

Caserta, 23 aprile 2019

Inviata a mezzo PEC STPROTECT@LEGALMAIL.IT

Oggetto: PROCEDURA TELEMATICA PER L’AFFIDAMENTO DELLA FORNITURA DI DISPOSITIVI DI PROTEZIONE INDIVIDUALE, PER LE ATTIVITÀ DI ANTINCENDIO BOSCHIVO, MANUTENZIONE BOSCHIVA, PROTEZIONE CIVILE E MANUTENZIONE DELLE TECNOLOGIE. CIG 770265934A (CUP F29F18000240002 - CUP F29F18000270002).

Riscontro sentenza TAR Campania n.02224/2019 REG.PROV.COLL. N. 01262/2019 REG.RIC. del 19/04/2019 ed attivazione del soccorso istruttorio (art.83 comma 9 - D.Lgs.50/2016) campionatura OE ST Protect SpA

In applicazione alla sentenza TAR Campania n.02224/2019 REG.PROV.COLL. N. 01262/2019 REG.RIC. del 19/04/2019, nel ritenere nulla la determina n.35 del 8/3/2019 ed il verbale di gara n. 4 del 7/3/2019, nonché tutti gli atti consequenziali, si comunica l’attivazione del soccorso istruttorio, ai sensi dell’art.83 comma 9 del D.Lgs. 50/2016, per gli elementi della campionatura trasmessa e valutati “anomali”.

Si riporta di seguito una tabella completa con tutti i riscontri effettuati sulla campionatura inviata dallo spett.le OE in indirizzo, nella cui colonna “soccorso istruttorio” sono riportate le integrazioni richieste.

Vogliate far pervenire quanto richiesto, pena esclusione, entro e non oltre dieci giorni lavorativi, nelle seguenti modalità opzionali:

- a. Attraverso PEC del portale telematico, se si decide di integrare attraverso l’invio della documentazione;
- b. All’indirizzo “SMA Campania SpA – Viale Ellittico n.21 (CAP 81100) Caserta”, alla c.a. dello scrivente RUP, se si decide di inviare un nuovo campione integrato dalle schede tecniche.

Al fine di facilitare anche un eventuale confronto in contraddittorio, si comunica che il Seggio di Gara si riunirà il giorno lavorativo successivo alla ricezione delle integrazioni richieste, alle ore 10.00, presso gli uffici di Viale Ellittico n.21 – Caserta.

Distinti saluti.

IL RUP
dott. Saverio Basile
(documento firmato digitalmente)

(segue tabella riscontri campionatura ST Protect e attivazione soccorso istruttorio)

Codice	Tipologia	Esito	motivazione (in caso di difformità)	soccorso istruttorio (art.83 comma 9 - D.Lgs.50/2016)
AIB				
1	Borsone	OK		
2	Occhiali	OK		
3	Semimaschera	OK		
4	Filtri	OK		
5	Garza Idrogel	OK		
6	Cinturone	DIFFORME	di colore blu anziché nero	invio nuovo campione con scheda tecnica o invio della scheda tecnica del nuovo prodotto con dichiarazione autografa attestante che la fornitura sarà di colore nero
7	Scarponcino	DIFFORME	Manca colore inserto giallo tipo reflex - manca tirante posteriore	invio nuovo campione con scheda tecnica o invio della scheda tecnica del nuovo prodotto con dichiarazione autografa attestante che la fornitura sarà fornita con gli elementi indicati in "motivazione"
8	Completo giacca e pantalone	DIFFORME	PANTALONE: manca elastico in vita parte posteriore; manca bottone a scatto nella chiusura centrale; le due tasche laterali non hanno cerniera. Manca una ulteriore banda retroriflettente nella zona gambe. GIACCA: manca l'alamaro e velcro al polsino.	invio nuovo campione con scheda tecnica o invio della scheda tecnica del nuovo prodotto con dichiarazione autografa attestante che la fornitura sarà fornita con gli elementi indicati in "motivazione"
9	Guanti	OK		
10	Polo	OK		
11	Camicia	OK		
12	Gilet	OK		
PROTEZIONE CIVILE				
13	Giubbino bielastico	OK		
14	Pantalone bielastico	OK	tasche laterali con velcro e non cerniera	invio nuovo campione con scheda tecnica o invio della scheda tecnica del nuovo prodotto con dichiarazione autografa attestante che la fornitura sarà fornita con gli elementi indicati in "motivazione"
15	Maglia intima ML	DIFFORME	Manca marcatura UNI EN 13688:2013 (manca scheda anche nell'offerta tecnica)- Descrizione sulla confezione non in italiano. Manca estensione posteriore. Da ricerca su internet, peso maglia 140 g/mq, anziché 200 g/mq.	invio nuovo campione con scheda tecnica o invio della scheda tecnica del nuovo prodotto con dichiarazione autografa attestante che la fornitura sarà fornita con gli elementi indicati in "motivazione"
16	Pile	DIFFORME	Colore grigio nero e non blu navy - peso 350g/mq (da scheda scaricata dal web, perché non allegata dal fornitore) e non 240 g/mq	invio nuovo campione con scheda tecnica o invio della scheda tecnica del nuovo prodotto con dichiarazione autografa attestante che la fornitura sarà fornita con gli elementi indicati in "motivazione"
17	Berretto in pile	OK		
18	Borsone	OK		
19	Calzatura polacchino	OK		
20	Caschetto di protezione	DIFFORME	Mancano adesivi alta visibilità	invio nuovo campione con scheda tecnica o invio dichiarazione autografa attestante che la fornitura sarà fornita con gli elementi indicati in "motivazione"
21	Cinturone	OK		
22	Guanti	OK		
23	Guanti antitaglio	OK		
24	Stivali in gomma	OK		
25	Mantella impermeabile	OK		
26	Tuta polipropilene monouso	OK		

Codice	Tipologia	Esito	motivazione (in caso di difformità)	soccorso istruttorio (art.83 comma 9 - D.Lgs.50/2016)
MANUTENZIONE TECNOLOGIE				
27	Occhiali	OK		
28	FFP1	DIFFORME	manca lettera "D" su certificazioni (test polvere dolomite)	invio nuovo campione con scheda tecnica o invio della scheda tecnica del nuovo prodotto con dichiarazione autografa attestante che la fornitura sarà fornita con gli elementi indicati in "motivazione"
29	Guanti en 388 4200	OK		
30	Guanti in fiore en 388 en 2112	OK		
31	Guanti dielettrici	OK		
32	Pantalone estivo giallo blu	OK		
33	Pantalone invernale giallo blu	OK		
34	Giacca estiva giallo blu	OK		
35	Giacca invernale giallo blu	OK		
36	Gilet	OK		
37	Maglia sottotuta	OK		
38	Felpa M/L	OK		
39	Calzatura S3	OK		
40	Elmetto	DIFFORME	Resistenza termica -10°C +50 °C, anziché -20°C + 50°C	invio nuovo campione con scheda tecnica o invio della scheda tecnica del nuovo prodotto con dichiarazione autografa attestante che la fornitura sarà fornita con gli elementi indicati in "motivazione"
MANUTENZIONE BOSCHIVA				
41	calzatura di sicurezza	OK		
42	guanti di protezione	OK		
43	pantalone A.V.	OK		
44	sottopantalone	OK		
45	giacca/giubbino	OK		
46	pile	DIFFORME	colore giallo/blu anziché giallo/verde	invio nuovo campione con scheda tecnica o invio dichiarazione autografa attestante che la fornitura sarà fornita con gli elementi indicati in "motivazione"
47	t-shirt	OK		
48	giacca a vento	OK		
49	facciale filtrante	DIFFORME	manca lettera "D" su certificazioni (test polvere dolomite)	invio nuovo campione con scheda tecnica o invio della scheda tecnica del nuovo prodotto con dichiarazione autografa attestante che la fornitura sarà fornita con gli elementi indicati in "motivazione"
50	casco, cuffie, visiera, occhiali	OK		
51	guanti antitaglio	DIFFORME	colore arancione anziché verde. Classe di protezione EN-388, valori resistenza meccanica 2133 invece di 4244.	invio nuovo campione con scheda tecnica o invio della scheda tecnica del nuovo prodotto con dichiarazione autografa attestante che la fornitura sarà fornita con gli elementi indicati in "motivazione"
52	giacca antitaglio	OK		
53	pantalone antitaglio	OK		
54	stivale antitaglio	OK		



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1262 del 2019, proposto da ST Protect S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Max Diego Benedetti e Simona Motta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio per legge in Napoli presso la Segreteria del TAR Campania;

contro

S.M.A. Sistemi per la Meteorologia e l'Ambiente Campania S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Giosuè Carducci, 37;

nei confronti

RAP Professional S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

della determina dell'Amministratore unico di SMA Campania S.p.A. n. 35 del 8/3/2019 e dell'unito verbale di gara n. 4 del 7/3/2019, recante la revoca dell'aggiudicazione disposta in favore della ricorrente nella procedura aperta per la fornitura di “dispositivi di protezioni individuali, per le attività di antincendio boschivo, manutenzione boschiva, protezione civile e manutenzione delle tecnologie” (CIG 770265934A) e contestuale esclusione dalla gara, con affidamento dell'appalto in favore della ditta RAP Professional S.r.l., unitamente a tutte le statuizioni e valutazioni ivi contenute; ove occorra, della comunicazione n. 90-Uscita/MT/1 del 8/3/2019, recante l'informativa del provvedimento che precede; dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto disposta in favore della ditta RAP Professional S.r.l., unitamente a tutte le statuizioni e valutazioni ivi contenute; di ogni altro atto o comportamento preordinato, presupposto, consequenziale e connesso ed in specie, quali atti presupposti e cioè nei termini precisati dell'articolo 4.2 del bando di gara, degli articoli 23 e 24 del disciplinare di gara, dell'articolo 9 del Capitolato speciale d'appalto, dell'articolo 4 del Capitolato tecnico, nella parte recante la descrizione tecnica del capo n. 15 quanto all'osservanza della marcatura UNI EN 13688:2013, ove occorra, del chiarimento n. 3 del 21/1/2019, della richiesta di escussione della garanzia provvisoria inoltrata al fideiussore SACE in data 11/3/2019, nonché della segnalazione ad ANAC in data 8/3/2019; con dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato nelle more, con espressa richiesta di subentro e condanna della resistente al risarcimento dei danni, mediante reintegrazione in forma specifica con l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore e contestuale sottoscrizione del contratto e immediato subentro di cui si fa istanza, nonché con l'invio di immediata revoca al fideiussore SACE della richiesta in data 11/3/2019 di escussione della garanzia provvisoria e della segnalazione ad ANAC in data 8/3/2019, per asserita mendace dichiarazione in gara e omessa allegazione di documenti senza giustificato motivo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di S.M.A. Sistemi per la Meteorologia e l'Ambiente Campania S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2019 il dott. Fabio Donadono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto che il giudizio sia suscettibile di immediata definizione nel merito, con motivazione in forma semplificata, ai sensi degli art. 60 e 74 del codice del processo amministrativo;

Premesso che la società ricorrente – aggiudicataria della procedura bandita dalla S.M.A. Sistemi per la Meteorologia e l'Ambiente Campania S.p.A. (società *in house* della Regione Campania), con il criterio del prezzo più basso, per l'affidamento della fornitura di dispositivi di protezioni individuali, per le attività di antincendio boschivo, manutenzione boschiva, protezione civile e manutenzione delle tecnologie – contesta gli atti in epigrafe nella parte in cui hanno determinato la revoca dell'aggiudicazione e l'esclusione della gara per difetti riscontrati nella campionatura dei DPI (dispositivi di protezioni individuali) fornita a seguito dell'aggiudicazione, all'uopo deducendo che:

- la sanzione espulsiva prevista dagli artt. 23 e 25 (*recte*: 24) del disciplinare, dall'art. 9 del Capitolato tecnico (*recte*: CSA) e dell'art. 2.4 (*recte*: 4.2) del bando sarebbe irragionevole e contraria al principio di tassatività delle cause di esclusione fissato dall'art. 83, co. 8 del Codice dei contratti pubblici;

- a fronte delle carenze e difformità rilevate nella campionatura andrebbe attivato il rimedio previsto dall'art. 85, co. 5, del Codice, e dall'art. 19 (*recte*: 9) del disciplinare di gara, ovvero tramite soccorso istruttorio ex art. 83, co. 9, del Codice;

- sarebbe nulla, o comunque da annullare, ai sensi dell'art. 83, co. 8, del Codice, degli artt.

23 e 25 del disciplinare, dell'art. 9 del Capitolato tecnico e dell'art. 2.4 del bando,

nella parte in cui impongono di far pervenire tutta la campionatura entro 15 giorni dalla notifica dell'aggiudicazione; tale termine sarebbe sproporzionato, irragionevole e vessatorio; la ricorrente avrebbe avuto a disposizione soltanto 8 giorni lavorativi sui 15 previsti; andrebbe considerata la spedizione della campionatura piuttosto che la ricezione da parte della stazione appaltante;

- l'omissione di un campione sui 54 richiesti sarebbe imputabile a mero errore materiale; il 54° campione sarebbe stato comunque spedito il giorno dopo; le anomalie rilevate sarebbero marginali; si tratterebbe di modesti dettagli che non incidono sul contenuto dell'offerta e sulla generale idoneità dei DPI offerti all'uso previsto; si tratterebbe comunque di dettagli agevolmente evitabili ove il termine di consegna fosse stato adeguato all'incombente richiesto e comunque certamente rimediabili in tempi brevi su semplice richiesta; l'art. 13, co. 4 e 6, del CSA, che prevede la sostituzione dei DPI difformi dalle specifiche tecniche, andrebbe applicato anche alla campionatura;

- l'intransigente rigore delle disposizioni di gara sulla campionatura sarebbe in contrasto con la natura fungibile dei DPI e con la scelta di affidare la fornitura con il criterio di aggiudicazione al prezzo più basso; sarebbero violati l'art. 4 del Codice e l'art. 97 Cost.;

- in quattro casi (articoli 28, 49, 40 e 20 del capitolato tecnico) sarebbe errata la valutazione dei campioni e della documentazione tecnica richiesta in gara; in altri cinque casi (articoli 6, 7, 8, 16 e 46) i campioni sarebbero conformi alla Specifica o presenterebbero al più modeste differenze nel confezionamento; in due circostanze (articoli 51 e 54) si sarebbe verificato un errore materiale nell'invio di un campione sbagliato e nel mancato inserimento del campione già pronto;

- la ricorrente avrebbe fatto richiesta, come per prassi, di presenziare alle operazioni di verifica della campionatura;

- per l'articolo 15 del capitolato tecnico il rilievo del difetto di marcatura UNI EN 13688 sarebbe frutto di istruttoria sommaria, nonché di errata applicazione della Specifica tecnica e della sua stessa illegittimità; mancherebbe qualsiasi riferimento

ad altre distinte e specifiche norme di protezione;

- l'escussione della garanzia provvisoria sarebbe viziata per illegittimità derivata; essa sarebbe applicata al di fuori delle ipotesi indicate dalla legge agli artt. 32 co. 7, 85 co. 5 e 93 co. 6 del Codice;

- riguardo alla segnalazione all'ANAC, non sarebbero applicabili l'art. 8.13 del modello che riguarda il falso nell'anomalia dell'offerta e nelle dichiarazioni sui requisiti, nonché l'art. 212, co. 13, del Codice; gli eventuali ritardi nell'aggiudicazione sarebbero al più ascrivibili alla stessa committente;

Rilevato che gli artt. 23 e 24 del disciplinare di gara prevedono, nel quadro delle verifiche da effettuare ai fini dell'affidamento della fornitura all'aggiudicatario, la consegna della campionatura per tutti i DPI nel termine prescritto di 15 giorni, a pena di esclusione nel caso di mancanze o difformità dei campioni rispetto alle specifiche richieste;

Ritenuto tuttavia che le disposizioni di gara vanno conciliate:

- con l'art. 85, co. 5, del d. lgs. n. 50 del 2016, in cui si prevede che "in qualsiasi momento nel corso della procedura" la stazione appaltante può chiedere la presentazione della documentazione necessaria per assicurare il corretto svolgimento della procedura;

- con l'art. 83, co. 9, del d. lgs. n. 50 del 2016, in cui si prevede che il soccorso istruttorio deve essere attivato, in via generale, per le carenze di qualsiasi elemento formale, ivi compresa la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale relative alla partecipazione alla gara, con esclusione unicamente per gli elementi afferenti all'offerta (economica e/o tecnica), per cui la stazione appaltante è tenuta ad assegnare al concorrente un termine non superiore a dieci giorni per ovviare alle anomalie riscontrate;

- con l'art. 83, co. 5, del d. lgs. n. 50 del 2016, in base al quale i bandi di gara non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dalla legge, a pena di nullità delle clausole escludenti;

Considerato che:

- la produzione della campionatura da parte del concorrente non rientra né integra l'offerta, posto che nella specie si tratta di una procedura da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, in cui non vi è in radice un'offerta tecnica;
- le disposizioni di gara sono da applicare in senso conforme alla normativa di rango di primario, operante in funzione anche eterointegrativa, piuttosto che con un significato che ne comporti l'invalidità, per cui l'eventuale esclusione per difetti della campionatura non può prescindere dall'adempimento delle formalità procedurali prescritte del soccorso istruttorio, con la contestazione quindi delle anomalie riscontrate al fine di permettere, in contraddittorio con il concorrente interessato, l'eventuale integrazione e regolarizzazione della campionatura presentata;

Ritenuto pertanto che le esaminate censure sono fondate ed assorbenti rispetto alle ulteriori doglianze dedotte;

Ravvisato che le spese di giudizio ed il rimborso del contributo unificato vanno poste a carico della parte soccombente;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto annulla la determina n. 35 del 8/3/2019 ed il verbale di gara n. 4 del 7/3/2019, nonché gli atti conseguenziali.

Condanna la S.M.A. Sistemi per la Meteorologia e l'Ambiente Campania S.p.A. al pagamento, in favore della ST Protect S.p.A., delle spese di lite liquidate nella misura di euro 1.500,00 (millecinquecento) oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente, Estensore

Vincenzo Cernese, Consigliere

Gianmario Palliggiano, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Fabio Donadono

IL SEGRETARIO