

PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE – Prot. 35/GC/DG del 16/05/2017 - Pratica 012/2017 - Procedura aperta sopra soglia UE articolata in due Lotti, per l'affidamento separato di 2 contratti di Accordo Quadro, della durata di 48 mesi e ulteriori successivi 24 mesi in opzione, aventi ad oggetto la fornitura di apparecchi di illuminazione con sorgente a Led - LOTTO 1 - Apparecchi illuminanti a LED funzionali stradali e giardini - CIG [69772229BB]

Premesso che

- con Bando e Disciplinare pubblicati il 04/03/2017 è stata indetta la gara in epigrafe;
- la gara è disciplinata dal d.lgs. 50/2016 e dalla *lex specialis* predisposta dalla stazione appaltante, dunque precisamente dai seguenti documenti (tutti reperibili *on-line*, sul sito della stazione appaltante):
Bando di Gara ; Allegato 1A – Schema di contratto Lotto 1 ; Allegato 1B – Schema di contratto Lotto 2 ; Allegato 2 – Capitolato Tecnico Prestazionale (CTP); Allegato 3 – Domanda di partecipazione ; Allegato 4 – Modello DGUE ; Allegato 5A – Modello PT1mod - Lotto 1 ; Allegato 5B – Modello PT1mod – Lotto 2 ; Allegato 6A - Modello PT2mod – Lotto 1 ; Allegato 6B - Modello PT2mod – Lotto 2 ; Allegato 7A - Modello PT3mod – Lotto 1 ; Allegato 7B - Modello PT3mod – Lotto 2 ; Allegato 8A - Modello PT4mod – Lotto 1 ; Allegato 8B - Modello PT4mod – Lotto 2; Allegato 9A - Modello Offerta Economica - Lotto 1; Allegato 9B - Modello Offerta Economica - Lotto 2; Condizioni Generali di Appalto di SILFI Spa”, nella versione aziendale “REV 0.0” del 21/09/2016; Rettifiche ed integrazioni, quesiti e risposte
- il termine per la presentazione delle offerte è venuto a scadere il 21/4/2017 e a tale data risultano essere pervenute le offerte dei seguenti concorrenti: AEC Illuminazione Srl, iGuzzini Illuminazione Spa; Philips Lighting Italy Spa;
- la prima seduta pubblica si è tenuta presso la stazione appaltante in data 27/4/2017;
- la seconda seduta pubblica si è tenuta presso la stazione appaltante in data 16/5/2017;

premessò altresì che

- all'esito della prima seduta pubblica di gara, con nota PROT.159.17 datata 28/4/2017 e trasmessa a mezzo PEC in pari data è stato attivato, a favore della Spettabile Philips Lighting Italy Spa il soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83 comma 9 del D. Lgs. 50/2016, relativamente alle irregolarità inerenti l'offerta da essa presentata e precisamente riguardo a:

A) il contenuto del modello DGUE presentato dall'operatore economico indicato dal concorrente quale subappaltatore FERCAM spa, dove in relazione alla condizione "è in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili di cui alla legge 12 marzo 1999 n. 68 (Articolo 80, comma 5, lettera i)", risulta essere stata barrata l'opzione "No";

B) la presentazione di tre (su cinque) campioni, contenuti in plichi sul cui cartiglio esterno sono stati indicati codici identificativi diversi rispetto a quelli prescritti a pena di esclusione, risultando quindi apparentemente assenti (stando alla dicitura recata dai cartigli esterni) tre di essi e precisamente i seguenti:

- assente il campione del tipico A.07.01 – rappresentativo di un quantitativo di 2971 apparecchi per un totale di 163405 W
- assente il campione del tipico A.12.02 – rappresentativo di un quantitativo di 2624 apparecchi per un totale di 577280 W
- assente il campione del tipico C.AS.03 – rappresentativo di un quantitativo di 721 apparecchi per un totale di 108150 W

- relativamente ai predetti tre dei campioni presentati dalla società Philips, risultano essere stati riportati, sui cartigli collocati all'esterno dei plichi i seguenti codici identificativi:

