

N. 02816/2013 REG.PROV.COLL.  
N. 10511/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 10511 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

GEPIN CONTACT S.P.A in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Prof. Pietrangelo Jaricci e dall'Avv. Francesco Bresmes ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Via Boezio, n. 92;

*contro*

la Fondazione ENASARCO – Ente Nazionale di Assistenza Agenti Rappresentanti di Commercio in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avvocati Antonio Lirosi e Cinzia Guglielmello ed elettivamente domiciliata presso lo studio legale degli stessi (Gianni, Origoni, Cappelli & Partners) in Roma, Via delle Quattro Fontane, n. 20;

*nei confronti di*

la NTT DATA ITALIA s.pa. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Pier Paolo Fiorini, Juana Occhipinti ed

elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Piazzale Belle Arti, n. 3;

la ALMAVIVA CONTACT s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., n.c.g.;

*per l'annullamento*

dell'aggiudicazione definitiva in favore della NTT DATA ITALIA s.p.a. della gara a procedura aperta ai sensi del d.lgs. 163/2006 per l'affidamento dei servizi di gestione dell'IP Contact Center della Fondazione Enasarco per un periodo di trentasei mesi, comunicata da Enasarco con nota del 22 ottobre 2012, nonché di ogni atto connesso, presupposto e consequenziale; Visti il ricorso, i motivi aggiunti depositati il 15 febbraio 2013 ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Enasarco e di Soc Ntt Data Italia Spa;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2013 il dott. Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato alle parti in epigrafe indicate in data 27 novembre 2012 e depositato il successivo 7 dicembre 2012, la ricorrente espone che l'Enasarco, con atto del 9 febbraio 2012, disponeva l'espletamento di una gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di gestione dell'IP Contact Center per un periodo di 36 mesi. La procedura aveva luogo, ma la ricorrente si collocava al secondo posto con punti 84,38, dietro la controinteressata che risultava aggiudicataria con punti 85,80, come

comunicato con nota del 22 ottobre 2012.

Avverso l'aggiudicazione la ricorrente formula la censura di violazione della normativa in materia di appalti; violazione e falsa applicazione del bando di gara per la fornitura dei servizi di gestione dell'IP Contact Center e del relativo Capitolato speciale; eccesso di potere per travisamento; motivazione incongrua; difetto dei presupposti; manifesta ingiustizia, sviamento.

Conclude chiedendo la sospensione del provvedimento impugnato e l'accoglimento del ricorso.

La Fondazione Enasarco si è costituita in giudizio contestando le censure proposte e rassegnando conclusioni opposte a quelle della ricorrente, come pure ha effettuato la controinteressata NTI.

Alla Camera di Consiglio del 10 gennaio 2013 la ricorrente ha chiesto termine per proporre motivi aggiunti.

Con motivi aggiunti del 15 febbraio 2013 la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione in favore della controinteressata comunicatale con nota ENASARCO 22 ottobre 2012, essendone venuta a conoscenza con il richiesto accesso ed avverso la quale deduce ulteriormente la reiterata violazione dell'art. 79 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la violazione della legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i. in tema di accesso agli atti, la violazione dell'art. 48 comma 3 del d.lgs. n. 163/2006 e l'eccesso di potere per contraddittorietà, violazione del giusto procedimento, manifesta ingiustizia e sviamento.

Previo scambio di ulteriori memorie tra le parti il ricorso è pervenuto alla Camera di Consiglio del 21 febbraio 2013, alla quale è stato trattenuto per la decisione in forma semplificata, avvertitene all'uopo le parti.

## DIRITTO

1. In via preliminare va esaminata l'eccezione di tardività del ricorso proposta dalla controinteressata, la quale sostiene che la stessa ricorrente

avrebbe dichiarato in ricorso di avere ricevuto la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva in data 22 ottobre 2012, di tal che il ricorso notificato in data 27 novembre 2012 è tardivo ai sensi dell'art. 120, comma V del codice del processo amministrativo.

