

Att. 8



Cerutti Lorenzo s.r.l.
Via Gozzano, 66/68
28021 Borgomanero (NO)
Tel. 0322 865811 Fax 0322 844529
cerutti.sede@ceruttiflorenzo.com
ceruttiflorenzosl@postecert.it
www.ceruttiflorenzo.com
Cap. Soc. € 1.000.000,00 i. v.
P. IVA / Reg. Impr. C.C.I.A.A. Novara n° 01128640032
R.E.A. di Novara n° 150756



Sistema di gestione qualità certificato

Borgomanero, 16 agosto 2016

PG/2016/ 0027225

ASL6

del 16/08/2016 ore 13,45

Mittente : CERUTTI LORENZO SRL

Assegnatario : Servizi Tecnico Logistici

Classifica : 1.8.2.



Gentile Signora
Dr.ssa Maria Maddalena GIUA
Commissario Straordinario
ASL N.6 SANLURI
Via Ungaretti, 9
09125 SANLURI

Gentile Signora
Dr.ssa Patrizia SOLLAI
Direttore Amministrativo
ASL N.6 SANLURI
Via Ungaretti, 9
09125 SANLURI

Gentile Signora
Dr.ssa Marcella Maria Ausiliatrice
SCANU
Direttore Sanitario
ASL N.6 SANLURI
Via Ungaretti, 9
09125 SANLURI

Egregio Signor
Dott. Ing. Paolo ALTERIO
Responsabile del procedimento
ASL N.6 SANLURI
Via Ungaretti, 9
09125 SANLURI

Trasmessa tramite p.e.c. e tramite fax
asl6sanluri@pec.it
tecnico.logistico@pec.aslsanluri.it
fax 0709370506

Oggetto: Bando di gara mediante procedura aperta per la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta sulla base del progetto preliminare, per i Lavori di realizzazione del Nuovo Ospedale San Gavino Monreale (CUP: J89H12000580000 CIG : 633252441E).

Osservazioni dell'ATI Cerutti Lorenzo s.r.l. nell'ambito del procedimento avviato dal RUP con nota in data 29.06.16 e preordinato all'eventuale esclusione dalla procedura di INSO s.p.a., con conseguente annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta a proprio favore.

L'esponente Società, in qualità di capogruppo mandataria della costituenda ATI con SIRAM s.p.a. e GRADED s.p.a., ha chiesto di partecipare al procedimento avviato dal RUP con nota del 29.06.16 e volto all'eventuale esclusione dalla procedura INSO s.p.a., con conseguente annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta a proprio favore.

Con nota in data 08.08.16 il RUP Ing. Alterio, in accoglimento della citata richiesta, ha assegnato all'esponente il termine di 10 giorni per la presentazione di eventuali osservazioni e memorie.



Avvalendosi di tale possibilità l'ATI Cerutti Lorenzo intende ribadire la fondatezza delle doglianze già fatte valere sia in sede processuale che procedimentale (si richiamano, in particolare, le osservazioni depositate avanti alla Commissione di gara in data 11.05.15 e contestualmente trasmesse alla Direzione dell'ASL a mezzo p.e.c., nonché la successiva nota dell'esponente Società in data 30.06.16). E pertanto, anche in replica alla nota difensiva di INSO in data 08.07.16 (prot. ASL PG/2016/0022531 dell'11.07.16), osserva quanto segue.

* * *

1) Con deliberazione n.247 del 19.04.16 il Direttore Generale dell'ASL ha dato avvio al procedimento di soccorso istruttorio, finalizzato a verificare la sanabilità dei vizi che Cerutti Lorenzo e INSO avevano rispettivamente fatto valere nel ricorso principale ed in quello incidentale pendenti avanti al TAR Sardegna (giudizio R.G.172/16). La delibera espressamente circoscrive il soccorso istruttorio ai "profili suscettibili di essere sanati", come del resto è ovvio che sia.

I vizi che Cerutti Lorenzo ha fatto valere nel citato ricorso al TAR Sardegna sono sintetizzati nella comunicazione di avvio del procedimento (nota RUP in data 29.06.16), ove si legge, tra l'altro, che "la costituenda ATI Cerutti Lorenzo... ha dedotto, in via principale, che la INSO doveva essere esclusa dalla procedura in quanto: "a) del gruppo di progettazione dalla medesima indicato non faceva parte alcun geologo, figura cui è riservata la redazione della relazione geologica, insuscettibile di essere subappaltata" (analogamente si legge nel corpo della deliberazione del Commissario Straordinario n.396 del 29.06.16).

