



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4418 del 2018, proposto da:

Dottore Forestale Pasut Davide in proprio e quale Mandante del Costituendo RTP con Stradivarie Architetti Associati quale Mandataria, Sinergo s.p.a, Ing. Andrea Mori, Bosso & Rota Consulenze Geologiche, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Sabrina Morelli, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Morelli e Associati in Roma, via Crescenzo, 63;

contro

Comune di Treviso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Coniglione, Giampaolo De Piazzis, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonello Coniglione in Giustizia, Pec Registri;

nei confronti

Studio D:RH Dinale - Rigonat Hugues Architetti e Associati, Città Ricerche Territorio Innovazione Ambiente s.r.l., Prima Ingegneria S.S. tra Professionisti, Ing.

Alberto Di Martino, non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Collegio Nazionale degli Agrotecnici e degli Agrotecnici Laureati, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Tomassetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G. P. Da Palestrina, 19;

Ordine Nazionale dei Biologi di Roma, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Rubinacci, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Santa Lucia, n. 15;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA, Sezione I, n. 00440/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Treviso;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella Camera di Consiglio del giorno 18 settembre 2018 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Militerni, in dichiarata delega dell'avv. Morelli, Gabriele Pirocchi, in sostituzione degli avv. Coniglione e De Piazzì, Domenico Tomassetti nonché, su delega dell'avv. Rubinacci, Armando Profili;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara del 7 agosto 2017, il Comune di Treviso (di seguito “*il Comune*”) indiceva una gara per l’affidamento dei servizi di progettazione definitiva, compresa la relazione geologica, progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, nonché di direzione lavori,

misura e contabilità inerenti i lavori di riqualificazione delle aree pubbliche del quartiere di Santa Maria del Rovere in Treviso, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1.L'art. 4 lett. c) del Bando rubricato "*Obbligo di menzionare i nomi e le qualifiche del personale*" prevedeva, a pena di esclusione, che l'incarico dovesse essere espletato "*da tecnici in possesso delle competenze richieste, iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali*", i cui nominativi dovevano essere indicati già in sede di offerta.

1.2. In particolare, i concorrenti dovevano dichiarare di disporre 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.*"

1.3. In risposta al quesito formulato da una concorrente il Comune chiariva, da un lato, che "*il ruolo di tecnico esperto e qualificato in materia forestale deve essere coperto da un esperto in arboricoltura*" e, dall'altro, che lo stesso ruolo "*può essere coperto da un tecnico agronomo iscritto all'albo nazionale dei dottori agronomi e dottori forestali*", precisando che "*la sua competenza dovrà essere dimostrata dal curriculum e dai servizi svolti*" e non soltanto "*sulla base della mera iscrizione all'ordine professionale*".

1.4. Presentavano domanda di partecipazione alla gara quattro concorrenti, tra le quali il costituendo RTI con capogruppo mandataria Stradivarie Architetti Associati con le mandanti Sinergo s.p.a., Ing. Andrea Mori, Bosso & Rota Consulenze Geologiche e Dottore Forestale Davide Pasut (di seguito "*RTI Forestale Pasut*" o "*RTI appellante*") e il costituendo RTI con mandataria capogruppo Studio D:RH Dinale- Rigonaut Hugues Architetti e Associati e le mandanti Criteria s.r.l., Prima Ingegneria STP S.S. ed Ing. Alberto Di Martino (di seguito "*RTI D-RH Studio*").

1.5. Nella seduta dell'11 settembre 2017 la Commissione di gara disponeva di sospendere la procedura al fine di valutare l'idoneità della designazione, operata dal costituendo RTI D:RH Studio, della dottoressa Sechi, biologa iscritta al relativo Ordine, per il ruolo di "*tecnico esperto e qualificato in materia forestale avente*

competenze connesse alle opere a verde con particolare riferimento alle alberature esistenti e di progetto”.

1.6. All’esito dei disposti approfondimenti e delle informazioni acquisite (anche mediante un parere richiesto dal RUP all’Ordine Nazionale Biologi), la Commissione ammetteva alla gara RTI D:RH Studio.