Mario Ferraris

- Campione A.07.02
- Campione A.10.02
- Campione C.AS.02

e che

con la medesima nota la Spettabile Philips Lighting Italy Spa è stata invitata a voler far chiarire ed eventualmente emendare la dichiarazione del subappaltatore ed a chiarire e precisare se, effettivamente, i campioni presentati fossero quelli prescritti dalla *lex specialis* di gara, oppure se fossero quelli identificati dai codici apposti sui cartigli collocati all'esterno dei plichi che li contenevano;

premesso infine che

- alla propria nota datata 5 maggio 2017 la Spettabile Philips Lighting Italy Spa ha allegato una dichiarazione, resa dalla Fercam spa con le forme prescritte, ove si conferma che la medesima Fercam spa ha adempiuto agli obblighi di cui alla legge 68/1999 attivando la prescritta procedura in data 31 gennaio 2017 (dunque prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte);

- con la predetta nota datata 5 maggio 2017 la Spettabile Philips Lighting Italy Spa ha confermato che *"le indicazioni riportate sul cartiglio esterno dei cinque plichi corrispondono ai rispettivi contenuti ... (tre dei quali, come constatato, non coincidono con quelli indicati dal Disciplinare di gara come campionatura richiesta)"* argomentando peraltro che ciò nonostante tale circostanza non dovrebbe condurre all'esclusione della concorrente medesima, in quanto *"i tre campioni divergenti differiscono da quelli richiesti unicamente in relazione ad aspetti minimali, che appaiono neutri ai fini delle verifiche previste dalla lex specialis"*;

Considerato che

- la *lex specialis* di gara impone a pena di esclusione la presentazione di almeno cinque campioni, specificamente indicati facendo riferimento ai relativi codici identificativi, mancando i quali l'offerta tecnica non può ritenersi conforme, completa e quindi ammissibile;

- in ordine all'ammissibilità di campioni analoghi, rispetto ai cinque richiesti a pena di esclusione, la valutazione discrezionale è stata compiuta a monte dalla stazione appaltante, la quale si è determinata nel senso di escluderla ed ha codificato tale regola con inequivoche prescrizioni, contenute nel Disciplinare di gara, espressamente presidiate dalla sanzione dell'esclusione dell'offerta e quindi del concorrente, senza che residuassero margini per successive contrarie ulteriori valutazioni.

In particolare, il Disciplinare di gara prevedeva (pag. 29): *"l'offerente dovrà presentare, entro il termine di scadenza .., opportuna campionatura, avente almeno, pena esclusione, le caratteristiche minime indicate nel Capitolato (CTP) e negli atti di gara, e consistente in: LOTT01, n. 1 campione di apparecchio per ognuno dei seguenti tipici di geometria di area illuminata: A07.01, A09.01, A 12.02, B.AV.01, C.AS.03 (i tipici sopra indicati fanno parte dell'elenco che segue). I cinque campioni di cui sopra sono obbligatori (pag. 30)"*.

Inoltre, *"se il concorrente è in grado, con le famiglie di prodotto rappresentate dai 5 campioni proposti, di coprire anche tutti gli altri tipici indicati nel Lotto, allora non dovrà presentare nessun altro campione, in caso contrario, il concorrente dovrà fornire ulteriori campioni nel numero sufficiente e necessario per valutare l'intera gamma delle famiglie"*.

Tale campionatura è funzionale alla verifica dei requisiti minimi prescritti, riguardo ai beni oggetto di verifica e di fornitura, ma anche all'attribuzione del punteggio (peraltro da operare mediante confronto a coppie); infatti, come riferito, e come in effetti risulta dal Disciplinare (pag. 59), si devono valutare gli aspetti indicati al criterio "PT5" (max 10 punti), specificando che *"la Commissione valuterà, anche, sulla base dei campioni di prova ..."*. Ivi si specificava anche che l'incremento del numero dei campioni non

Mandy Finis

sarebbe stato valutato, anzi, "il mantenimento del numero minimo di campioni indicato dall'art. 36 ... sarà positivamente valutato ...".