L'eccezione va respinta in quanto l'interessata società ha dichiarato in ricorso testualmente che "Con nota Enasarco del 22 ottobre 2012 veniva comunicato alla Società odierna ricorrente l'aggiudicazione definitiva del servizio..." (pag. 3 del ricorso) dichiarazione questa ben diversa da quella sulla ricezione della comunicazione, come asserito dalla aggiudicataria.

Come noto, anche nei ricorsi in tema di appalti pubblici, la parte che eccepisce la tardività del ricorso deve comunque dimostrare che l'altra abbia avuto aliunde la piena conoscenza del provvedimento di aggiudicazione da data anteriore a quella della notificazione dello stesso.

E come pure sostenuto dalla giurisprudenza in materia la comunicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo, in tema di decorrenza dei termini di impugnazione dalla data di notificazione, di comunicazione comunque di piena conoscenza dell'atto; sicché l'art. 79 lascia in vita la possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita con altre forme, ovviamente con onere della prova a carico di chi eccepisce l'avvenuta piena conoscenza con forme diverse da quelle di cui all'art. 79 medesimo. (TAR Puglia, sezione I, 6 dicembre 2012, n. 2061).

Ai fini di tale dimostrazione, con memoria del 19 febbraio 2013 in cui ha insistito anch'essa per una pronuncia di irricevibilità del ricorso, la resistente Fondazione ha prodotto la cartolina di ritorno relativa alla comunicazione di avvenuta aggiudicazione che risulta ricevuta dalla ricorrente in data 25 ottobre 2012, sicché il gravame notificato il lunedì 26 novembre 2012, giorno di consegna dello stesso all'ufficiale giudiziario, appare pienamente tempestivo, avuto riguardo all'art. 52, commi 3 e 5 del

c. proc. amm., stanti i quali il termine che cade di sabato (ed esso cadeva appunto di sabato 24 novembre 2012) è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo.

Sul legame, poi, tra il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva da parte dei concorrenti non aggiudicatari e la ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 e non la mera comunicazione senza gli atti allegati si veda pure Consiglio di Stato, A.P., 31 dicembre 2012, n. 31.

2. Il ricorso è comunque infondato e va pertanto respinto.

Con esso la ricorrente osserva che, per quanto è dato rilevare dalla documentazione prodotta, la società aggiudicataria non svolge e non ha mai svolto servizi di gestione di Contact Center, nonostante la tardiva dichiarazione della Det Norske Veritas Italia, inserita in data 30 ottobre 2012 negli atti di gara successivamente alla aggiudicazione definitiva intervenuta il 22 ottobre 2012, certifichi la capacità della controinteressata di effettuare progettazione ed erogazione di servizi di contact center. Anche l'atto contenente la referenza Telecom sulla assegnataria non risulta firmato e timbrato.

Con motivi aggiunti, proposti a seguito di istanza di accesso, la ricorrente osserva che non risulterebbe dagli atti depositati dalla Fondazione che, secondo quanto espressamente prescrive l'art. 48, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006 per la verifica a campione dei requisiti, il detto possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa sia stata inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria.

Insiste sulla circostanza che la Commissione di gara abbia ritenuto le referenze tecniche e temporali della NTT non simili all'oggetto della gara e che nonostante ciò la stessa sia risultata vincitrice.

Conclude i motivi aggiunti con una ampia contestazione della eccezione di

irricevibilità, per come sopra pure condivisa.

3. Le censure non possono essere accolte per come pure confutato dalla Fondazione resistente.

Oggetto della gara è il servizio di gestione dei contatti con l'utenza attraverso un IP Center, moderna evoluzione del Call Center.

Il Capitolato all'art. 2 identifica e circoscrive l'oggetto dell'appalto nella gestione del front – end dell'IP Center comprendente la fornitura:

a) del servizio all'inbound dell'utenza ossia la risposta ai contatti inbound pervenuti tramite i canali previsti ed attinenti tutte le tematiche relative all'attività dell'Enasarco, da erogare tramite una struttura di front – office di primo livello. Il servizio in particolare comprende:

- risposta da parte di operatori specializzati alle chiamate telefoniche, e-mail, fax,...