2. Avverso detto provvedimento di ammissione alle fasi di valutazione dell’offerta insorgeva, con ricorso ex articolo 120, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 104 del 2010 proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, RTI Forestale Pasut, deducendone l’illegittimità per falsa applicazione dell’articolo 4, comma primo, lett. c) del Bando e per violazione dell’art. 2, primo comma, lett. v) della legge n. 3 del 1976 (“*Ordinamento della professione di dottore agronomo e forestale*”); in subordine, per contrasto della suddetta disposizione del Bando con l’articolo 2, comma primo, lett. v) della legge n. 3 del 1976, per l’ipotesi in cui si fosse ritenuto che la menzionata previsione della *lex specialis* non contemplasse un’ipotesi di necessaria coincidenza tra la figura del “*tecnico esperto e qualificato in materia forestale*” e quella del dottore agronomo o forestale abilitato alla professione e iscritto al relativo albo: ciò in quanto l’articolo 2, comma primo, lett. v) della legge n. 3 del 1976 riserva proprio a tali figure professionali la “*progettazione, la direzione, la sorveglianza, la liquidazione, la misura, la contabilità e il collaudo dei lavori relativi al verde pubblico, anche sportivo, e privato, ai parchi naturali urbani ed extraurbani, nonché ai giardini e alle opere a verde in generale*”.

2.1. In sostanza, la ricorrente prospettava che l’identificazione del soggetto idoneo a rivestire il ruolo richiesto con le citate figure professionali fosse desumibile dall’impianto generale della *lex specialis* di gara che, nel riservare “*una specifica attenzione al patrimonio arboreo esistente e alle nuove sistemazioni a verde nell’area oggetto di riqualificazione*”, avrebbe così richiesto prestazioni afferenti ad ambiti di competenza esclusiva dei dottori agronomi e forestali iscritti al relativo

albo, a questi ultimi riservati per legge.

2.2. A ciò doveva conseguire, pertanto, l'esclusione dell'interessata per mancata indicazione e disponibilità del soggetto designato a rivestire il ruolo di "*tecnico esperto e qualificato in materia forestale*", o in subordine la declaratoria di illegittimità della legge di gara se interpretata nel senso di consentire la partecipazione alla procedura per l'affidamento dei servizi in questione "*anche ad operatori economici non titolati ad espletarli concernendo tali servizi un ambito legislativamente riservato soltanto ai suddetti professionisti*".

2.3. Con la sentenza segnata in epigrafe, resa nella resistenza del Comune e del RTI D:RH Dinale (i quali, costituitisi in giudizio, chiedevano entrambi la reiezione del ricorso), il Tribunale amministrativo rendeva note le motivazioni del dispositivo di rigetto di cui le parti avevano chiesto la pubblicazione anticipata, ritenendo l'infondatezza nel merito dei motivi di ricorso: ciò in quanto, ad avviso del primo giudice, non poteva condividersi la censura formulata in via principale secondo cui la *lex specialis* avrebbe richiesto, a pena di esclusione, l'indicazione di un "tecnico agronomo", non potendo, per un verso, una siffatta conclusione trarsi dal tenore dell'art. 4, primo comma, lett. c) del Bando né dai chiarimenti resi, nel corso della procedura di gara, dalla stazione appaltante (la quale anche in tale sede si sarebbe limitata a ribadire l'obbligo di indicare un "tecnico" esperto in materia forestale, senza però escludere che anche profili professionali diversi rispetto ad un agronomo potessero soddisfare tale prescrizione, previa valutazione in concreto dell'idoneità delle specifiche competenze possedute); né potendo, per altro verso, farsi discendere l'esistenza di un tale obbligo dall'art. 2 della legge n. 3 del 1976, norma che, come chiarito dai più recenti orientamenti giurisprudenziali (cfr. Cons. di Stato, V, 1 marzo 2017, n. 952), non può essere interpretata nel senso di attribuire in modo esclusivo ai dottori agronomi e forestali le attività professionali ivi specificate ("*volte a valorizzare e gestire i processi produttivi, agricoli, zootecnici e forestali, a tutelare l'ambiente e, in generale, le attività riguardanti il mondo rurale*"), anche a ragione dell' "*estrema latitudine e differenziazione delle*

competenze enucleate dalla previsione legislativa in esame...oggettivamente inconciliabile con una riserva esclusiva delle medesime competenze alla sola figura professionale dei dottori agronomi". Il tribunale ha ritenuto infondato anche il secondo motivo di ricorso, dedotto in via subordinata, in quanto basato sull'erroneo presupposto dell'esistenza di una presunzione di esclusività delle competenze elencate dall'art. 2 della l. n. 3 del 1976 in capo alla figura professionale del dottore agronomo e forestale iscritto all'Albo.