Con ciò il RUP si è riferito alla denunciata violazione dell'art.91 co.3 d.lvo 163/06 e dell'art.11 co.19 L.R.5/07, norme in base a cui il geologo incaricato di predisporre la relazione geologica deve essere egli stesso parte del raggruppamento, ovvero deve essere legato ai progettisti da un rapporto di lavoro dipendente o parasubordinato¹.

Di siffatto obbligo, normativamente imposto, è consapevole anche INSO (che però non lo ha rispettato). La stessa controparte, infatti, nelle osservazioni da ultimo depositate, ha tentato in tutti i modi di sostenere che il dott. geol. Focardi fosse parte del costituendo RTP di progettazione fin dalla presentazione dell'offerta, a tal fine

¹ La giurisprudenza amministrativa e le delibere dell'AVCP (ora ANAC) hanno più volte evidenziato l'importanza e l'inderogabilità del divieto di subappalto della relazione geologica. E' stato ad esempio affermato che:

- "le modalità mediante le quali può essere definito il rapporto giuridico tra il progettista ed il geologo che sarà incaricato di redigere la suddetta relazione... si riducono, come puntualmente rilevato in una recente decisione (Consiglio di Stato, Sezione V, 16 marzo 2005 n.1075) o nell'inclusione del geologo nelle associazioni, nel raggruppamento temporaneo e nella società di professionisti, ovvero nella incardinazione stabile del medesimo nella società di ingegneria" (TAR Napoli n.10758/06; Cons. Stato, Sez.V, n.1075 del 16.03.05; Sez.VI, n.7009 del 21.09.10; TAR Aosta n.50/2011);

- "dall'esame coordinato dell'art. 17, comma 14/quinquies e dell'art. 17, comma 8, della legge 109/1994 e s.m., ora rispettivamente trasfusi nell'art. 91, comma 3, e nell'art. 90, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006, si evince che lo status giuridico caratterizzante il rapporto tra il geologo ed il soggetto affidatario possa essere sia di natura indipendente, sotto forma di associazione temporanea, sia di natura subordinata, in qualità di dipendente, sia di natura parasubordinata, attraverso forme di collaborazione coordinata o continuativa (in tal senso anche Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2005, n. 1075)" (parere n.258 del 10.12.08; parere n.52 del 11.03.10, det. n.4 del 04.02.15; det. n.3/02);

- "raccordando le norme su indicate può ritenersi che la relazione geologica... debba essere redatta esclusivamente da professionista geologo presente nella struttura di progettazione nominativamente individuato con la specifica responsabilità già in sede di offerta e che lo status giuridico caratterizzante il rapporto fra geologo ed affidatario possa essere sia di natura indipendente, sotto forma di associazione temporanea, sia di natura subordinata, in qualità di dipendente, sia di natura parasubordinata, attraverso forme di collaborazione coordinata e continuativa" (ANAC, det.3/2002 del 27.02.02; cfr. anche det. n.4 del 25.02.15).



creando un istituto di nuovo conio, ossia quello del "membro indiretto" del raggruppamento, che però è privo di riconoscimenti e di fatto inesistente nel nostro ordinamento giuridico.

Giova subito precisare che l'art.91 co.3 d.lvo 163/06 è espressamente richiamato al punto 4.8 a pag.9 del disciplinare di gara (ove infatti si legge che "Per l'attività di progettazione si applicano i limiti previsti all'art.91, comma 3, del Codice") e che pertanto INSO non ha titolo né ragione di lamentare presunte carenze della *lex specialis* e tanto meno pretesi affidamenti ingenerati dalla relativa formulazione. Si tratta, del resto, di norma imperativa, come è già stato chiarito dalla giurisprudenza², che come tale è applicabile anche a prescindere dalle disposizioni della *lex specialis*.

Va poi ribadito anche in questa sede che la violazione di tale divieto di subappalto comporta l'esclusione secca dalla gara, senza possibilità di ammettere il soccorso istruttorio, come è pacifico in giurisprudenza³.

