

N. 01809/2016REG.PROV.COLL.

N. 10087/2015 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10087 del 2015, proposto dalla Cogei, s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con il Consorzio stabile Energie Locali s.c.a.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Bruno, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Savoia 31;

contro

Comune di Pisa, rappresentato e difeso dagli avvocati Susanna Caponi, Gloria Lazzeri e Giuseppina Gigliotti, con domicilio eletto presso lo studio Lepore – associazione professionale, in Roma, via Polibio 15;

nei confronti di

Gemmo s.p.a.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA, SEZIONE I, n. 1193/2015, resa tra le parti, concernente un provvedimento di esclusione dalla procedura di affidamento del servizio di illuminazione pubblica del comune di Pisa

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Vista l'ordinanza della Sezione n. 127 del 19 gennaio 2016;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2016 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Bruno e Maria Romana Ciliutti, su delega degli avvocati Susanna Caponi, Giuseppina Gigliotti e Gloria Lazzeri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La Co.Ge.I. s.r.l. partecipava quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con il Consorzio stabile Energie Locali s.c.a.r.l. alla procedura di affidamento in concessione novennale del servizio di illuminazione pubblica per il Comune di Pisa, con importo a base d'asta di € 19.319.840,65, venendone esclusa (verbale della commissione giudicatrice del 15 gennaio 2015, prot. n. 3494) per difformità essenziali dell'offerta tecnica rispetto alle specifiche definite nel capitolato speciale posto a base di gara.
2. La successiva impugnativa della società davanti al TAR Toscana veniva respinta con la sentenza in epigrafe, contro la quale è stato proposto il presente appello.
3. Per resistere al mezzo si è costituito il Comune di Pisa.
4. Con ordinanza n. 127 del 19 gennaio 2016 questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare dell'appellante.

## DIRITTO

1. Deve premettersi in fatto che l'esclusione impugnata è stata disposta dalla commissione giudicatrice con provvedimento del 15 gennaio 2015, prot. n. 3494, sulla base delle difformità tecniche dell'offerta presentata dall'odierna appellante rispetto alle specifiche previste nel capitolato, risultata all'esito della fase di valutazione.

Le difformità sono diffusamente descritte nella nota dell'8 gennaio, allegata al provvedimento, recante «*Considerazioni della Commissione tecnica*». In essa sono individuate quattro tipologie di forniture di prodotti e prestazioni di servizi inerenti al contratto posto a gara, offerti dalla Co.Ge.I., giudicati in contrasto con i divieti o difformi dalle caratteristiche inderogabilmente previste nel capitolato speciale.

I rilievi formulati al riguardo dalla commissione di gara sono i seguenti: «*1. l'installazione di moduli stand alone nei corpi illuminanti; 2. l'installazione di alimentatori elettronici senza nuova certificazione del corpo illuminante; 3. la realizzazione di impianti tele controllati punto punto senza l'esplicita previsione della sostituzione del corpo illuminante; 4. la difformità dei corpi illuminanti a led proposti (...)rispetto a quanto richiesto dal Capitolato*». Per ciascuno di essi è fornita una specifica descrizione, che di seguito si sintetizza:

- I) in assenza di specifici ragguagli nel progetto tecnico, deve ritenersi che l'installazione dei sistemi di telecontrollo finalizzati alla riduzione programmata dell'intensità luminosa della sorgente, mediante moduli "stand alone", avverrà con intervento sui corpi illuminanti, in contrasto con il divieto espressamente previsto nel capitolato speciale d'appalto finalizzato al mantenimento della certificazione (punto 4.2.2.); inoltre le schede tecniche dei corpi illuminanti offerti non recano alcun riferimento a sistemi di telecontrollo, ma sono semplicemente «*dimmerabili*», ossia regolabili quanto all'intensità della luce emessa mediante apposito dispositivo;
- II) anche per gli alimentatori elettronici da installare in sostituzione di quelli di tipo tradizionale già presenti non è prevista la certificazione del corpo illuminante (punto 4.5.1);
- III) la realizzazione di impianti tele controllati punto punto nei lampioni, attraverso sistemi di tele gestione "Citenergy", in violazione del divieto di cui al citato punto 4.2.2 del capitolato speciale;
- IV) i corpi illuminanti a led offerti non rispondono alle specifiche tecniche del capitolato, e cioè una vita economica pari a 70.000 ore L80 F10 Ta 25°C, secondo lo standard IEC/PAS 62722 (punto 4.9).