- la decisione assunta discrezionalmente dalla Stazione Appaltante circa la scelta dei 5 specifici campioni **MINIMI**, necessari e sufficienti per l'ammissione delle offerte (A.07.01, A.09.01, A.12.02, B.AV.01, C.AS.03), è fondata su presupposti di natura tecnica dei quali la stazione appaltante ha dato conto nella documentazione di gara (cfr. schede prestazioni illuminotecniche distinte per ogni tipico in gara, e le ripartizioni in quantitativi e potenze complessive per ogni tipologia di apparecchio); ancor più precisamente, i campioni scelti dalla Stazione Appaltante sono stati valutati e selezionati:

- in ragione della numerosità all'interno dei quantitativi posti a base di gara per ogni tipico;
- in ragione delle più alte potenze elettriche degli apparecchi da fornire;
- in ragione delle dimensioni fisiche maggiori e relativi ingombri, da far visionare in sede di Commissione giudicatrice (carichi esposti al vento ed alla caduta dall'alto);
- in ragione dei requisiti tecnici ed elettrici richiesti come prescrizioni nel CTP (Corrente di spunto – Inrush current valore massimo di picco, armoniche, flussi luminosi, etc...).

Da qui la manifesta ragionevolezza e legittimità delle relative prescrizioni, tenuto altresì conto che il rispetto della norma della *lex specialis* è evidentemente funzionale ad una verifica effettuata su parametri del tutto omogenei;

- la non rispondenza dei campioni presentati dalla Spettabile Philips Lighting Italy Spa rispetto a quelli prescritti emerge dalla dicitura recata sul cartiglio esterno di tre dei cinque plichi contenenti tre dei cinque campioni allegati alla sua offerta e che ne costituiscono parte integrante;

- la Spettabile Philips Lighting Italy Spa ha confermato tale non rispondenza con espressa ed inequivoca dichiarazione scritta, contenuta nella predetta sua nota datata 5 maggio 2017 e da essa resa nell'ambito del soccorso istruttorio e richiesta chiarimenti attivati a suo favore;

Considerato altresì che

- ai sensi dell'art. 94 del d.lgs. 50/2016 l'appalto può essere aggiudicato, sulla base dei criteri indicati nella *lex specialis* di gara, previa verifica della sussistenza dei seguenti presupposti: "l'offerta è conforme ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nel bando di gara ... nonché nei documenti di gara, tenuto conto, se del caso, dell'articolo 95, comma 14"

- ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. 50/2016 non sono sanabili irregolarità inerenti il contenuto delle offerte tecniche ed economiche presentate dai concorrenti. Il principio è stato enunciato e confermato da costante giurisprudenza, già sotto il vigore del D. Lgs. 163/2006. Tanto più quando i campioni siano oggetto di valutazione da parte della Commissione giudicatrice; sul punto la giurisprudenza (cfr. TAR Lombardia, Milano, n. 1598 del 10.8.2016) è costante nel ritenere che: "quando i profili qualitativi che sostanziano i criteri di valutazione emergono, come nel caso di specie, solo dall'analisi fisica del prodotto e il capitolato ne impone la produzione di uno o più esemplari a pena di esclusione, ciò significa che l'offerta è completa in tutti i suoi aspetti essenziali solo se è fornita anche la campionatura. In questa situazione la campionatura costituisce un elemento essenziale, perché attiene ad aspetti intrinseci e qualitativi dell'offerta, tanto che la sua carenza non è integrabile a posteriori, né può essere oggetto del dovere di soccorso della stazione appaltante, ma determina l'incompletezza dell'offerta e, quindi, l'esclusione dalla gara". Anche l'ANAC aveva espresso il medesimo orientamento (parere n. 157 del 23.9.2015): «negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi: (. ..) l) nel caso di forniture, produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire, la cui autenticità sia certificata a richiesta della stazione appaltante»; tale disposizione consente, dunque, nei casi di fornitura di prodotti, la previsione del deposito di campioni dei prodotti offerti, quali modalità di prova del requisito di

Mandy J...