Né, infine, potrebbe avviarsi alla censurata violazione adducendo che, nella gara di che trattasi, fosse sufficiente la relazione geologica che accompagnava il progetto preliminare posto a base del confronto. Infatti la relazione geologica è un elaborato indispensabile del progetto definitivo, come previsto dagli artt.93 d.lvo 163/06 e 26 co.1 lett.a) del d.p.r.207/10 e come ribadito, qualora fosse necessario, sia dal disciplinare di gara che dal Capitolato, che infatti ne sancivano l'essenzialità, a pena di esclusione⁴. Inoltre, una volta che INSO ha effettivamente presentato la relazione geologica a corredo del progetto definitivo (sia pure incorrendo nella violazione del divieto di subappalto), essa non potrebbe oggi sostenere (ed in effetti va dato atto che non ha

² Si veda TAR Napoli, Sez.II, sent. n.10758/06, che afferma che "La norma di cui al comma 14-quinquies dell'art.17 della L. n.109/94", di contenuto identico all'art.91 co.3 d.lvo 163/06, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, ha "carattere imperativo, trattandosi di prescrizione rispondente ad un particolare interesse della Pubblica Amministrazione appaltante -che è meglio garantita dall'instaurazione di un rapporto diretto con il geologo, sia pure attraverso la sua partecipazione ad un raggruppamento temporaneo od altra forma associativa- e posta anche a garanzia della trasparenza e par condicio dei concorrenti, ed in quanto tale applicabile anche in assenza di un richiamo espresso contenuto nella *lex specialis* della gara, che viene ad essere integrata ex lege". Analogamente TAR Marche n.861 del 25.11.15, per cui "anche a prescindere da uno specifico obbligo imposto dal bando, nella compagine che viene indicata in sede di gara quale responsabile della progettazione deve essere necessariamente incluso un geologo allorquando la relazione geologica figuri fra gli elaborati da presentare a pena di esclusione".

³ Sul punto si veda la recente sentenza con cui il TAR Campania, in una fattispecie in cui -analogamente al caso che ci occupa- "da parte del RTI indicato per la progettazione non è stato precisato in base a quale titolo giuridico la società di geologia ... fosse responsabile della redazione della relazione geologica", ha ritenuto integrata "la violazione dell'articolo 91, comma 3, del d.lvo 163/2006" ed ha così accolto il ricorso incidentale escludente che tale questione aveva incardinato, aggiungendo anche che "il soccorso istruttorio è del tutto inconfigurabile nella specie, trattandosi della violazione di specifici divieti del codice degli appalti, piuttosto che di carenze dichiarative o documentali" (TAR Salerno, Sez.I, sent. n.1818/15 cit.; sul punto si veda anche Consiglio di Stato, Sez.V, sent. 21.04.16 n.1595).

⁴ Tale obbligo, già previsto in linea generale dagli artt.24 co.2 lett. b) e 26 co.1 lett.a) d.p.r.207/10, nel caso di specie era confermato dal disciplinare di gara, il quale, infatti, al punto 11.1.a), prevedeva che il progetto, "a pena di esclusione", dovesse contenere gli "elaborati grafici e descrittivi indicati nell'art.24 lettere a)- b)- c)- d)- e)- f)- g)- h)- i)- n)- o) del Regolamento" (pag.32) e così anche della relazione geologica che, infatti, appartiene al novero delle "relazioni tecniche e relazioni specialistiche" previste dal citato art.24 co.2 lett.b) d.p.r. 207/10. Ulteriore previsione era poi contenuta nel Capitolato speciale prestazionale, che stabiliva che "Il progetto Definitivo che dovrà essere presentato in fase di gara ... dovrà comprendere la documentazione tecnica di cui agli art. 24-25-26-27-28-29-30-32 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del Decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, recante "Codice dei Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" e successive modificazioni)".



neppure tentato di sostenere) la superfluità dell'elaborato predisposto dal geol. Focardi. Anche in questo caso si tratta di questioni già affrontate in giurisprudenza e risolte proprio nel senso pocanzi riferito⁵.

2. Si è detto che INSO, nel tentativo di sottrarsi alla censura sopra ribadita, è arrivata a sostenere "la presenza del geologo Focardi nel gruppo di progettazione fin dall'inizio ovvero fin dalla data di presentazione dell'offerta e, pertanto, l'impossibilità di considerare accresciuto un raggruppamento costituito sempre dagli stessi soggetti" (pag.2 delle osservazioni, ove pure si legge del dott. geol. Focardi quale "membro indiretto, attraverso GPA" del raggruppamento di professionisti).