2. Tanto premesso, nel primo motivo d'appello la Co.Ge.I. censura l'esclusione per avere il Comune di Pisa ritenuto con essa che «*le gravi non conformità dell'offerta rispetto a quanto prescritto dal capitolato comportino un inadempimento dell'obbligo di diligenza nella redazione delle offerte*» ed un «*contrasto con il principio di piena corrispondenza tra l'oggetto della prestazione richiesta e l'oggetto della prestazione offerta, che determina un'incertezza sul contenuto dell'offerta, giustificandone l'esclusione ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis del Codice dei Contratti*» (così il provvedimento della commissione del 15 gennaio, prot. n. 3494).

Secondo la Co.Ge.I. per quanto difformi dalle specifiche tecniche predisposte dalla stazione appaltante le soluzioni offerte delle imprese partecipanti alla gara non possono determinare l'esclusione di queste ultime, perché altrimenti si verificherebbe una confusione tra requisiti di partecipazione e criteri di selezione delle offerte, così introducendosi una causa di esclusione non riconducibile ad alcuna di quelle tassativamente previste dall'art. 46, comma 1-bis, cod. contratti pubblici, e contemporaneamente venendo violato il principio di equivalenza delle specifiche tecniche sancito dall'art. 68 del medesimo codice. In virtù di tale assunto l'eventuale difformità potrebbe «*al più determinare l'attribuzione di 0 (zero) punti al parametro di valutazione dell'offerta*» (pag. 7 dell'appello).

### 3. Il motivo è infondato.

Secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (da ultimo: Sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804, 1 luglio 2015, n. 3275; Sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633, 23 settembre 2015, n. 4460).

Il collegio condivide ed intende dare continuità a questo orientamento, sottolineando che nell'ambito di un procedimento di manifestazione di volontà contrattuale scandito da fasi predefinite a livello normativo l'esclusione dalla gara di un concorrente per difformità essenziali dell'offerta esprime il dissenso dell'amministrazione rispetto ad un prodotto o servizio giudicato non rispondente alle caratteristiche tecniche minime previste nel progetto o nel capitolato posto a base della selezione. A fronte di ciò, l'amministrazione legittimamente può quindi non riconoscere alcun punteggio all'esito della fase di valutazione tecnica ed escludere l'impresa dalla gara, manifestando il proprio dissenso impeditivo della conclusione del contratto per mancanza nell'oggetto delle qualità attese.

Ciò precisato, in questa ipotesi rientra pacificamente quella oggetto della presente controversia, in cui all'esito dell'attività valutativa la commissione giudicatrice nominata dal Comune di Pisa per l'affidamento del servizio di illuminazione pubblica ha enucleato quattro specifici profili di inadeguatezza dei prodotti offerti dall'odierna appellante per l'adeguamento tecnologico degli impianti di illuminazione, comportanti, secondo la prospettazione della stazione appaltante, una diminuzione qualitativa di questi ultimi. Non vi è pertanto dubbio che la stessa amministrazione potesse disporre l'esclusione dalla gara di un'impresa autrice di un'offerta giudicata inidonea dal punto di vista tecnico.

Inoltre, contrariamente a quanto sostiene la Co.Ge.I., tale causa di esclusione non si pone in contrasto con il principio di tassatività sancito dall'art. 46, comma 1-bis, cod. contratti pubblici atteso che tale norma riguarda il mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa, e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara (in questo senso si è espresso questo Consiglio di Stato, nelle seguenti sentenze: Sez. III, 17 novembre 2015, n. 5261; Sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633, citata).

Infine, non è conferente il richiamo al principio di equivalenza delle specifiche tecniche sancito dall'art. 68 cod. contratti pubblici, dal momento che esso presuppone la corrispondenza delle prestazioni offerte dal prodotto offerto e non già un'inidoneità di quest'ultimo rispetto alle specifiche indicate dall'amministrazione e poste a base di gara.

4. Nel secondo motivo d'appello la Co.Ge.I. censura le valutazioni tecniche poste dalla commissione a base del provvedimento di esclusione impugnato.