capacità tecnica [...] trova la sua ratio nell'esigenza di disporre, fin dalla fase di qualificazione, di un parametro fermo di raffronto dei contenuti dell'offerta tecnica cui deve poi corrispondere l'esecuzione del contratto; la previsione del deposito di campioni quali modalità di prova del requisito di capacità tecnica, corrisponde ad un interesse specifico della SA, che si identifica nell'apprezzamento su un piano di effettività dei requisiti di idoneità dell'impresa ammessa alla gara a rendere una prestazione conforme alle specifiche del disciplinare di gara (in termini, Cons. Stato n. 5525/2014, Tar Lombardia, n. 406/2015). Ne consegue, pertanto, che in relazione alle carenze tecniche delle campionature - che incidono sul contenuto delle offerte e quindi del contratto - non appare possibile attivare il procedimento di soccorso istruttorio ..".

Ancor più chiaro emerge dalla nuova formulazione della norma da cui si origina, contenuta nell'art. 83 comma 9 del D. Lgs. 50/2016, riguardo alla quale, recente giurisprudenza (cfr. TAR Liguria, n. 145 del 28.02.2017) rileva che *"la norma è significativamente differente da quella omologa di cui all'art. 46, comma 1 ter D. Lgs. 163/2006 previgente secondo cui: "le disposizioni di cui all'articolo 38 comma 2bis si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara"* e che *"la norma previgente, infatti, ammetteva il soccorso istruttorio anche rispetto all'offerta con l'unico limite costituito dalla previsione di cui all'art. 46 comma 1bis laddove, facendo riferimento all'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, escludeva la possibilità di sanare ex post mediante il soccorso istruttorio quelle mancanze, incompletezze o irregolarità dell'offerta che avessero determinato incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta"*. Sottolinea e consacra il principio per cui è esclusa *"in radice la possibilità di operare mediante il soccorso istruttorio in favore di elementi afferenti l'offerta"*, quali in effetti sono i campioni richiesti a pena di esclusione, ma non presentati da Philips;

- la *lex specialis* di gara contiene previsioni inequivoche e ineludibili relativamente sia ai cinque campioni che ciascun concorrente doveva presentare (quale contenuto sostanziale ancorché complementare della propria offerta) sia alla sanzione dell'esclusione, per l'eventuale omessa presentazione di anche soltanto uno di tali cinque campioni;

e che

- l'offerta della Spettabile Philips Lighting Italy Spa non è conforme alle prescrizioni di cui alla *lex specialis* di gara, circostanza incontrovertibile e da essa stessa confermata;

- la Philips Lighting Italy Spa non può, né avrebbe potuto, né ha manifestato l'intenzione di sanare l'irregolarità della propria offerta tecnica, avendo confermato di aver presentato tre (su cinque) campioni diversi da quelli prescritti a pena di esclusione ed avendo unicamente argomentato la loro pretesa astratta idoneità ai fini della gara, ciò nonostante;

- nessun rilievo possono assumere le argomentazioni proposte dalla Spettabile Philips Lighting Italy Spa in ordine all'ammissibilità ciò nonostante della sua offerta, in quanto non condivisibili sul piano tecnico in ragione dei criteri di scelta dei campioni A07.01, A09.01, A 12.02, B.AV.01, C.AS.03 su esposti.

Considerato infine che

I profili di irregolarità insanabile di cui ai precedenti ultimi paragrafi, e dunque di inammissibilità dell'offerta presentata dalla Spettabile Philips Lighting Italy Spa, di per sé determinano la inevitabile esclusione della concorrente.

Tutto ciò premesso e considerato

SILFI spa, all'esito del soccorso istruttorio e richiesta di chiarimenti attivato a favore della Spettabile Philips Lighting Italy Spa, e come da verbale della seconda seduta pubblica del 16/5/2017 ne dispone:

Manuela Ferrini

L'ESCLUSIONE DALLA GARA
PER IRREGOLARITA' INSANABILE E CONSEGUENTE INAMMISSIBILITA' DELL'OFFERTA PRESENTATA.

Il presente provvedimento è impugnabile nei termini e nei modi di cui al d. lgs. 104/2010 di fronte al Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana.

Firenze, 16 maggio 2017

per SILFI SPA
(IL DIRETTORE GENERALE, DOTT.SSA M. GNIULI)