- registrazione di tutte le informazioni relative al contatto e al quesito attraverso l'uso di un apposito software messo a disposizione dall'Enasarco,

- trasferimento al back – office di secondo livello – da gestirsi direttamente dall'Enasarco tramite proprio personale – di chiamate telefoniche, mail, fax, voice mail, voice – over – web relative a quesiti non direttamente risolvibili;

b) servizio di outbound all'utenza comprendente i servizi di chiamata agli utenti per il completamento dell'iter delle pratiche e di realizzazione delle campagne per la verifica dei livelli customer satisfaction e delle campagne informative su scadenze e adempimenti.

Il tutto secondo le modalità stabilite dal Capitolato e risultanti dall'offerta tecnica per la quale il Disciplinare all'art. 5 prevedeva l'attribuzione di 70 punti su 100, fermo restando che sarebbero state escluse dalla gara le offerte che non avessero raggiunto un punteggio minimo pari a 35 punti.

In particolare i criteri di valutazione dell'offerta tecnica come dettagliati dall'art. 5 del Disciplinare consistevano in:

A – Rispondenza e qualità della soluzione proposta e delle modalità di erogazione alle esigenze della Fondazione: max punti 40;

B – Organizzazione dell'Azienda: max punti 25

C – Qualità e complessità di progetti similari realizzati dall'Azienda: max punti 5.

Ancora il punto 3.4. del Disciplinare prevedeva quale condizione di partecipazione alla gara il possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnica:

a) avere realizzato negli ultimi tre esercizi antecedenti l'anno di pubblicazione del bando, un fatturato specifico nel settore di attività oggetto della gara pari ad almeno Euro novemilioni nel triennio intendendo per fatturato specifico “quello generato da una attività di realizzazione e/o gestione e/o progettazione di IP Contact Center (settore di attività oggetto della gara)...”.

b) Idonea certificazione in corso di validità attestante la conformità del proprio sistema di qualità rispetto alla norma UNI EN ISO 9001:2008 specificatamente per la progettazione e l'erogazione dei servizi di contact center.

Rappresenta la Fondazione che partecipavano alla gara 11 ditte tra cui la NTT e la Gepin.

La prima, non disponendo interamente del requisito della capacità economico – finanziaria di avere realizzato nell'ultimo triennio Euro novemilioni, poiché il fatturato specifico realizzato dalla stessa nel triennio era pari a E. 6.825.494,84 si è avvalsa ai sensi degli articoli 49 e seguenti del d.lgs. n. 163/2006 dell'impresa Silicondev a.r.l. e del fatturato da questa realizzato nel triennio 2009-2010-2011 nel settore oggetto della gara.

Ai fini della dimostrazione della conformità del proprio sistema di qualità alla norma UNI EN ISO 9001:2008 la NTT ha depositato il certificato n. CERT 12824-2001-AQ-MIL-SINCERT rilasciato da DNV (Det Norske

Veritas Italia) con validità al 30 luglio 2012 per l'erogazione di una serie di servizi dalla consulenza direzionale in Information Communication Technology (ICT) alla progettazione, erogazione, commercializzazione installazione di soluzioni ICT e correlati servizi di manutenzione, assistenza e formazione.

Ancorché non venga in alcun modo coinvolto il possesso del requisito economico – finanziario da parte della ricorrente, ugualmente si contesta la censura accennata nei motivi aggiunti, nei quali peraltro l'interessata si preoccupa prevalentemente di contestare la eccezione di tardività. Con la doglianza la Gepin lamenta che, dopo l'aggiudicazione ed ai sensi dell'art. 48, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006, non sarebbe stata richiesta dalla Fondazione Enasarco la documentazione relativa ai requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico-organizzativa all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria entro il termine di dieci giorni previsto dalla norma.

La censura appare inconsistente dal momento che per come è dato evincere dagli stessi verbali prodotti dalla ricorrente, in data 26 giugno 2012, ai fini della verifica di cui al ridetto art. 48, comma 1 la Commissione ha sorteggiato la società NTT e la Contact Centre Sud che avrebbero dovuto produrre la documentazione da esso prevista entro il termine di dieci giorni (6 luglio p.v. ore 13,00). Dal successivo verbale dell'11 luglio 2012 risulta che la verifica effettuata ad opera del RUP con nota del 9 luglio 2012 aveva avuto esito positivo.