L'appellante deduce che:

I) il telecontrollo offerto non è di tipo punto punto, con installazione del modulo stand alone sui corpi illuminanti, ma da quadro elettrico, senza perdita di certificazione; solo qualora si optasse per il primo sistema o questo fosse richiesto dall'amministrazione la certificazione non sarebbe comunque persa, dal momento che per le nuove installazioni il modulo stand alone risulta già installato, mentre per gli interventi su impianti esistenti è possibile la ricertificazione dell'apparecchio all'esito dell'intervento, sulla base del kit e della procedura indicata dalla casa costruttrice; inoltre tutti i dispositivi offerti sono dotati moduli stand alone e non semplicemente «*dimmerabili*»;

II) non sono stati offerti alimentatori di tipo elettronico in sostituzione di quelli tradizionali, ma interruttori crepuscolari astronomici; i primi sono relativi ai soli nuovi apparecchi e anche per essi è possibile ottenere la certificazione dell'impianto;

III) il sistema di telecontrollo offerto ha un funzionamento di tipo centralizzato, da quadro elettrico, e cioè attraverso un dispositivo installato nel quadro elettrico che riduce il flusso luminoso per tutti i punti luce collegati al quadro medesimo, per cui nessuna ricertificazione del corpo illuminante è richiesta;

IV) i led offerti sono rispondenti a quelli richiesti dall'amministrazione, come risulta dalle attestazioni del produttore prodotte in giudizio.

5. Così riassunta la prospettazione dell'appellante, la stessa non può essere condivisa innanzitutto con riguardo al punto I).

Come infatti contro deduce il Comune di Pisa, dal progetto tecnico dell'odierna appellante non risulta né che il sistema di telecontrollo offerto dall'odierna appellante è da quadro elettrico. Inoltre, a fronte di ragguagli specifici sul punto, dalle tabelle contenute nelle pag. 5 e 33 si ricava che tutti i punti luce sono interessati dall'intervento di installazione di moduli

stand alone, risultando sotto questo profilo corretta la conclusione tratta dalla commissione, che questi sarebbero stati collocati dalla Co.Ge.I. sui corpi illuminanti. Ciò è ulteriormente comprovato dall'espresso riferimento nel progetto al sistema "Citenergy", il quale consente la variazione programmata della potenza luminosa di ogni singolo punto luce, attraverso moduli di gestione «*installati nei lampioni*» (pag. 5).

Inoltre, come del pari evidenzia l'amministrazione, l'offerta non era completa della certificazione del produttore o della possibilità di ottenerla per gli impianti su cui sarebbero stati effettuati gli interventi di sostituzione. Pertanto, non è censurabile il giudizio espresso dall'organo di gara negli atti impugnati, secondo cui tale soluzione tecnica non garantiva la conservazione della certificazione degli impianti, invece richiesta dal capitolato speciale, né la stessa valutazione può essere superata a mezzo di documenti non facenti parte dell'offerta tecnica, ma prodotti solo in questo giudizio.

6. Anche con riguardo al profilo di cui al punto II), l'offerta della Co.Ge.I. pone l'alternativa tra interruttori crepuscolari astronomici e alimentatori elettronici (pag. 30 del progetto). Nel presente giudizio l'appellante fornisce una precisazione non ricavabile dall'offerta medesima, secondo cui questi ultimi erano relativi ai soli nuovi apparecchi, per cui anche in questo caso nessuna critica può essere fondatamente mossa al giudizio della commissione.

7. Del pari, con riguardo al profilo di cui al punto III), la Co.Ge.I. insiste nell'assunto secondo cui le soluzioni tecniche da essa offerte consistono in soluzioni di controllo del flusso luminoso centralizzate da quadro, il quale non trova tuttavia alcun riscontro nell'offerta tecnica della stessa appellante, ed anzi è smentito in via documentale dal tenore della proposta progettuale di quest'ultima, come sopra evidenziato.

8. Infine, anche in ordine alla rispondenza dei corpi illuminanti a led offerti dall'appellante rispetto agli standard tecnici previsti dalla normativa di gara (IEC/PAS 62722) non viene fornito alcun elemento in grado di superare il giudizio della commissione, se non attraverso il richiamo a diversi sistemi di certificazione della qualità che tuttavia, come controdedotto dal Comune di Pisa, non sono pertinenti, perché riferiti al solo modulo illuminante e non agli apparecchi nel loro complesso.

9. L'appello deve quindi essere respinto ma l'indubbia complessità tecnica delle questioni controverse giustifica la compensazione integrale delle spese di causa, ivi comprese ai sensi e per gli effetti dell'art. 57 cod. proc. amm., quelle della fase cautelare, diversamente da quanto disposto in quella sede.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 05/05/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)