Ma la tesi è inaccettabile, perché la partecipazione al raggruppamento, ai sensi dell'art.37 co.8 d.lvo 163/06, presuppone la dichiarazione d'impegno sottoscritta da tutti i componenti del futuro RTT⁶, senza possibilità di alternative, tanto meno implicite o "indirette". E nel caso di specie è documentale che la dichiarazione d'impegno presentata in sede di gara riguardasse esclusivamente GPA Ingegneria e lo Studio Valle, senza alcuna menzione e tanto meno estensione dell'impegno al dott. geol. Focardi.

Del resto se (per mera ipotesi) si volesse seguire controparte sul proprio percorso argomentativo, accedendo cioè alla tesi per cui il dott. geol. Focardi era parte (originaria) del RTP, allora tale professionista avrebbe anch'egli dovuto sottoscrivere l'offerta economica, come hanno fatto GPA Ingegneria e Studio Valle Progettazioni s.r.l., in osservanza di uno specifico obbligo previsto dal disciplinare di gara (cfr. pag.34 lett.h⁸).

⁵ Si veda in particolare TAR Marche sent. n.861 del 25.11.15, ove si legge: "è evidente che la relazione geologica non era necessaria solo se il concorrente avesse basato la propria progettazione sulla relazione geologica allegata al progetto preliminare... Ma, avendo l'a.t.i. optato per una soluzione diversa, nel suo caso la relazione geologica (sottoscritta ovviamente dal suo autore) era un elaborato necessario ai fini dell'ammissione alla gara. Non può quindi sostenersi, se non operando un'acrobazia argomentativa, che l'esclusione è illegittima in quanto l'elaborato in questione non era fra quelli da presentare obbligatoriamente. Peraltro, se si volesse seguire questo ragionamento, allora si dovrebbe concludere che l'a.t.i. andrebbe ammessa alla gara, ma la commissione non potrebbe considerare valida la relazione geologica in base alla quale è stato redatto il progetto tecnico delle ricorrenti e dovrebbe prendere a riferimento la relazione allegata al progetto preliminare (il che vorrebbe però dire che l'offerta tecnica dell'a.t.i. andrebbe esclusa per la sua complessiva inattendibilità, non essendovi conformità fra il progetto e la relazione geologica)".

⁶ Nel caso degli appalti pubblici il mandato è finalizzato alla stipula di un contratto per il quale è prevista la forma scritta *ad substantiam*, sicché "è necessario che risultino per iscritto sia la proposta del mandante che l'accettazione del mandatario" (Cass. Civ., Sez.I, 18.04.94 n.3706; Cass. Civ., Sez.II, 24.01.03 n.1137). Nell'ipotesi che ci riguarda né GPA Ingegneria né lo Studio Valle Progettazioni hanno mai condiviso alcun intento associativo con il dott. geol. Focardi.

⁷ E' stato infatti giudicato che l'impegno di cui all'art.37 d.lvo 163/06 "mira a garantire alla stazione appaltante la serietà della partecipazione alla procedura di raggruppamenti formalmente non ancora costituiti, in guisa da garantire la stazione appaltante in ordine all'effettiva costituzione del soggetto collettivo chiamato alla stipulazione del contratto a seguito dell'aggiudicazione. Il soddisfacimento di tale interesse richiede, in definitiva, l'assunzione di un impegno formale giuridicamente vincolante nei termini richiesti dalla normativa primaria - ossia un contratto preliminare di mandato condizionato all'aggiudicazione - come tale non sostituibile con dichiarazioni di altro tenore che consentano di desumere aliunde l'intenzione di costituire il raggruppamento temporaneo senza avere eguale portata giuridicamente impegnativa" (Cons. Stato, Sez.V, 10.11.10 n.7996).

⁸ Ai sensi del quale "la dichiarazione di offerta economica e i relativi elaborati, a pena di esclusione dell'offerta, devono essere sottoscritti dal legale rappresentante del concorrente o da un suo procuratore, nonché dal progettista qualificato indicato o associato; nel caso di concorrente costituito da raggruppamento temporaneo o da un consorzio non ancora costituiti, nonché in caso di aggregazioni di imprese di rete, i suddetti documenti, a pena di esclusione, devono essere sottoscritti da tutti i soggetti che costituiranno il predetto raggruppamento, aggregazione di imprese o consorzio".



Ma poiché nessuna firma del dott. Focardi è dato rinvenire sull'offerta economica (ove figurano esclusivamente le firme di INSO, GPA Ingegneria e Studio Valle Progettazioni), ne deriva l'ennesima comprova dell'insostenibilità delle argomentazioni difensive di INSO cui in questa sede si replica e, comunque, l'incapacità di tali argomentazioni di condurre al risultato utile perseguito.