La circostanza poi che detta documentazione non sarebbe stata richiesta anche dopo l'aggiudicazione è smentita dal tenore letterale dell'articolo 48, comma 2 che la prevede soltanto per i concorrenti che non sono stati sorteggiati, laddove la NTT è stata appunto sorteggiata ai fini della verifica prevista dal primo comma dell'art. 48. E comunque per la parte che concerne il secondo classificato e cioè la ricorrente stessa, come

correttamente ritenuto dalla Fondazione, la doglianza presenta pure un profilo di inammissibilità dato che l'interessata ha avuto contezza dei verbali sin dal ricorso principale ed avrebbe pertanto dovuto proporla in quella sede e non tardivamente con i motivi aggiunti.

Ciò premesso la censura proposta con il ricorso principale e con la quale l'interessata Gepin sostiene che l'aggiudicataria avrebbe prodotto la certificazione di qualità non congruente con i servizi richiesti e per di più con una nota esplicativa successiva alla partecipazione alla gara, la Fondazione ha contestato tale ricostruzione chiarendo che la NTT ha inserito nella busta amministrativa – e quindi sin dal momento di partecipazione alla gara - unitamente al Certificato n. CERT 12824 – 2001 – AQ-MIL-SINCERT, avente scadenza 30 luglio 2012 rilasciato da DNV – Det Norske Veritas Italia una dichiarazione di validità del certificato di cui sopra datata 20 aprile 2012 con la quale la DNV ha dichiarato che “il sistema di qualità dell'azienda ...è conforme alla norma UNI EN ISO 9001-2008 specificamente per la progettazione e l'erogazione di servizi di Contact Center”. La Fondazione specifica pure che la dichiarazione di DNV esibita dalla ricorrente e datata 30 ottobre 2012, effettivamente successiva alla aggiudicazione, è stata prodotta dalla controinteressata proprio a conferma della dichiarazione – identica – prodotta in sede di partecipazione alla gara ed a conferma della permanenza del possesso del requisito.

Per il contenuto della certificazione di qualità nella quale effettivamente come dedotto in ricorso non compare mai l'espressione Contact Center si può fare ampio riferimento alla contestazione effettuata dalla controinteressata nella memoria di risposta ai motivi aggiunti e dalla quale si ricava che la lex specialis usa la terminologia propria del Dizionario comune delle Forniture e nel quale la voce ICT – Information and Communication Technology – richiamata dal certificato - comprende

l'ampia serie dei servizi informatici di cui le amministrazioni potrebbero necessitare, tra i quali rientrano i Call Center che il Dizionario traduce con servizi di assistenza all'utenza. Al riguardo la controinteressata osserva che peraltro la censura risulta pure sprovvista di adeguata prova di resistenza, in quanto proprio la ricorrente per il criterio a) – Rispondenza e qualità della soluzione proposta e delle modalità di erogazione alle esigenze della Fondazione ha conseguito punti 31,18, laddove per lo stesso criterio ella ha meritato punti 39,32; e per il criterio di cui al punto b) – Organizzazione dell'azienda la ricorrente ha meritato punti 19,22 ed ella stessa ha meritato il miglior punteggio di 21,61. Ed anche la certificazione di qualità di cui è dotata la mandante di Gepin, la E-Care, attesta la capacità di svolgere servizi di CRM ossia di customer relationship management, essendo la sua attività prevalentemente rivolta alla vendita al dettaglio ed all'ingrosso, che poco ha a che vedere con l'attività di Enasarco che opera nel campo delle prestazioni previdenziali.

3. Per le superiori considerazioni, il ricorso va pertanto rigettato in ogni sua parte.

4. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente società GEPIN CONTACT s.p.a. al pagamento di Euro 2.000,00 per spese di giudizio di cui Euro 1.000,00 a favore della Fondazione Enasarco ed Euro 1.000,00 a favore della NTT Data Italia s.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Evasio Speranza, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/03/2013

IL SEGRETARIO

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