2.4. Per la riforma della sentenza ha proposto appello RTI Forestale Pasut, deducendone l'erroneità alla stregua dei seguenti motivi di diritto: *"1) sulla nozione di "tecnico esperto e qualificato in materia forestale": violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4 c) del Bando e violazione dell'art. 2, comma 1, lett. c) e v) della l. n. 3/1976; 2) sull'ammissibilità del biologo quale "tecnico esperto e qualificato in materia forestale": violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4 c) del Bando e violazione dell'art. 2, comma 1, lett. c) e v) della l. n. 3/1976."*

2.5. Si è costituito in giudizio il Comune e ha depositato memorie difensive argomentando l'inammissibilità e comunque l'infondatezza dell'appello.

2.6. Hanno spiegato intervento *ad opponendum* sia il Collegio Nazionale degli Agrotecnici e degli Agrotecnici Laureati sia l'Ordine Nazionale dei Biologi, entrambi concludendo per il rigetto del gravame e la conferma della sentenza di primo grado.

2.7. Alla Camera di Consiglio del 18 settembre 2018, udita la rituale discussione dei difensori delle parti costituite, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

3. Deve essere *in limine* scrutinata l'eccezione, sollevata dal Comune appellato, di inammissibilità del ricorso di prime cure avverso l'ammissione del RTI D:RH per carenza di interesse per mancata tempestiva impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

3.1. In dettaglio, assume il Comune che, successivamente alla proposizione del

ricorso *de quo*, con determinazione dirigenziale n. 1962 del 15.11.2017, ritualmente comunicata all'odierna appellante, veniva disposta l'aggiudicazione a favore del RTI D:RH (poi revocandola solo in parte, dopo il deposito del dispositivo di sentenza, limitatamente al servizio di progettazione definitiva). Tale provvedimento di aggiudicazione della procedura, tuttavia, era stato impugnato dinanzi al T.a.r. Veneto dal RTI Forestale Pasut con un secondo ricorso che, pur ritualmente notificato alla stazione appaltante, non era stato depositato nel termine dimidiato di quindici giorni decorrenti dall'ultima notificazione, come previsto ai sensi degli artt. 45, comma 1, e 119, comma 2, Cod. proc. amm. Pertanto, all'irricevibilità del ricorso avverso l'intervenuta aggiudicazione conseguirebbe il consolidarsi di tale provvedimento e l'inammissibilità per carenza di interesse del presente appello.

4. L'eccezione è fondata.

4.1. Costituisce principio consolidato quello per cui il concorrente che abbia impugnato gli atti della procedura di gara precedenti l'aggiudicazione (e tra questi, come nella specie, il provvedimento di ammissione di un controinteressato) è tenuto ad impugnare anche il provvedimento di aggiudicazione, *medio tempore* intervenuto, a pena di inammissibilità per carenza di interesse (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 settembre 2018, n. 5179; sez. V, 28 luglio 2015, n. 3708; sez. V, 4 giugno 2015, n. 2759; sez. V, 9 marzo 2015, n. 1185; sez. V, 17 maggio 2012, n. 2826).

4.2. Invero, il bene della vita che l'operatore economico intende conseguire attraverso il giudizio avverso gli atti della procedura di gara è l'affidamento dell'appalto, quale che sia il provvedimento impugnato e, nel caso di atto diverso dall'aggiudicazione, quale che sia l'utilità strumentale immediatamente perseguita: nel caso, ad esempio, dell'impugnazione dell'esclusione, la riammissione alla procedura, costituendo a tal fine passaggio pur sempre necessario l'eliminazione dell'aggiudicazione ad altro concorrente.

4.3. Tale conclusione discende dal rilievo per cui l'aggiudicazione non ha natura di atto meramente consequenziale rispetto all'ammissione (come comprovato dall'insorgenza di autonome posizioni di controinteresse), sicché in difetto di

tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione il gravame proposto avverso l'atto prodromico è destinato all'inammissibilità per sostanziale carenza di interesse (ove, all'atto dell'introduzione della lite, l'aggiudicazione risultasse già disposta) ovvero all'improcedibilità (se, come nella specie, *medio tempore* intervenuta).