3. Quanto poi al fatto che "il Geologo Focardi era stato incaricato della predisposizione della relazione geologica del progetto definitivo ed esecutivo proprio e direttamente dallo studio GPA" (osservazioni INSO a pag.2), anziché da INSO, tale circostanza non pare affatto produttiva alla tesi avversaria. Anzi, caso mai ne aggrava la posizione, perché è noto che i progettisti indicati ex art.53 co.3 d.lvo 163/06 devono possedere direttamente tutti i requisiti di capacità necessari per l'esecuzione dell'incarico, senza possibilità di ricorrere a propria volta all'avvalimento esterno, configurandosi in tal caso una sorta di "avvalimento a cascata" che la giurisprudenza pacificamente esclude, per l'evidente riduzione delle garanzie a tutela della stazione appaltante che ne deriverebbe⁹.

Se così non fosse, del resto, finirebbe con l'essere agevolmente aggirata la stessa ratio del divieto sancito dall'art.91 co.3 d.lvo 163/06, che risponde al "particolare interesse della Pubblica Amministrazione appaltante - che è meglio garantita dall'instaurazione di un rapporto diretto con il geologo, sia pure attraverso la sua partecipazione ad un raggruppamento temporaneo od altra forma associativa" (TAR Salerno, Sez.I, 09.09.15 n.1818, ma anche TAR Napoli, Sez.II, sent. n.10758/06).

4. E' a nostro avviso inequivocabile che la documentazione integrativa depositata da INSO, nella parte in cui il dott. geol. Focardi ha dichiarato di essere anch'egli parte del RTP di professionisti indicato in sede di gara, rappresenti una modifica dell'ATI "in senso accrescitivo", come già correttamente rilevato dal RUP nella propria nota del 29.06.16 e condiviso dalla delibera del Commissario Straordinario n.396 del 29.06.16.

Ma la modifica del raggruppamento è chiaramente vietata dall'art.37 co.9 d.lvo 163/06, come conferma l'unanime giurisprudenza¹⁰.

Né rilevano, in senso contrario, gli argomenti che INSO ha tentato di opporre a pag.2 delle proprie osservazioni. Infatti:

- il divieto di modificazione soggettiva vale per ogni tipo di raggruppamento, ivi compresi quelli di progettisti, come è confermato dal rinvio all'art.37 d.lvo 163/06 contenuto nel successivo art.90 co.1 lett.g) d.lvo cit.;

⁹ E' noto infatti che "Nelle gare pubbliche non è ammissibile che il progettista qualificato — del quale l'impresa partecipante a gara pubblica e non in possesso dei correlativi requisiti richiesti si era avvalsa ai sensi dell'art. 53 comma 3, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, — non essendo anch'egli in possesso dei suddetti requisiti faccia ricorso ad altro progettista mediante lo strumento dell'avvalimento atteso che detto istituto, anche finalizzato a favorire la massima partecipazione nelle gare pubbliche di appalto e l'effettività della concorrenza secondo i principi di rilievo comunitario, deve essere pur sempre temperato con l'esigenza di assicurare idonee garanzie alla stazione appaltante per la corretta esecuzione degli appalti" (Cons. Stato, Sez.IV, 19.03.15 n.1425; Cons. Stato, Sez.III, 07.03.14 n.1072; Cons. Stato, Sez.III, 01.10.12 n.5161).

¹⁰ Si vedano, tra le tante, Cons. Stato, Sez.IV, 22.12.14 n.6311; Sez.V, 15.07.14 n.3704; Sez.IV, 03.07.14 n.3344; nonché, da ultimo, Sez.V, 20.01.15 n.169, che ha ribadito che "una volta che un raggruppamento temporaneo di imprese abbia partecipato a una gara, non è possibile alcuna modifica, tanto meno soggettiva, in ordine alla composizione del raggruppamento ed a quanto dichiarato in sede di gara con l'impegno presentato in sede di offerta", di cui parla il comma 9 dell'art. 37 (Cons. Stato, sez. IV, n. 3344/2014)" e che "l'illegittima modificazione soggettiva del raggruppamento produce, sul piano pubblicistico, le conseguenze disciplinate dall'art. 37, co. 10, d.lgs. n. 163/2006, ossia, a seconda dei casi, l'esclusione dalla procedura, l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del contratto eventualmente stipulato (Cons. Stato, sez. IV, n. 6446/2012)".



- il divieto opera anche nel caso di accrescimento del numero dei componenti e non soltanto per il caso della sostituzione; e ciò si verifica a maggior ragione nei casi in cui, come avviene nel caso di specie, l'accrescimento sarebbe volto a sopperire alla carenza di un requisito necessario per l'ammissibilità dell'offerta;
- il soccorso istruttorio, anche dopo le modifiche introdotte dal D.L.90/14, non può colmare la carenza originaria dell'offerta con riguardo alla composizione del raggruppamento¹¹.

Nel caso di specie, tra l'altro, la modifica del raggruppamento (già di per sé inammissibile, per quanto riferito) risulta anche invalida sul piano strettamente negoziale, poiché unilaterale e non condivisa dagli altri progettisti associati¹². Sul punto si rinvia alle più diffuse considerazioni già svolte nella nostra nota del 30.06.16 e qui richiamate.

5. Ancora INSO tenta di ribaltare sulla Stazione appaltante la responsabilità per le proprie carenze e contraddizioni, adducendo in particolare l'affidamento che sarebbe derivato dalla modulistica messa a disposizione dall'ASL. Salvo poi cadere essa stessa in contraddizione laddove, in altra parte delle proprie osservazioni, INSO ha precisato che "la predisposizione di appositi moduli da parte dell'amministrazione non esauriva, a termini di legge e dello stesso disciplinare di gara, i modi di presentazione delle dichiarazioni e della documentazione" e che "l'utilizzo dei moduli non è tassativo" (cfr. pag.2). E salvo ancora richiamare una serie di pronunce giurisprudenziali (cfr. pagg.4 e 5) che non sono affatto pertinenti, riguardando il diverso caso, che nella specie non ricorre, della non conformità della modulistica rispetto alle prescrizioni della *lex specialis*.

Ma ancora una volta la tesi di controparte non è condivisibile.

In primo luogo perché, come già riferito, nella specie vengono in rilievo norme imperative, che tutti i concorrenti devono conoscere ed applicare, a prescindere da quali che siano le disposizioni della *lex specialis* o della modulistica di gara. In secondo luogo perché correttamente i moduli messi a disposizione dalla Stazione appaltante ammettevano soltanto la possibilità di associare ovvero indicare i progettisti, non sussistendo altre ipotesi giuridicamente ammissibili, a maggior ragione con riferimento alla relazione geologica per la quale, si ribadisce, vige il divieto di subappalto. Divieto tra l'altro ribadito, come più volte s'è detto, da una norma del disciplinare di gara (punto 4.8 a pag.9) dalla quale non è possibile prescindere in questa sede, sia perché l'atto amministrativo non è disapplicabile dalla stazione appaltante, sia perché controparte non l'ha neppure cautelativamente impugnato nel proprio ricorso incidentale.

¹¹ A tal riguardo si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Sez.III, 02.10.15 n.4620, per cui "in caso di raggruppamento costituendo, soltanto la dichiarazione di impegno, prevista dall'art. 37, comma 8, del d.lvo 163/2006, è idonea a perfezionare in capo alle imprese cointeressate il vincolo negoziale nei confronti della mandataria, che consentirà, poi, alla stazione appaltante di rivolgersi alla mandataria del raggruppamento per l'esatto adempimento di tutti gli obblighi derivanti dall'aggiudicazione. Pertanto, come ha correttamente affermato la sentenza TAR, la natura negoziale della dichiarazione di cui trattasi, che esprime l'impegno delle imprese del costituendo RTI a conferire alla mandataria il mandato con rappresentanza, comporta che l'Amministrazione non potesse fare ricorso al soccorso istruttorio, invocato, invece, dalla ricorrente... Poiché la dichiarazione in questione non costituisce una mera formalità, ma è il documento che contiene l'impegno delle imprese mandanti a conferire il mandato collettivo speciale con rappresentanza alla mandataria, nel caso di specie, ad avviso del Collegio, non trova applicazione... l'invocato primo comma dell'art. 46 d.lvo 163/2006 (che consente l'integrazione di documentazione incompleta), ma il comma 1 bis, che commina l'esclusione dell'offerta, ove la stazione appaltante rilevi il "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti".

¹² Si veda TAR Napoli, Sez.VIII, 22.08.11 n.4234, per cui "È legittima l'esclusione da una gara d'appalto di un raggruppamento di professionisti disposta in ragione della mancata sottoscrizione, da parte di uno dei professionisti del raggruppamento incaricato della progettazione esecutiva, della dichiarazione di impegno a costituirsi in A.T.I. ex art. 37 comma 8, d.lg. n. 163 del 2006; omissione questa che integra la violazione degli artt. 37 e 90 Codice degli Appalti Pubblici".



6. Nella nostra precedente nota in data 30.06.16 abbiamo già riferito che non corrisponde al vero che il dott. Focardi sia stato "indicato e incaricato dall'impresa", come si legge a pag.1/20 del modello "allegato P" prodotto in sede di soccorso istruttorio. Infatti l'"impresa", vale a dire INSO, non ha mai rivisto -né, del resto, avrebbe potuto rivedere- la propria originaria dichiarazione, resa in sede di gara, con la quale è stato "indica(to) come professionista esterno al quale verrà affidata l'attività di progettazione il Raggruppamento Temporaneo di Professionisti... da costituirsi tra GPA INGEGNERIA S.R.L.... e Studio Valle Progettazioni S.r.l....".

Dunque INSO non ha mai indicato il dott. Focardi tra i professionisti di cui all'art.53 co.3 d.lvo 163/06, né all'epoca della gara né oggi, in fase di soccorso istruttorio.

Ne deriva che la dichiarazione resa dal geol. Focardi in sede di soccorso istruttorio -dichiarazione resa con tutti i crismi dell'autocertificazione ai sensi e per gli effetti degli artt.46 e 47 d.p.r.445/00- non è veritiera e che pertanto si concreta un'ulteriore ed autonoma causa di esclusione dalla procedura di gara¹³.

7. Prescindendo ora dalle (assorbenti) considerazioni relative alla violazione del divieto di subappalto della relazione geologica, l'ATI Cerutti Lorenzo in sede di ricorso ha altresì dedotto, quale ulteriore ed autonoma causa di esclusione, la violazione degli artt.90 co.7 d.lvo 163/06 e art.11 co.7 L.R. n.5/07, che impongono l'indicazione nominativa in sede di gara dei professionisti "personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta", con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali.

Proprio con riferimento alla figura del geologo, ancora di recente è stato giudicato che "stante il fatto che la perizia geologica, oggetto dell'appalto, possa essere redatta solo da un geologo (in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 28 novembre 2008 n.5909), ne deriva che necessariamente tale figura professionale debba far parte della compagine concorrente e, pertanto, ai sensi dell'articolo 90 comma 7 del Codice dei Contratti, tale professionista debba essere nominativamente indicato già in sede di presentazione dell'offerta" (TAR Campania, Salerno, Sez.I, n.1818 del 09.09.15; TAR Aosta, Sez.I, n.50 del 26.07.11).

L'indicazione nominativa rappresenta un elemento essenziale dell'offerta (e non un mero adempimento formale), che non può essere surrogato da forme alternative, quale potrebbe essere la mera sottoscrizione della relazione geologica allegata all'offerta (peraltro, nel caso del dott. geol. Focardi, sottoscrizione è riportata soltanto sulla prima e sull'ultima pagina della relazione). E ciò per le già richiamate correlazioni con il regime di responsabilità dei professionisti e conseguenti garanzie a tutela della Stazione appaltante¹⁴.

Erroneamente la Commissione ha ritenuto che la carenza dell'offerta di INSO, con riferimento a tale specifico aspetto, potesse essere sanata. Erroneamente in quanto la giurisprudenza ha già precisato che, venendo anche in questo caso in rilievo una norma di carattere imperativo, la relativa violazione comporta l'automatica

¹³ "Come noto per la giurisprudenza la falsa dichiarazione, ai sensi del comma 2, dell'art. 38 del D.lgs. n. 163 del 2006, costituisce autonoma causa di esclusione da una gara pubblica (ex multis T.A.R. Lazio Roma sez. III, 15 dicembre 2015, n. 13985; T.A.R. Friuli Venezia Giulia 31 dicembre 2014, n. 678) a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara" (T.A.R. Campania Napoli sez. I, 1 dicembre 2015, n. 5530)" (TAR Perugia, Sez.I, 13.04.16 n.347).

¹⁴ In tal senso si veda anche TAR Sardegna, sent. n.306 del 22.03.12, per cui " il comma 7 dell'art. 90 sopra richiamato, nell'esigere che il professionista cui è affidato l'incarico debba essere nominativamente indicato in sede di presentazione dell'offerta con la specificazione delle rispettive qualifiche professionali, non fa che ribadire il principio generale posto nell'art. 2232 c.c., a mente del quale il professionista deve eseguire personalmente la prestazione oggetto dell'incarico. L'indicazione del professionista in sede di offerta è funzionale, dunque, all'assunzione di responsabilità personale per la progettazione, in sede civile, penale e disciplinare" (analogamente ANAC, parere n.33 del 02.09.14).



Cerutti Lorenzo s.r.l.

esclusione dalla gara, senza possibilità di accedere al soccorso istruttorio¹⁵. Del resto l'esponente Società si è diligentemente adeguata a tale obbligo di indicazione anche con riferimento al geologo, sicché un diverso trattamento concesso a favore di INSO implicherebbe una palese violazione della *par condicio*.

8. Da ultimo si ribadisce anche in questa sede che l'esponente Società ha altresì censurato, in sede di ricorso, la mancata indicazione nominativa (e conseguente assunzione di responsabilità ai sensi dell'art.90 co.7 d.lvo 163/06 e dall'art.11 co.7 L.R. 5/07) del **responsabile antincendio**, indicato nel disciplinare di gara quale componente essenziale del gruppo di progettazione.

INSO non ha neppure tentato di sopperire a tale carenza in sede di soccorso istruttorio (al di là del fatto che, come sopra chiarito, si sarebbe trattato di sanatoria inammissibile, per l'immediata e diretta violazione degli obblighi imposti dalle norme sopra citate). E ciò nonostante la Commissione, con la propria nota prot. PG/2016/0015341 del 13.05.16, avesse espressamente previsto *"che il concorrente ha la facoltà di sanare eventuali ulteriori irregolarità essenziali nei limiti consentiti dalla legge quand'anche non riscontrate dalla commissione"*.

Anche per questo, in conclusione, si insiste affinché il procedimento che è stato avviato dal RUP con la propria nota del 29.06.16, ed i cui contenuti sono già stati preventivamente condivisi dalla Dirigenza di codesta ASL con la propria delibera n.396 del 29.06.16, giunga a conclusione con l'effettiva esclusione di INSO dalla gara e conseguente annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta con delibera D.G. n.9 del 18 gennaio 2016.

Distinti saluti.

CERUTTI LORENZO S.r.l.

Via Gozzano, 66/68
28021 BORGOMANERO (NO) - IT
tel. +39.0322.865917 Fax 0322.844529
Partita IVA/01128640032

¹⁵ In particolare è stato giudicato che "anche a prescindere da uno specifico obbligo imposto dal bando, nella compagine che viene indicata in sede di gara quale responsabile della progettazione deve essere necessariamente incluso un geologo allorquando la relazione geologica figura fra gli elaborati da presentare a pena di esclusione (e si ricordi che, come recentemente ribadito dal Consiglio di Stato nella sentenza n.5261/2015, l'esclusione è doverosa, anche ai sensi dell'art.46, comma 1-bis, D.Lgs n.163/2006, quando l'offerta non risponda ai requisiti minimi previsti dagli atti di gara)" (TAR Marche, sent. n.861 del 25.11.15; TAR Aosta n.50 del 26.07.11).

Da "ceruttilorenzosrl@postecert.it" <ceruttilorenzosrl@postecert.it>

A "asl6sanluri@pec.it" <asl6sanluri@pec.it>, "tecnico.logistico@pec.aslsanluri.it" <tecnico.logistico@pec.aslsanluri.it>

Data martedì 16 agosto 2016 - 10:45

Procedura di gara per l'affidamento dell'appalto per la realizzazione del nuovo ospedale di San Gavino Monreale .

OGGETTO: Procedura di gara per l'affidamento dell'appalto per la realizzazione del nuovo ospedale di San Gavino Monreale .

Facendo seguito alla Vs. nota in data 08.08.16, nel rispetto del termine di 10 giorni che con essa ci è stato assegnato, alleghiamo alla

presente le osservazioni dell'ATI Cerutti Lorenzo S.r.l..

Distinti saluti

--

CERUTTI LORENZO S.r.l.
Via Gozzano 66/68
28021 Borgomanero (NO)

Tel. 0322 865811

Fax 0322 844529

--

Allegato(i)

ASL Sanluri 16.08.16.pdf (798 Kb)

