI, la cui offerta veniva tuttavia esclusa dalla procedura a causa del superamento della soglia di anomalia individuata sulla base dell'art. 97, D.Lgs. n. 50/2016.

Il RTI presentava una prima formale istanza di autotutela tesa a ottenere la revoca degli atti di ammissione alla gara di altri cinque operatori economici - le cui offerte non avrebbero recato l'indizione separata dei costi per la manodopera - con conseguente ricalcolo della media dei ribassi. In via subordinata, il RTI richiedeva l'esclusione dalla gara di tre operatori economici partecipanti per aver violato il principio di segretezza dell'offerta economica, avendo, gli stessi, inserito le proprie offerte economiche nella medesima e unica busta nella quale era compresa anche la documentazione amministrativa.

La Stazione Appaltante riscontrava negativamente l'istanza di autotutela, procedendo, conseguentemente, all'aggiudicazione dei lavori -

aggiudicazione che veniva impugnata dal RTI innanzi al TAR per il Molise.

Motivi della decisione

Il TAR per il Molise ha in primo luogo rilevato l'irricevibilità del ricorso proposto per tardività del primo e centrale motivo di doglianza proposto dal RTI, attinente alla mancata esclusione dalla procedura di gara delle offerte non corredate dai costi della manodopera.

Tale mancata esclusione aveva comportato la fissazione della soglia di anomalia dal superamento della quale era discesa l'esclusione dalla procedura del RTI ricorrente: per questo motivo, il RTI - anziché attendere il consolidarsi della platea dei concorrenti - avrebbe dovuto impugnare tempestivamente il rigetto dell'istanza di autotutela e il conseguente provvedimento di esclusione.

Secondo il TAR, inoltre, il motivo sarebbe in ogni caso risultato infondato nel merito, in quanto il suo accoglimento non avrebbe potuto esplicare effetti sull'esito della procedura in virtù del principio di invarianza, codificato nell'art. 95, comma 15, D.Lgs. n. 50/2016.

A norma di tale disposizione, ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura o dell'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

Tale principio - ha ribadito il TAR - introduce un'eccezione all'ordinario meccanismo del regresso procedimentale, al fine di garantire continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, nonché di impedire, o comunque vanificare, la promozione di controversie meramente speculative e strumentali.

Il TAR, consapevole dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale in materia di principio di invarianza più elastico e propenso a posticiparne l'operatività allo spirare del termine per impugnare le ammissioni o le esclusioni, ha tuttavia optato per un'interpretazione più stringente della disposizione di cui all'art. 95, D.Lgs. n. 50/2016, ritenendo che, adottando la soluzione prospettata nelle pronunce di segno contrario richiamate, si sarebbe prodotta un'inammissibile sostanziale abrogazione della norma in esame.

Infine, il TAR ha affrontato il tema, sollevato dal ricorrente con il secondo motivo di ricorso,

relativo alla lamentata violazione del principio di segretezza dell'offerta economica da parte degli operatori economici che avevano inserito il dato relativo alla percentuale di ribasso offerto nella medesima busta contenente la documentazione amministrativa. Sul punto, il TAR ha rilevato l'irrilevanza di tale circostanza proprio in ragione delle modalità adottate dalla stazione appaltante per l'aggiudicazione della gara: nelle ipotesi in cui viene adottato il criterio del minor prezzo, infatti, l'Amministrazione non è chiamata a valutare l'offerta tecnica con l'attribuzione di punteggi che potrebbero essere influenzati dalla previa conoscenza del contenuto dell'offerta economica.

Il TAR ha pertanto richiamato la costante giurisprudenza secondo cui il principio di segretezza dell'offerta economica trova esclusiva applicazione nelle procedure selettive in cui il criterio di scelta è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dichiarando dunque infondato anche il secondo motivo di gravame prospettato dal RTI ricorrente.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 maggio 2022 n. 3870

Massima

La disciplina sui rifiuti è riconducibile alla “*tutela dell’ambiente e dell’ecosistema*”, di competenza esclusiva statale ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione. Nelle ipotesi in cui detta materia possa trovare interferenza con interessi di competenza regionale, la composizione della suddetta interferenza va operata alla luce del c.d. *principio di prevalenza*, utilizzato dalla Corte Costituzionale ogniqualvolta sia apparso evidente l’appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre, ovvero quando l’azione unitaria dello Stato risulti giustificata dalla necessità di garantire livelli adeguati e non riducibili di tutela ambientale su tutto il territorio nazionale.

Caso di specie

La fattispecie in esame prende le mosse dal ricorso (composto da ricorso principale e due ricorsi per motivi aggiunti), proposto dalla società (*omissis*), titolare e gestore di un impianto di compostaggio sito in Comune di (*omissis*), presso il quale viene svolta l’attività di trattamento di rifiuti organici non pericolosi in regime semplificato. Con i ricorsi proposti si impugnavano due deliberazioni della Giunta provinciale di (*omissis*) - ambedue relative al “*diniego di approvazione del progetto di adeguamento e di compatibilità ambientale dell’impianto di compostaggio*” - nonché, per quanto in questa sede di interesse, il provvedimento prot. GE/2010/38430 del 7 luglio 2010, nella parte in cui il dirigente dell’Area Ambiente della Provincia di (*omissis*),

diffidava la ricorrente a *“...completare la produzione dei lotti utilizzando quantità di sovvalli tali da riportare la percentuale dei medesimi rispetto alla frazione verde entro il limite massimo del 50%, come previsto dalla DGRV n. 568/2005; per quanto riguarda i lotti già prodotti ed in fase di maturazione alla data di ricevimento della presente, a subordinarne l'utilizzo alla preventiva verifica del rispetto dei limiti previsti dalla normativa in materia di fertilizzanti (D.lgs. n. 75 del 29.4.2010)”*, nonché del punto 7, lett. c), dell'allegato 1 alla DGRV n. 568/2005.

In relazione alla prescrizione di cui al punto 7, la ricorrente ha lamentato come quest'ultima fosse andata oltre la finalità cui la direttiva medesima era rivolta, ossia quella di disciplinare la realizzazione degli impianti di recupero e trattamento delle frazioni organiche dei rifiuti, la conduzione operativa degli impianti e le caratteristiche dei prodotti ottenuti, e non quella di definire le caratteristiche sostanziali che deve assumere la miscela per la produzione dell'ACQ o, comunque, in generale per la produzione del compost. Dunque, la deliberazione regionale in esame, emanata in applicazione della relativa Legge Regionale, si porrebbe in contrasto con il sistema di ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni in materia di trattamento dei rifiuti - quest'ultima da intendersi ricompresa in quella più ampia della tutela ambientale - in quanto intervenuta a disciplinare le caratteristiche tecniche dei rifiuti da sottoporre a trattamento, riservate all'Amministrazione statale al fine di rendere omogeneo il livello di tutela ambientale su tutto il territorio nazionale.

Si costituivano in giudizio sia la Regione che la Provincia ed il TAR adito, in esito all'esame della questione, dichiarava improcedibile il ricorso introduttivo e il ricorso recante i primi motivi aggiunti *“a seguito dell'avvenuto riconoscimento da parte della Provincia delle pretese avanzate dalla ricorrente”*.

Il TAR adito accoglieva, invece, i secondi motivi aggiunti dedotti avverso la richiamata delibera regionale in quanto, alla luce dei principi affermati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 58/2015, la Regione sarebbe andata *“oltre le proprie competenze, incidendo, per finalità di tutela ambientale, sulle caratteristiche stesse del rifiuto da trattare, così incorrendo nei vizi denunciati”*.

La sentenza veniva appellata dalla Regione, la quale - nell'eccepire l'erronea interpretazione e

applicazione dell'art. 19, D.Lgs n. 22/1997, nonché degli artt. 195 e 196 del D.Lgs n. 152/2006 - sosteneva che, nel disciplinare la realizzazione di impianti di trattamento e recupero di rifiuti organici tramite processo di compostaggio, non aveva "*inciso in alcun modo sulle caratteristiche proprie del rifiuto oggetto di trattamento*" e che, conseguentemente, non aveva esorbitato dalle competenze sue proprie.

La Regione, a suo dire, avrebbe esercitato i poteri di regolamentazione delle attività di gestione dei rifiuti secondo quanto stabilito nell'art. 19, comma 1, D.Lgs n. 22/1997 (*ratione temporis* vigente).

Nello specifico, l'art. 18, comma 2, lett. a), del D.Lgs n. 22/1997 devolveva allo Stato la competenza circa l'adozione delle norme tecniche per la gestione dei rifiuti; l'art. 19, riservava, invece, alle regioni la regolamentazione delle attività di gestione dei rifiuti, ivi compresa l'autorizzazione all'esercizio delle operazioni di smaltimento e recupero dei rifiuti.

Tale riparto di competenze è stato poi mantenuto anche dal successivo D.Lgs n. 152/2006 (artt. 195, comma 2, lett. a) e 196, comma 1).

Motivi della decisione

Il Consiglio di Stato ha ritenuto l'appello infondato.

Al pari di quanto sostenuto dal Giudice di primo grado, ha difatti rilevato che la disciplina sui rifiuti è riconducibile alla "*tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*" - conformemente, altresì, alla costante giurisprudenza costituzionale - quest'ultima di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione.

Rileva, poi, il Consiglio di Stato che nei casi in cui detta materia possa trovare interferenza con interessi di competenza regionale, la composizione della suddetta interferenza va operata alla luce del c.d. *principio di prevalenza*, utilizzato dalla Corte Costituzionale ogniqualvolta sia apparso evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre, ovvero quando l'azione unitaria dello Stato risulti giustificata dalla necessità di garantire livelli adeguati e non riducibili di tutela ambientale su tutto il territorio nazionale.

Il richiamo al principio di prevalenza, quindi, viene in aiuto al fine di dare una soluzione

all'inevitabile interferenza che può generarsi tra titoli di competenza formalmente attribuiti allo Stato (tutela dell'ambiente) e titoli assegnati in via concorrente alle Regioni (tutela della salute, governo del territorio).

La disciplina dei rifiuti rientra nella materia della tutela dell'ambiente, poiché essa impinge sulla capacità di incidenza e di impatto che i rifiuti hanno sull'*habitat* naturale e civile, ed è dunque di esclusiva competenza statale, ex art. 117, comma secondo, lett. S), della Costituzione. Per tale motivo *“per esse, quindi, necessita una normazione generale, valevole sull'intero territorio nazionale, non potendo l'ordinamento tollerare che le caratteristiche intrinseche di un rifiuto, ai fini del suo trattamento, possano essere diversificate a seconda della diversa convenienza, opportunità o percezione avvertita dai singoli enti territoriali”*.

Nel caso *de quo*, il Giudice di secondo grado rileva come l'ente regionale sia intervenuto non già sull'autorizzazione ovvero sulle modalità di rilascio del titolo e sull'esercizio dell'impianto, bensì sulla conformazione delle caratteristiche del prodotto, modificandone, nell'ambito del perimetro territoriale di riferimento, la composizione rilevante ai fini del trattamento e dello scarto. Così operando la Regione avrebbe evidentemente inciso su profili che spettano all'Autorità statale, essendo a questa devoluto il compito di fissare le caratteristiche dei rifiuti da trattare e lavorare all'interno degli impianti.

In definitiva, secondo il Consiglio di Stato *“la direttiva regionale viola, dunque, il regime delle competenze fissato a livello costituzionale, laddove introduce a livello territoriale, nel pur dichiarato intento di disciplinare l'esercizio dell'impianto, prescrizioni che, in realtà, caratterizzano il rifiuto in distonia con l'esigenza di una superiore e omogenea regolamentazione di livello nazionale, spettante allo Stato ex art. 117 Cost., in quanto afferente ad una materia di propria, esclusiva competenza; prescrizioni che attengono, invero, non già al “come” gestire l'impianto (di competenza regionale), bensì a “cosa” utilizzare nell'impianto medesimo (prerogativa statale); con ciò, violando l'art. 18 del D.Lgs n. 22 del 1997 (ratione temporis vigente) nonché il D.M. 5 febbraio 1998”*.

LEAP

NEWSLETTER

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners