

**Ecc.mo Consiglio di Stato**

**Sez. V – Ric. n. 4418/2018**

**Camera di consiglio del 18 settembre 2018**

**Memoria conclusiva**

Nell'interesse del Dottore Forestale **Davide Pasut**, in proprio e quale mandante del costituendo RTP con Stradivarie Architetti Associati, Sinergo Spa, Ing. Andrea Mori, Bosso & Rota Consulenze Geologiche, rappresentato e difeso dall'Avv Sabrina Morelli;

**contro**

il Comune di Treviso, con gli Avv.ti Antonello Coniglione e Giampaolo De Piazzì,

**e nei confronti**

dello STUDIO D:RH DINALE - RIGONAT HUGUES ARCHITETTI E ASSOCIATI, c.f. 02877980272, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandataria-capogruppo del costituendo RTP con mandanti Criterià Srl, Prima Ingegneria STP S.s. tra Professionisti e Ing. Alberto Di Martino;

della CITTA' RICERCHE TERRITORIO INNOVAZIONE AMBIENTE SRL, c.f. 02694380920, in persona del legale rappresentante p.t., quale mandante del suddetto costituendo RTP;

della PRIMA INGEGNERIA S.S. TRA PROFESSIONISTI, c.f. 01530730496, in persona del legale rappresentante p.t., quale mandante del suddetto costituendo RTP;

dell'Ing. Alberto Di Martino, c.f. DMRLRT63T30L736R, quale mandante del suddetto costituendo RTP

**per la riforma della sentenza**

n. 440 emessa dal TAR per il Veneto, Sez. I, in data 23 aprile 2018, non notificata (**doc. A**)

**nel giudizio promosso per l'annullamento**

a) del provvedimento di ammissione alle fasi di valutazione dell'offerta tecnica ed economica nell'ambito della procedura selettiva CIG 714590180C indetta dal Comune di Treviso del costituendo RTP con mandataria-capogruppo D:RH Studio Dinale – Rigonat Hugues Architetti e Associati e mandanti Criteria Srl, Prima Ingegneria S.s. tra Professionisti e Ing. Alberto Di Martino, assunto nella seduta della Commissione giudicatrice dell'11.09.2017;

b) dell'elenco prot. n. 0119903/2017 in data 13.09.2017 dei concorrenti ammessi alle summenzionate fasi della predetta gara, nella parte concernente il costituendo RTP controinteressato, e della comunicazione della sua intervenuta pubblicazione ai sensi dell'art. 29, c. 1, del d.lgs. n. 50/2016 e ai fini dell'art. 120, c. 2-bis, del c.p.a.;

c) di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso;

in via gradata:

d) dell'art. 4 c) del Bando nella parte in cui ha previsto, a pena di esclusione dalla gara, ai fini della qualificazione tecnica, che il concorrente deve disporre per lo svolgimento dell'incarico di "*n. 1 tecnico esperto e qualificato in materia forestale avente competenze connesse alle opere a verde con particolare riferimento alle alberature esistenti e di progetto*" anziché di un dottore forestale o agronomo abilitato alla professione e iscritto al relativo albo.

\*\*\*

Alla luce delle avverse difese, si rendono necessarie le seguenti brevi repliche.

### **1. Sulla asserita carenza di interesse.**

Il Comune di Treviso ha eccepito la carenza di interesse alla coltivazione dell'appello, motivandola con la mancata impugnativa del provvedimento di aggiudicazione (il cui ricorso, pur notificato, non è stato poi iscritto a ruolo).

L'eccezione non ha pregio.

**1.1.** Come noto, il provvedimento di ammissione ha assunto una sua autonoma individualità, tanto che oggi – a seguito della modifica all'art. 120 c.p.a.

apportata dal d.lgs. n. 50/2016 – è divenuto necessario impugnarlo espressamente, e non è più consentito censurarlo unitamente al provvedimento di aggiudicazione.

Una volta annullato il provvedimento di ammissione, gli effetti di una simile pronuncia si riverberano sull'aggiudicazione secondo la tecnica della caducazione automatica, dal momento che il venir meno della ammissione costituisce un fatto idoneo a travolgere l'intera sequenza procedimentale successiva.

D'altro canto, alla luce del consolidato orientamento, ricorrono tutti i presupposti per ritenere che tra il provvedimento di ammissione e quello di aggiudicazione sussista una relazione di **stretta e necessaria derivazione**, tale per cui, unitamente al fatto che i due provvedimenti si collocano all'interno della medesima sequenza procedimentale, l'annullamento del primo produrrebbe un effetto caducante in grado di travolgere automaticamente anche il secondo, anche in difetto di una sua espressa ed autonoma impugnazione (Cons. Stato sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4404: *“Nell’ambito del procedimento amministrativo, occorre distinguere tra invalidità ad effetto caducante e invalidità ad effetto viziante; per la prima forma di vizio, di natura più dirompente, occorrono due elementi precisi: a) il primo dato dall’appartenenza, sia dell’atto annullato direttamente come di quello caducato per conseguenza, alla **medesima serie procedimentale**; b) il secondo individuato nel rapporto di **necessaria derivazione** del secondo dal primo, come sua inevitabile ed ineluttabile conseguenza e **senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi, con particolare riguardo al coinvolgimento di soggetti terzi**”).*

Il provvedimento di ammissione, infatti, costituisce un ineliminabile antecedente logico giuridico del provvedimento di aggiudicazione, senza il quale quest'ultimo non potrebbe essere utilmente adottato. Esattamente come

l'aggiudicazione lo è per il successivo contratto di appalto (Cons. Stato, sez.. III, 22 marzo 2017 n. 1310).

Per tale oggettiva ragione, una volta annullata in sede giurisdizionale l'ammissione di un concorrente alla gara, in virtù dell'effetto caducante che si produce automaticamente sul provvedimento di aggiudicazione, non v'è margine per negare che in capo al ricorrente permanga un interesse concreto ed attuale anche dopo l'intervenuta aggiudicazione.

\*

**1.2.** Infine, va obiettato che un interesse dell'odierno appellante sussisterebbe anche nella denegata ipotesi in cui i rilievi sopra esposti venissero ritenuti infondati, dal momento che una pronuncia del Giudice amministrativo in cui si chiarisse che il biologo non è in grado di svolgere le prestazioni riguardanti l'uso di tecniche forestali nella materia della arboricoltura urbana avrebbe senza dubbio l'utilità di conformare la futura attività della Pubblica Amministrazione, con ciò realizzando un risultato di indubbio vantaggio per l'odierno appellante.

In questa sede, infatti, è appena il caso di riservare un mero accenno al fatto che, secondo la consolidata e condivisa opinione degli interpreti, il processo amministrativo è definitivamente approdato ad un giudizio sul rapporto tra PA e cittadino, e non più solo ad un giudizio sul singolo atto. Ed è appunto questa sua rinnovata funzione a confermare la sussistenza di un interesse concreto ed attuale da parte dell'odierno appellante, il quale potrebbe del tutto realisticamente aspirare anche ad ottenere un provvedimento di autotutela, nel caso in cui codesto Ecc.mo Giudice stabilisse che l'ammissione del biologo non è legittima.

L'eccezione si rivela quindi del tutto infondata.

\*

**2.** Nel primo motivo di appello si è dato conto delle seguenti circostanze:

- il bando richiedeva la figura professionale del “*tecnico esperto e qualificato in materia forestale*”;
- il riferimento alla “materia forestale” veniva specificata in altre disposizioni della *lex specialis*, da cui si ricava che le prestazioni richieste consistono nella “demolizione e impianto di nuove alberature” (cap. 5 del Progetto preliminare – doc. 9, pag. 29), nonché nel miglioramento della “condizione ambientale” delle medesime alberature (*ibidem*), allo scopo di evitare il “dissesto delle pavimentazioni stradali” (doc. 10, pag. 3);
- le competenze attribuite per legge ai dottori agronomi e forestali coincidono con quelle richieste dal bando, in particolare laddove sono richiamate le prestazioni relative alla progettazione dei rimboschimenti (art. 2, co. 1, lett. “c” della legge n. 3 del 1976), nonché a quelle relative alla coltivazione delle piante ed alla difesa fitoiatrica (art. 2, co. 1, lett. “i” della medesima legge).

Il punto nevralgico che si pone all’attenzione di codesto Ecc.mo Giudice è che la verifica circa la spettanza esclusiva di tali competenze non può condursi unicamente sulla base del tenore letterale di norme che risalgono ad oltre 40 anni, semplicemente perché nel frattempo la tecnica ha sviluppato altre forme di impiego delle piante, rispetto al panorama degli anni ‘70.

Si tratta, piuttosto, di esaminare la questione da un punto di vista concreto, andando a sussumere la specifica prestazione richiesta dal bando all’interno delle (necessariamente più lasche) categorie giuridiche descritte dalla norma.

Ma una volta che sia stato compiuto un simile giudizio, e che sia stata individuata una categoria professionale all’interno della quale ricade la specifica prestazione richiesta, non avrebbe senso negare l’esclusività di una simile attribuzione solo perché nella lettera della norma manca l’aggettivo “esclusivo”. Piuttosto, appare assai più logico e rigoroso ritenere che, se il legislatore si è preso la briga di distinguere le professioni, tale opera non sia del tutto priva di utilità e di conseguenze pratiche, dovendo piuttosto ritenere che il senso

precipuo di tale distinzione riposi appunto nella esigenza di evitare la promiscuità delle attività professionali.

Diversamente opinando, se una determinata attività potesse essere svolta indifferentemente da diverse categorie professionali, va da sé che la stessa distinzione in Ordini professionali perderebbe di concreto significato.

La soluzione per evitare un simile risultato irragionevole risiede, quindi, nel riconoscere al Giudice la funzione di sussumere la fattispecie concreta nell'ambito delle astratte categorie giuridiche, rendendo utile ed operativa la distinzione astratta compiuta dal legislatore. In tal modo, attraverso l'opera della giurisprudenza, le vetuste previsioni normative potranno continuare a svolgere la loro funzione anche in un mutato contesto tecnico-scientifico, senza mai perdere di concreto significato pratico.

Rispetto a tale quadro, le deduzioni del Comune di Treviso non hanno minimamente scalfito la fondatezza delle censure articolate nell'appello, essendo consistite nella mera petizione di principio secondo cui le attività oggetto di gara sarebbero appannaggio di varie professioni, in ragione del *favor participationis* di matrice eurounitario.

Senonchè, il richiamo alla massima partecipazione non può affatto costituire un modo indiretto per derogare o eludere il possesso dei prescritti requisiti di idoneità professionale.

L'argomento non è quindi logicamente idoneo a superare la necessaria priorità logico-giuridica di valutare se, alla luce della fattispecie concreta, l'attività oggetto di gara rientri o meno nell'ambito di quelle che la legge riserva ai dottori agronomi.

\*

**3.** Se la domanda rivolta a codesto Ecc.mo Giudice di appello può risultare complessa considerando il solo lato delle competenze attribuite dalla legge ai dottori agronomi e forestali, la questione diviene assai più agevole quando la si

contestualizza nel confronto con le competenze che la legge riserva alla categoria professionale dei biologi.

Da questo punto di vista, nell'appello è stato dimostrato come l'elenco contenuto nella norma di riferimento (art. 3 della legge n. 396/1967) trascuri completamente qualsiasi riferimento, anche indiretto o velato, alle attività di prognosi e cura delle patologie vegetali, nonché alle attività di coltivazione e di progettazione dei rimboschimenti.

Il che è del tutto evidente.

Il *proprium* dell'attività di biologo è incentrato nell'analisi di ciò che è (nel presente dell'organismo vivente), non nella prognosi di ciò che dovrebbe e potrebbe essere (nel futuro), con la conseguente scelta della migliore tecnica (nel caso di specie, forestale) da utilizzare per raggiungere l'obiettivo prefissato. In altri termini, nella dialettica tra analisi/diagnosi e prognosi/cura, il biologo si colloca senza margini di dubbio all'interno del primo momento, a differenza del dottore agronomo e forestale, le cui competenze servono appunto per stabilire la cura più idonea a perseguire un determinato risultato finale.

E non v'è affatto contraddizione nell'affermare che le competenze dei dottori agronomi possono presentare elementi di continuità con altre figure professionali, appunto perché ciò dipende dall'opera del legislatore, a cui spetta di delineare fattispecie astratte e non sempre collimanti con la mutevole realtà, mentre l'adeguamento del sistema è assicurato dall'opera della giurisprudenza.

Nel caso di specie, il Comune di Treviso non ha fornito alcun argomento idoneo a superare il rilievo che si desume dalla norma, e che conduce a ritenere le competenze del biologo del tutto inadeguate a svolgere le prestazioni richieste dal bando ed incentrate nell'uso di tecniche forestali nella arboricoltura urbana.

Dal che si trae conferma della fondatezza della censura.

**3.2.** Vale la pena, infine, replicare brevemente all'eccezione formulata dal Consiglio Nazionale degli Agrotecnici, secondo cui sarebbe contraddittorio, "in

punto di stretta logica deduttiva”, affermare che le prestazioni oggetto di gara erano “se non di esclusiva competenza, quanto meno riservate in via principale ai dottori agronomi e forestali iscritti al relativo albo”.

Appare agevole replicare, proprio in punto di “stretta logica deduttiva”, che il risultato più ampio a cui l’appellante possa aspirare è il riconoscimento di una competenza esclusiva del proprio Ordine professionale. Ma volendo utilizzare la terminologia propria della teoria degli insiemi, a conferma del rigore logico che sorregge l’affermazione, sarebbe pur sempre utile il risultato con cui si chiarisse che il biologo non è legittimato a svolgere le attività richieste dal bando.

Sarebbe, questo, un sottoinsieme dell’insieme più esteso costituito dal risultato massimo possibile, ma pur sempre utile e sufficiente a sorreggere l’interesse dell’odierno appellante alla coltivazione del giudizio di appello.

Risulta dunque palesemente priva di fondamento l’eccezione con cui il Consiglio degli Agrotecnici ha lamentato “l’impossibilità, per codesta Ecc.ma Sezione, di pronunciarsi sul ricorso fornendo una pronuncia soddisfattiva dell’interesse azionato che, come detto, risulta perplesso e pertanto non giustiziabile anche in un’ottica di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all’art. 112 c.p.c. e nella corrispondente norma c.p.a.”.

\*

**4. Inammissibilità dell’intervento ad opponendum del Consiglio degli Agrotecnici.**

I rilievi svolti nel punto che precede dimostrano come non possa affatto sussistere un interesse degli appartenenti all’Ordine degli Agrotecnici, dal momento che la controversia stavolta non coinvolge tale ultima categoria professionale.

Anche nella denegata ipotesi in cui codesto Ecc.mo Giudice dovesse propendere per il rigetto dell’appello, ritenendo che il biologo è in grado di svolgere le prestazioni richieste dal bando in materia di arboricoltura urbana, una simile



eventuale pronuncia non arreherebbe alcun vantaggio, neanche potenziale o indiretto, agli iscritti all'Ordine degli Agrotecnici.

Sussiste quindi un evidente difetto di interesse in capo all'interveniente, ragion per cui se ne chiede l'estromissione dal giudizio.

**P.Q.M.**

Si confida nell'accoglimento del presente appello e, per l'effetto, nell'annullamento e/o nella totale riforma della sentenza n. 440 emessa dalla Sez. I del TAR Veneto in data 23 aprile 2018.

Con ogni conseguenza di legge anche in ordine alle spese del doppio grado di giudizio, oltre alla refusione del contributo unificato.

Roma, 11 settembre 2018

Avv. Sabrina Morelli