4.4. Né induce a mutare tale consolidato orientamento l'introduzione dell'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a. ad opera dell'art. 204 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), in quanto la specialità del rito (c.d. "super accelerato") non influisce sulle condizioni dell'azione e, segnatamente, sull'interesse a ricorrere: ed infatti, anche in tal caso l'utilità finale che è volta a perseguire la domanda di annullamento delle ammissioni ai sensi del citato art. 120 comma 2 *bis* è pur sempre l'affidamento dell'appalto, sia pure mediante la riduzione della platea dei concorrenti sì da cristallizzare la situazione al fine della rapida costituzione di certezze giuridiche: tuttavia, intervenuta *medio tempore* l'aggiudicazione, tale utilità non può essere realizzata mediante l'eventuale sentenza di accoglimento del ricorso avverso l'ammissione, non comportando essa l'automatica caducazione (ma solo l'invalidità derivata: vedi art. 120 c.p.a.) dell'aggiudicazione che deve perciò essere autonomamente e tempestivamente impugnata (in tal senso, si vedano i precedenti della Sezione: Cons. Stato, Sez. V, 4 luglio 2017, n. 3257; V, 16 luglio 2018, n. 4304; V, 4 settembre 2018, n. 5179). Pertanto, l'autonoma individualità assunta dall'atto di ammissione per il quale è ora necessaria una separata impugnativa non è argomento idoneo a sovvertire le dette conclusioni quanto all'esistenza di un onere di gravare anche l'aggiudicazione nelle more disposta, in quanto essa cristallizza il risultato scaturente dalla valutazione delle offerte e, come riconosciuto dallo stesso appellante, costituisce ineliminabile *prius* logico giuridico per la stipula del successivo contratto di appalto.

4.5. Ed invero, il peculiare interesse che sorregge le impugnazioni avverso le altrui ammissioni mediante il relativo rito specialissimo (vale a dire quello alla definitiva individuazione degli operatori economici legittimati alla partecipazione alla gara)

non può, anche durante il giudizio, essere valutato in modo avulso dalla realtà storica costituita dalla sopravvenuta graduatoria né comporta un arresto della procedura di aggiudicazione, non prevedendo la legge uno *stand-still* processuale collegato alla presentazione del ricorso di cui ai commi *2-bis* e *6-bis*: ne consegue che la distinzione e la separatezza del giudizio ex art. 120 comma *2 bis* rispetto a quello ordinario di cui all'art. 120 c.p.a. (seppure costituente anch'esso rito speciale) non determina un divieto per il giudice di prendere in considerazione i fatti storici *medio tempore* venuti in essere e risultanti dai suoi atti processuali, come, appunto, l'avvenuta aggiudicazione della gara e gli effetti di eventuali impugnazioni di quest'ultima.

4.6. Del resto una siffatta conclusione già può ricavarsi dal tenore testuale dell'art. 120 c.p.a che, nell'escludere, in coerenza ai richiamati principi, l'impugnazione dei soli atti "privi di immediata lesività", tra i quali annovera la sola proposta di aggiudicazione, costituisce piena conferma dell'assoggettamento dell'aggiudicazione definitiva al regime, ed all'onere, di tempestiva rituale impugnazione.

4.7. Né possono trovare ingresso in questa sede gli argomenti valorizzati da parte appellante in punto di eventuale utilità attribuibile ad una pronunzia del giudice amministrativo in cui si chiariscano "*le competenze del biologo in relazione alle prestazioni riguardanti l'uso di tecniche forestali*", quantomeno in punto di conformazione della futura attività della Pubblica Amministrazione: ciò per il pacifico principio in base al quale il processo amministrativo deve consentire a colui che propone una domanda di conseguire un'utilità ed un bene della vita (in ciò sostanziandosi l'interesse della parte ad agire, che deve essere concreto, effettivo ed attuale), come ricavabile dal combinato disposto degli articoli 1 c.p.a. e 100 c.p.c.

4.8. Pertanto, l'irricevibilità del ricorso avverso l'aggiudicazione a favore del RTI appellato a seguito della sua omessa tempestiva impugnazione (per mancato deposito del ricorso nel termine perentorio previsto *ex lege* presso la segreteria del

giudice adito) incide sull'interesse a ricorrere, condizione della presente azione, facendone, allo stato, venir meno il rilievo.

4.9. Ne discende, ai fini della lite: a) che, in accoglimento della eccezione formulata da parte appellata, il ricorso di primo grado deve, in riforma dell'impugnata sentenza, essere dichiarato improcedibile; b) che l'appello deve, conseguentemente, essere parimenti dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

5. Sussistono giusti motivi, in considerazione della peculiarità della vicenda e della parziale novità delle questioni trattate, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso di primo grado.

Dispone compensarsi tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 18 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente FF

Fabio Franconiero, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO