

N. 00004/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 01553/2011 REG.RIC.



**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 per il Veneto**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1553 del 2011, proposto da:  
Ne-T Telerete Nordest S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Marco Bertazzolo, Elisa Toffano, con domicilio eletto presso Margherita Bonifacio in Venezia, S. Croce 312/A - Fondamenta Rizzi;

***contro***

Etra S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Pierfrancesco Zen, con domicilio eletto presso Alessandro Veronese in Venezia-Marghera, via delle Industrie, 19/C P. Libra;

***nei confronti di***

Telekottage Plus S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Primo Michielan, Andrea Michielan, Matteo Azzolin, con domicilio eletto presso Primo Michielan in Mogliano Veneto, via Matteotti, 20/1;

***per l'annullamento***

della nota n.31686 del 30.06.2011, con cui il Responsabile del Servizio Appalti e Contratti di Etra s.p.a. - Energia Territorio e Risorse Ambientali ha comunicato a NE-T Telerete Nordest s.r.l. che l'appalto avente ad oggetto il "servizio di Contact- Center a supporto della gestione clienti di Etra SpA" è stato aggiudicato in via definitiva a Telekottage Plus s.r.l., mentre la ricorrente era risultata seconda nella relativa graduatoria; della determinazione n. 100 del 23.06.2011; del verbale dello 07.06.2011; del verbale del 21.06.2011; nonché di ogni altro atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Etra S.p.A. e di Telekottage Plus S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2011 la dott.ssa Alessandra Farina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Esponde la ricorrente di aver partecipato alla procedura avviata dalla società ETRA – Energia Territorio e Risorse Ambientali per l'affidamento dell'appalto del servizio di Conctat Center in modalità cosourcing con Etra, avente durata annuale e rinnovabile per un

ulteriore annualità, per un valore globale di € 550.800,00.

Il servizio, sebbene rientrante fra quelli di cui all'Allegato II B del D.lgs. 163/06, sarebbe stato affidato, secondo quanto espressamente stabilito dalla lex specialis, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi degli artt. 81 ed 83 del Codice degli Appalti.

Oltre alla ricorrente NE.T Telenordest s.r.l., rispondeva all'invito inoltrato dalla stazione appaltante solo la società Telekottage Plus s.r.l.

Dopo un primo arresto dei lavori dovuto alla necessità di accertare l'ammissibilità dell'offerta presentata dalla ricorrente, con particolare riguardo all'osservanza delle prescrizioni contenute nel capitolato speciale relativamente al CCNL da applicare ai lavoratori impiegati nella gestione del servizio da affidare, la ricorrente veniva comunque ammessa alla gara e dal confronto dell'offerta da questa presentata con quella dell'unica altra concorrente, la commissione, attribuiti i punteggi così come previsto dalla lex specialis, individuava la società Telecottage quale miglior offerente, aggiudicandole la gara.

Con il ricorso in oggetto la società istante ha quindi impugnato gli atti di aggiudicazione definitiva e provvisoria, con tutti gli atti presupposti ed in modo particolare i verbali di gara, nonché, in via subordinata, le stesse prescrizioni contenute nella lex specialis relativamente ai criteri di valutazione delle offerte tecniche.

La difesa istante ha così denunciato la violazione degli artt. 97 Cost.,

2 e 27 del D.lgs. 163/06, in ragione della violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione, nonché l'eccesso di potere per manifesta ingiustizia, con specifico riguardo alle valutazioni espresse dalla commissione giudicatrice circa alcuni contenuti delle offerte tecniche presentate dalle due concorrenti in gara, evidenziandone il contenuto arbitrario.

Per quanto riguarda le censure dedotte in via subordinata avverso la *lex specialis*, parte ricorrente ha altresì denunciato la violazione degli artt.83 del D.lgs. 163/06, 91 del D.P.R. 554/99 e 97 Cost., nonché la violazione dei principi di imparzialità, il difetto di motivazione, carenza di istruttoria, con riguardo puntuale ad alcuni dei criteri di valutazione stabiliti dalla *lex specialis*, in particolare i criteri relativi ai contenuti tecnici delle offerte indicati con le lettere A1, A3, B, C, D ed E, in quanto formulati in modo tale da non consentire una valutazione obiettiva da parte della commissione giudicatrice e quindi suscettibili di determinare la già denunciata arbitrarietà dei giudizi espressi.

L'amministrazione intimata si è costituita in giudizio, controdeducendo alle censure contenute in ricorso, ribadendo la legittimità delle operazioni svolte dalla commissione ed in modo particolare dei giudizi da questa espressi circa le offerte tecniche, sulla base dei criteri legittimamente stabiliti dalla *lex specialis*.

Si è altresì costituita in giudizio la controinteressata Telekottage Plus, la cui difesa, dopo aver puntualmente controdedotto in ordine alle

doglianze esposte in ricorso, ha proposto a sua volta ricorso incidentale, denunciando l'illegittima ammissione alla gara della ricorrente in quanto carente dei requisiti essenziali prescritti dalla *lex specialis*.

La ricorrente incidentale ha infatti rilevato che, in base alla previsione di cui all'art. 11 del capitolato speciale, l'appaltatore era obbligato ad applicare al personale utilizzato nella gestione del servizio tutte le disposizioni normative e retributive contenute nel contratto collettivo nazionale di lavoro dei dipendenti del settore terziario, della distribuzione e dei servizi, nonché negli accordi locali integrativi degli stessi.

Dato atto che la società NE-T ha dichiarato in sede di domanda di partecipazione di applicare per il proprio personale il diverso CCNL dei Metalmeccanici Grande Industria, illegittimamente la commissione non ha provveduto a disporre l'esclusione della società dalla gara.

Viene quindi espressamente censurato il comportamento tenuto dalla commissione e dalla stazione appaltante che, in palese violazione delle prescrizioni contenute nella *lex specialis* e nel capitolato, dopo aver inizialmente ritenuto di procedere all'esclusione della ricorrente principale, ha successivamente optato per un'interpretazione più favorevole e quindi ha consentito, sulla base del parere legale acquisito in proposito, la sua ammissione alla gara.

Udite le precisazioni dei rispettivi procuratori, all'udienza del 1

dicembre 2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

#### DIRITTO

Visti i motivi di ricorso, così come dedotti dalla difesa istante, con i quali è stata denunciata sotto diversi profili la legittimità dell'aggiudicazione della gara a favore della controinteressata in applicazione dei criteri stabiliti dalla lex specialis, criteri peraltro anch'essi contestati in via subordinata, il Collegio, preso atto altresì delle doglianze sollevate dalla controinteressata in sede di ricorso incidentale, volte a contestare la legittimità dell'ammissione alla procedura della società ricorrente e quindi la legittimazione alla proposizione del presente ricorso, il Collegio ritiene di dover procedere all'esame delle censure dedotte prendendo avvio da quelle contenute nel ricorso incidentale.

Orbene, valutati i motivi posti a fondamento del ricorso incidentale, il Collegio ritiene che le censure ivi esposte siano fondate e che pertanto la ricorrente doveva essere esclusa dalla gara, in corretta e doverosa applicazione delle disposizioni contemplate nel CSA.

Come è agevole rilevare dalla lettura delle prescrizioni contenute nel CSA, il personale che sarebbe stato impiegato dalla ditta affidataria doveva essere regolarmente assunto con contratto di lavoro subordinato, secondo il CCNL settore TLC/SERVIZI (pag. 10 CSA).

Detta prescrizione trova ulteriore conferma all'art. 11 del CSA, ove è ribadito l'obbligo per il prestatore del servizio di applicare

“integralmente” al personale impiegato tutte le disposizioni normative e retributive contenute nel Contratto Collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti da Aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi, precisando altresì come detto obbligo gravasse anche nell'ipotesi in cui l'appaltatore non risultasse aderente alle associazioni stipulanti o in caso di recessione da tali associazioni.

Risulta quindi evidente che le prescrizioni del CSA imponevano all'eventuale affidatario l'applicazione per il personale impiegato del CCNL del Settore Telecomunicazioni – TLC/Servizi, prescrizione da osservare da parte dei concorrenti a pena di esclusione, così come confermato dalla stessa S.A con la comunicazione del 29.4.2011 in risposta alla nota di chiarimenti avanzata dalla stessa ricorrente proprio su tale punto, nota nella quale è stato chiaramente ribadito il carattere vincolante della prescrizione, a pena di esclusione dalla gara.

Le censure dedotte con il ricorso incidentale, sia per quanto riguarda la violazione delle inequivoche prescrizioni della *lex specialis* che della stessa *par condicio* dei concorrenti, con gli oggettivi riflessi sulla stessa comparabilità delle offerte in punto costo del lavoro, appaiono quindi evidenti.

La riferibilità delle condizioni di trattamento normativo ed economico dei lavoratori impiegati dalla ditta che avrebbe gestito il servizio al CCNL sopra richiamato è stato infatti individuato dal capitolato speciale in termini essenziali e non derogabili, non essendo infatti stata data alcuna indicazione generica, bensì palesemente

puntuale circa il CCNL da applicare per il servizio de quo : tale specifica indicazione è quindi evidente espressione della volontà dell'amministrazione di poter confrontare sullo stesso piano il valore del costo del lavoro sopportato dalle ditte aspiranti all'affidamento del servizio, confronto assicurato proprio dalla omogeneità del riferimento contrattuale.

Al riguardo va pertanto rilevata l'illegittimità del comportamento della Commissione di gara, successivamente avallato dalla stessa ETRA, che - superando una prima corretta interpretazione della disciplina di gara, per effetto della quale aveva rilevato la difformità dell'offerta di NE-T rispetto alle richieste del CSA - ha successivamente mutato orientamento, consentendo la partecipazione della ricorrente sulla base di un'interpretazione della *lex specialis* palesemente contraria al suo chiaro ed inequivocabile contenuto.

Detta difforme interpretazione non può peraltro giustificarsi, come sostenuto dall'amministrazione resistente, in applicazione dell'invocato principio del *favor participationis*, essendo al contempo necessario rispettare l'altrettanto importante principio della *par condicio* dei partecipanti alla gara ed in termini più generali quello del rispetto delle prescrizioni contenute nella *lex specialis*.

L'osservanza delle prescrizioni che la stessa stazione appaltante ha ritenuto di stabilire per il corretto svolgimento della procedura di selezione è invero dovuta in primo luogo dalla commissione di gara,



che certamente non può seguire un'interpretazione difforme, anche se più favorevole, delle disposizioni della *lex specialis*, ed in secondo luogo, a maggior ragione, dalla stessa amministrazione procedente, che non può disattendere le chiare prescrizioni che essa stessa ha provveduto a dettare al fine dell'individuazione della ditta miglior offerente.

Ne deriva che la ricorrente NE-T non poteva essere ammessa alla partecipazione, in quanto – come pacificamente dichiarato in sede di gara – non avrebbe applicato al proprio personale il CCNL richiesto dal CSA, bensì quello diverso del Settore Metalmeccanici Grande Industria, profilo per il quale già la stessa stazione appaltante aveva inizialmente escluso l'ammissibilità dell'offerta, rilevando come imprescindibile (a pena di esclusione) l'osservanza dell'altro Contratto Collettivo, così come richiesto espressamente.

A nulla quindi valgono le argomentazioni circa la riconducibilità dei trattamenti previsti nel contratto collettivo che la ricorrente intendeva applicare al proprio personale, a quelle propri del CCNL richiesto dal CSA, in quanto nessuna equipollenza era stata indicata, né la prescrizione era stata formulata in termini generici e quindi suscettibile di essere interpretata estensivamente (come suggerito nella sostanza nel parere legale reso all'amministrazione), diversamente risultando palesemente lesiva della par condicio un'interpretazione della prescrizione che, ignorandone il chiaro contenuto, ha dato luogo all'ammissione alla gara di una concorrente

che aveva dichiarato di non applicare la disciplina contrattuale richiesta.

Per tali motivi quindi il ricorso incidentale è meritevole di accoglimento, in considerazione dell'accertata illegittima ammissione alla gara della ricorrente principale, che di conseguenza, proprio in quanto da escludere, non possiede, per le ragioni sopra esposte, la legittimazione e l'interesse a censurare la procedura di gara.

Per le considerazioni sin qui espresse, tenuto conto - per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale e della conseguente inammissibilità di quello principale - della conferma dell'aggiudicazione disposta a favore di Telekottage Plus, la richiesta risarcitoria da questa formulata può ritenersi soddisfatta proprio in considerazione del mantenimento del bene della vita cui la stessa aspira, ossia l'aggiudicazione del servizio.

Per quanto riguarda le spese di giudizio, appare in ogni caso equo disporre l'integrale compensazione fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e di conseguenza dichiara inammissibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Riccardo Savoia, Consigliere

Alessandra Farina, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2012

IL SEGRETARIO

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