

APPALTI: Contratti della P.A. - Bando e lettera di invito - Clausole immediatamente escludenti - Individuazione.

Tar Emilia Romagna - Bologna, Sez. II, 25 ottobre 2022, n. 838

“[...] vanno inquadrare tra le clausole “immediatamente escludenti”, e quindi da impugnare tempestivamente, anche quelle attinenti alla formulazione dell’offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta: si tratta delle prescrizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente [...]”.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Apt Servizi S.r.l. e di Carat Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2022 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 3/3/2021 APT Servizi ha indetto una procedura selettiva per l’affidamento triennale dei servizi di pianificazione, acquisto, gestione e monitoraggio di spazi e tempi su mezzi *offline* e *online*, mediante sottoscrizione di accordo quadro. Il metodo prescelto è stato quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa (30 punti per il prezzo e 70 per la componente qualitativa, articolata in Proposte di strategia e pianificazione *media*, *Case history*, Team di progetto).

A.1 La base d’asta era prevista in 15.000.000 €, quale *fee* d’agenzia pari al 10% del *budget* destinato all’acquisto di spazi e tempi e quale costo per realizzare le campagne *advertising* (cfr. pag. 7 e 8 disciplinare). Il costo della manodopera era indicato nella percentuale dell’1,5% del valore massimo stimato dell’appalto.

A.2 Al termine delle operazioni di gara, che ha visto la partecipazione di 5 operatori, Carat Italia si è piazzata al primo posto con 92,15 punti (62,15 per la qualità e 30 per il prezzo), mentre la ricorrente ha conseguito il secondo posto con 90,09 (62,55 e 27,54). Le prime 2 offerte sono state ritenute congrue all’esito della verifica di anomalia (cfr. verbale del 4/6/2021, doc. 4 ricorrente).

Dopo la verifica di congruità, conclusa favorevolmente, con determinazione 7/6/2021 n. 83 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata.

B. Lamenta l'esponente che l'accesso ai documenti è stato consentito in forma solo parziale, con oscuramento di dati.

C. Havas Media descrive le caratteristiche dell'acquisto di spazi pubblicitari, attività commerciale che si svolge in varie fasi e coinvolge 4 soggetti contrattuali, ossia editori, concessionarie, centri o agenzie *mediae* inserzionisti (cfr. delibera AGCOM 551/2012).

C.1 Gli inserzionisti di pubblicità cercano spazi presso l'editore del mezzo di comunicazione (maggiore è l'audience del mezzo e più elevato sarà il prezzo da pagare), mentre la vendita dei suddetti avviene mediante concessionarie di pubblicità (specializzate nella vendita: spesso l'editore procede a una esternalizzazione). Gli inserzionisti possono avvalersi del supporto di agenzie o centri *media*, intermediari specializzati nell'analisi del comparto, nella programmazione e pianificazione della campagna e negoziazione presso le concessionarie per conto dei clienti, con verifica dei risultati ottenuti.

C.2 Riferisce la ricorrente che i Centri *media* sono remunerati sia dall'inserzionista cliente (nel caso, APT) con corrispettivo fisso o variabile in base agli investimenti (cd. *fee*), sia dalla concessionaria di pubblicità con una *overcommission* (cd. diritto di negoziazione) concordata in base al fatturato oggetto di intermediazione.

C.3 Oltre alla definizione delle strategie di comunicazione con misurazione delle performance, l'Agenzia agisce per ridurre i costi di transazione (ricerca, contatto e contrattazione) in qualità di intermediario tra la domanda (degli inserzionisti) e l'offerta (delle concessionarie).

C.4 Il contratto può prevedere la retrocessione agli inserzionisti dei diritti di negoziazione, che maturano sull'amministrato del centro *media* per conto di tutti i suoi clienti (investimenti dei clienti dell'Agenzia). Ciò produrrebbe un effetto diretto sulla remunerazione del cliente verso il Centro *media*, con riduzione dei corrispettivi dovuti dall'inserzionista in funzione del mantenimento dell'*overcommission* in capo al Centro *media* (pag. 31, doc. 9). In buona sostanza, la *fee* sarà più alta ove il cliente richieda la retrocessione delle *overcommission*, e viceversa se il Centro potrà ottenere una maggiore remunerazione dalle concessionarie.

D. Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato a mezzo PAT, la Società ricorrente censura gli atti in epigrafe, deducendo in diritto i seguenti motivi:

I) Violazione degli artt. 30, 95, 97 commi 1, 4, 5 e 6 del D. Lgs. 50/2016, eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, per l'introduzione di elementi di ricavo estranei al contratto e

meramente potenziali, con conseguente incertezza sull'effettiva percezione e sulla misura dell'utile, e altresì inattendibilità complessiva dell'offerta.

II) Violazione degli artt. 30, 95, 97 commi 1, 4, 5 e 6 del D. Lgs. 50/2016, eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, per l'introduzione di elementi di ricavo estranei al contratto, errata applicazione del disciplinare (pag. 9 e art. 17), illogicità, in quanto i costi di acquisto degli spazi sono oggetto di rimborso e dunque l'unico criterio economico di selezione è la percentuale di ribasso sulla *feed*'agenzia a base di gara, senza ulteriori fonti di ricavo (come quelle derivanti da accordi commerciali).

III) In via subordinata, violazione degli artt. 30, 95, 97 commi 1, 4, 5 e 6 del D. Lgs. 50/2016, eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, illogicità e incompletezza della valutazione, in quanto l'eventuale ammissione di ricavi derivanti da accordi esterni dovrebbe implicare, per coerenza, la loro riqualificazione come corrispettivo nella commessa e una rideterminazione dell'offerta del concorrente (lo sconto sulla *fee* d'agenzia andrebbe sommato ai diritti di negoziazione percepiti).

IV) In via ulteriormente subordinata, violazione dell'art. 30 comma 1 del D. Lgs. 50/2016 e illegittimità del punto 17 del disciplinare, eccesso di potere per sproporzione e diseconomicità, dato che ammettendo la valutazione di ricavi da accordi esterni al contratto verrebbero lesi i principi di qualità delle prestazioni, economicità, efficacia, e miglior rapporto qualità prezzo.

V) Lesione degli artt. 30, 97 comma 1, 4, 5, 6 del D. Lgs. 50/2016, eccesso di potere, eccesso di riduzione dei costi della manodopera (sotto il profilo del monte ore indicato per l'esecuzione della commessa).

D.1 La ricorrente insiste sull'istanza ostensiva (diritto di accesso in corso di causa), in particolare per ottenere il documento datato 28/5/2021 (8M) e i punti n. 1 e n. 6 dei giustificativi recanti la data dell'11/5/2021 (8K).

E. La ricorrente chiede il risarcimento dei danni provocati dagli atti impugnati, dichiarandosi disponibile al subentro.

F. Si sono costituite in giudizio APT la controinteressata, sollevando eccezioni in rito e chiedendo la reiezione del gravame nel merito.

G. Con ordinanza n. 381 emessa in data 7/9/2021, questa Sezione ha rigettato la domanda cautelare. Ha accolto tuttavia l'istanza ostensiva ordinando l'esibizione integrale dell'offerta tecnica della controinteressata.

H. Con primi motivi aggiunti depositati il 12/10/2021 parte ricorrente, presa cognizione dell'offerta integrale (compresa la copia dei *curriculum vitae* dei professionisti del team di progetto) deduce nuove ragioni a sostegno della domanda giudiziale ossia:

VI) Violazione degli artt. 30, 97 commi 1, 4, 5 e 6 del D. Lgs. 50/2016, eccesso di potere per difetto di istruttoria, inosservanza di pag. 17 del capitolato sul *team* di lavoro, contrasto tra dichiarazioni, omesso accertamento del conflitto di interessi.

VII) Violazione degli artt. 30, 97 commi 1, 4, 5 e 6 del D. Lgs. 50/2016, eccesso di potere per difetto di istruttoria, indicazione dell'impiego di lavoratori non dipendenti dalla Società, assenza di verifica sulla legittimità dell'impiego e sulla disponibilità effettiva.

I. Con secondi motivi aggiunti depositati il 30/11/2021 parte ricorrente presa cognizione dei documenti depositati l'11/11/2021 (n. 17 e 18 di Carat) deduce nuova censura a sostegno della domanda giudiziale ossia:

VIII) Violazione dell'art. 80 comma 5 lett. f-bis) del D. Lgs. 50/2016 per avvenuta presentazione di dichiarazioni non veritiere nella procedura di gara, in quanto le dott.sse Di Donato, Nunnari, Rebuzzini e Tanzi hanno dichiarato di aver seguito progetti in MSC Crociere dal 2019 negli ultimi anni, mentre non sarebbe più cliente del gruppo Dentsu dal 2016.

IX) In via subordinata, eccesso di potere per istruttoria insufficiente, in quanto per effetto della documentazione prodotta muta la consistenza dell'esperienza specifica nel settore turismo posseduta dai componenti del *Team* di progetto (15 punti su 70 erano destinati alle competenze del team professionale), e il venir meno dei CV riguardanti MSC Crociere determina un *deficit* di esperienze.

L. All'udienza del 19 ottobre 2022 il gravame introduttivo e i motivi aggiunti sono stati chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

Con l'introdotta ricorso, integrato da motivi aggiunti, l'esponente censura l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata della gara avente per oggetto l'affidamento dei servizi di pianificazione, acquisto, gestione e monitoraggio di spazi e tempi su mezzi offline e online mediante sottoscrizione di accordo quadro.

LE ECCEZIONI IN RITO

0. Le parti resistenti sostengono che APT ha aggiudicato l'appalto con determinazione 7/6/2021 n. 83, dando immediata notizia ai concorrenti a mezzo PEC, mentre l'istanza di accesso è stata proposta il 21/6/2021 ed evasa celermente il 7/7/2021: il gravame è stato notificato il 4/8/2021, a distanza di quasi 2 mesi dalla comunicazione dell'aggiudicazione. Ne deriverebbe l'irricevibilità del

gravame per tardività, alla luce delle statuizioni dell'Adunanza plenaria n. 12/2020 che ammette una dilazione temporale di 15 giorni e riconosce in capo al concorrente l'onere di formulare tempestivamente l'istanza ostensiva e di notificare l'atto introduttivo del giudizio entro 45 giorni dalla conoscenza dell'atto di aggiudicazione (termine ultimo 22/7/2021).

L'eccezione è infondata.

0.1 Questa Sezione (cfr. sentenza 29/7/2021 n. 747, che non risulta appellata) ha già affermato che *“Nel richiamare le riflessioni dell'Adunanza plenaria n. 12/2020, il Consiglio di Stato (cfr. sez. V – 16/4/2021 n. 3127) ha recentemente sostenuto che <<Si ricava infatti dall'articolato ragionamento svolto sul punto dall'Adunanza plenaria (e, segnatamente, al 31 secondo periodo, in cui si legge che: “Ritiene l'Adunanza plenaria che “il principio della piena conoscenza o conoscibilità” si applichi anche in tal caso, rilevando il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicataria, ai sensi dell'art. 76, 2 comma, del “secondo codice”) che la dilazione temporale della quale il concorrente può giovare per proporre ricorso, qualora abbia proposto istanza di accesso, è fissata in quindici giorni, in applicazione della regola posta dall'art. 76, comma 2 del codice dei contratti pubblici, e dipende dal tempo che la stazione impiega a consentire l'accesso solamente nel caso in cui l'amministrazione rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara, poiché, in tal caso, il termine per l'impugnazione comincia a decorrere solo da quando l'interessato abbia conosciuto gli atti. Ne segue che, una volta avuta conoscenza del provvedimento di aggiudicazione, in una delle diverse modalità possibili – ed anche attraverso le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara (non solo per aver avuto comunicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, del codice) – il concorrente pregiudicato è tenuto nel termine di quarantacinque giorni a presentare istanza di accesso ai documenti e a proporre impugnazione, salvo l'ipotesi eccezionale di comportamento ostruzionistico tenuto dall'amministrazione. È chiaro, poi, che più tempestiva è l'istanza di accesso che il concorrente presenti una volta avuta conoscenza dell'aggiudicazione, maggiore sarà il tempo a sua disposizione per il ricorso giurisdizionale; quel che non può consentirsi è che il concorrente possa, rinviando nel tempo l'istanza di accesso agli atti di gara, posticipare a suo gradimento il termine ultimo per l'impugnazione dell'aggiudicazione>>”*. Come ha osservato T.A.R. Lazio Roma, sez. III-quater – 15/12/2020 n. 13550, *“La “dilazione temporale”, come è evidente, si traduce in una sorta di proroga iussu iudicis in base al quale il termine decadenziale breve (di trenta giorni) “slitta in avanti” (rectius: dev'essere prorogato; va incrementato) di un numero di giorni pari a quelli che si sono resi necessari per acquisire la piena conoscenza degli atti (mediante accesso per l'appunto*

semplificato). E tanto proprio sulla base di quanto a suo tempo auspicato dalla stessa Corte di Giustizia UE con sentenza della Sezione V, 12 marzo 2015, n. 538. Peraltro secondo la stessa giurisprudenza la dilazione temporale può ora ragionevolmente essere fissata nei quindici giorni previsti dal comma 2 dell'art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (nuovo Codice dei contratti), In questo senso si veda: Cons. Stato, ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12; Cons. Stato, Sez. III, 21 novembre 2019, n. 7935; Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251, Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725". Ha aggiunto la pronuncia del giudice di prime cure che "... ai fini del computo del termine a disposizione per ricorrere avverso gli atti oggetto di ostensione documentale va peraltro tenuto conto sia dei ritardi della PA, sia del comportamento eventualmente inerte del privato. Più in particolare:

a) se la stazione appaltante rifiuta l'accesso oppure lo differisce, il potere di impugnare "non si consuma" ed il termine di impugnazione, in altre parole, non comincia a decorrere (cfr., da ultimo: Cons. Stato, Sez. V, 4 dicembre 2019, n. 8294; Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540). Tale principio è stato peraltro ribadito dalla Adunanza plenaria con la richiamata decisione n. 12 del 2 luglio 2012;

b) si presuppone comunque la "normale diligenza" dell'interessato. Questi deve infatti avere esperito tutte le azioni necessarie onde reperire ogni indispensabile informazione. Ci si deve trovare, in altre parole, dinanzi ad "un'offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente". Di conseguenza, ogni eventuale giorno di ritardo del concorrente non aggiudicatario che intenda accedere agli atti deve essere computato, a suo carico, sul termine complessivamente utile per proporre gravame (si veda, in tal senso: T.A.R. Palermo, Sez. II, 16 ottobre 2019, n. 2404).

In altre parole, al termine ordinario di 30 giorni occorrerà se del caso sottrarre i giorni che ha impiegato la PA per consentire l'accesso agli atti (termine non a carico del privato) e allo stesso tempo aggiungere i giorni "a carico" del ricorrente, pari ossia al tempo impiegato tra la comunicazione di aggiudicazione e la domanda di accesso".

0.2 Tuttavia è stato di seguito sottolineato "... la tesi della c.d. "sottrazione dei giorni" sostenuta dalle appellanti non sembra essere un portato necessario dei principî affermati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza n. 12 del 2 luglio 2020 e non pare del tutto compatibile con il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale riconosciuto dal diritto nazionale (art. 24 Cost.) ed europeo in materia di ricorsi relativi agli appalti pubblici. ... Sostenere infatti che dal complessivo termine di 30 giorni + 15 giorni, individuato dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 12 del 2 luglio 2020 per la c.d. dilazione temporale in ipotesi di accesso, debbano

essere sottratti i sei giorni che l'impresa concorrente ha impiegato per chiedere l'accesso agli atti significa porre a carico del concorrente l'onere di proporre l'accesso non solo tempestivamente, come certo l'ordinaria diligenza, prima ancora che l'art. 120, comma 5, c.p.a. gli impone di fare, ma addirittura immediatamente, senza lasciargli nemmeno un minimo ragionevole spatium deliberandi per valutare la necessità o, comunque, l'opportunità dell'accesso al fine di impugnare, mentre, va qui ricordato, la stessa amministrazione, ai sensi dell'art. 76, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2015, dispone di ben quindici giorni per consentire o meno l'accesso agli atti, al di là dell'eventuale superamento di questo termine per condotte dilatorie od ostruzionistiche” (Consiglio di Stato, sez. III – 15/3/2022 n. 1792, secondo la quale “Una diversa interpretazione, che pretenda di applicare il meccanismo della c.d. “sottrazione dei giorni” anche ad un’istanza d’accesso presentata entro un termine contenuto e ragionevole (e, comunque, non superiore ai suddetti quindici giorni), potrebbe risultare non del tutto in sintonia con i principi di legittimo affidamento e di proporzionalità”.

0.3 La suddetta ricostruzione è stata peraltro recentemente avallata dalla Corte Costituzionale, che in proposito si è espressa nei seguenti termini: “ ... sono compatibili con l'art. 24 Cost., oltre che con il diritto dell'Unione europea, ove applicabile, quelle sole interpretazioni del quadro normativo per effetto delle quali la parte ricorrente disponga di un termine non inferiore a trenta giorni per agire in giudizio, e comunque per proporre motivi aggiunti, tenuto conto della data in cui essa ha preso conoscenza, o avrebbe potuto prendere conoscenza usando l'ordinaria diligenza, dei profili di illegittimità oggetto dell'impugnativa” (Corte Costituzionale – 28/10/2021 n. 204).

0.4 Alla luce delle suesposte considerazioni il gravame introduttivo non è da reputarsi tardivo, in quanto notificato il 4/8/2021, quando cioè erano non erano trascorsi oltre trenta giorni dal 7/7/2021, data in cui la ricorrente ha acquisito piena conoscenza dell'avvenuta aggiudicazione alla controinteressata e ha potuto ottenere le informazioni necessarie.

0.5 Infatti il *dies a quo* per articolare motivi di impugnazione prima non conoscibili inizia a decorrere necessariamente dall'esaudimento della pretesa ostensiva (l'istanza di accesso è stata inoltrata nel termine di 15 giorni) e si rimane in linea coi principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr. Corte di Giustizia, IV, 14 febbraio 2019, causa C-54/18) per la quale i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione (T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV – 2/12/2021 n. 2658; Consiglio di Stato, sez. V – 28/2/2022 n. 1412). La parentesi dovuta all'espletamento dell'accesso documentale

comporta in altri termini una “dilazione” del termine decadenziale di impugnazione, pena la frustrazione del diritto alla difesa dell’interessata.

IL MERITO

1. Con il primo motivo l’esponente deduce la violazione degli artt. 30, 95, 97 commi 1, 4, 5 e 6 del D. Lgs. 50/2016, l’eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, per l’introduzione di elementi di ricavo estranei al contratto e meramente potenziali, con conseguente incertezza sull’effettiva percezione e sulla misura dell’utile, e altresì inattendibilità complessiva dell’offerta. In particolare:

- l’aggiudicataria ha dichiarato, relativamente alla commessa, di sostenere costi per 40.651 € e di ottenere ricavi per 48.000 €, con utile annuo di 7.349 €;
- le voci di ricavo sono tuttavia disomogenee, dato che oltre ai 35.000 € di *fee* di agenzia, 13.000 € derivano da potenziali accordi commerciali non descritti né comprovati, ulteriori e del tutto eventuali, estranei rispetto all’accordo quadro (i giustificativi sono oscurati e non si rinviene un altro supporto probatorio);
- l’importo si ripercuote in maniera decisiva sull’equilibrio economico complessivo, poiché con l’assenza della voce predetta la gestione della commessa evidenzierà una perdita;
- l’insostenibilità permane anche se si facesse riferimento a diritti di negoziazione (*overcommissions*), perché i relativi accordi sono conclusi dal Centro *media* con la concessionaria e il committente è del tutto estraneo (sono intese di natura aleatoria, oltretutto non dimostrate); inoltre, la stipula effettiva e il valore hanno un collegamento indiretto con l’accordo quadro, essendo influenzati dagli spazi acquistati nell’anno dal Centro *media* (il ricavo generato dalla commessa è certo, ma quello dipendente da altre dinamiche è legato a variabili estranee);
- il RUP ha concluso per la sostenibilità in modo del tutto ingiustificato, trattandosi di un’offerta che condiziona l’equilibrio alla stipula di contratti futuri e incerti nell’*an* e nel *quantum* (con valorizzazione di una dichiarazione unilaterale in termini probabilistici).

La censura è priva di fondamento.

1.1 Come anticipato nell’ordinanza cautelare di rigetto n. 381/2021, la proposta economica è stata correttamente formulata dall’aggiudicataria, tenuto conto delle dinamiche che si instaurano tra inserzionista (APT), centro *media* (selezionato con la gara in esame) e concessionario di pubblicità, secondo un sistema triangolare di negoziazioni. Infatti, ogni Centro *media* beneficia di due voci di ricavo, ossia dei c.d. “*fee*” a carico del cliente e delle cd. “*overcommission*”, ottenuti dalle concessionarie pubblicitarie a fronte delle intermediazioni, e entrambe le componenti del quadro economico rappresentano la remunerazione dell’operatore.

1.2 Ai fini determinazione dell'offerta economica, la *lex specialis* (pag. 35 disciplinare) riconosce rilevanza esclusivamente al ribasso unico percentuale attinente alla *fee* d'agenzia (applicabile al 10% del *budget* per acquisto di spazi e tempi pubblicitari), mentre gli accordi commerciali sono stati vagliati al fine di esaminare l'economicità e l'affidabilità dell'offerta nel suo insieme (per escludere la sua anomalia): accanto all'intesa tra APT e affidataria, si affianca il rapporto contrattuale tra quest'ultima e le concessionarie di pubblicità, con il corrispettivo che queste ultime verseranno al centro *media* secondo le (incontroverse) dinamiche del settore. Alla luce di quanto premesso, il Comune sembra aver correttamente preso atto dei diritti di negoziazione esibiti, peraltro per un importo (13.000 €) che si prospetta come prudenziale rispetto agli investimenti attivabili.

1.3 La *fee* di agenzia è corrisposta da APT ed ha una base certa, ma anche la *overcomission* è un elemento ragionevolmente sicuro nell'ambito di un accordo che contempla una spesa di ben 15.000.000 € nel mercato pubblicitario. Non si tratta di un'eventualità aleatoria del rapporto che si instaura, ma è strettamente correlata al contratto tra APT e Centro *media*: l'intermediazione è redditizia, per cui è logico e coerente l'inserimento della posta ulteriore all'interno delle giustificazioni.

1.4 Queste ultime sono racchiuse nella nota 28/5/2021 (allegato 8 APT) e sono state poi integrate su sollecitazione (doc. 10 APT), per cui la fase procedimentale risulta correttamente intrapresa. Carat ha evidenziato che non sono previste nuove assunzioni ma l'utilizzo di risorse umane già presenti, senza necessità di altri investimenti (in virtù delle licenze già attive e del personale già operante).

2. Con ulteriore censura, Havas Media lamenta la violazione degli artt. 30, 95, 97 commi 1, 4, 5 e 6 del D. Lgs. 50/2016, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione per l'introduzione di elementi di ricavo estranei al contratto; si duole dell'errata applicazione del disciplinare (pag. 9 e art. 17) e dell'illogicità, in quanto i costi di acquisto degli spazi sono oggetto di rimborso e dunque l'unico criterio economico di selezione è la percentuale di ribasso sulla *feed*'agenzia a base di gara.

Nello specifico:

- il disciplinare non contiene alcun riferimento che consenta di valutare a fini selettivi l'esistenza di ricavi derivanti da accordi commerciali ulteriori rispetto all'accordo quadro, di cui i concorrenti possano beneficiare;
- in ogni caso, ove potessero essere valutati andrebbe rideterminato il punteggio della ricorrente (che ha proposto di restituire i diritti di negoziazione ad APT);

- la proposta sugli accordi commerciali collaterali ed esterni della vincitrice introduce una distorsione della concorrenza, favorendo i *media* di maggiori dimensioni in contrasto con la par condicio e la massima partecipazione;
- la “*non menzione*” nella *lex specialis* è frutto di una scelta precisa, per non consentire la valutazione di altre intese, per cui è incoerente ammetterne la produzione (con valutazione) in sede di giustificativi;
- anche se rientrassero nel bando, dovrebbero essere oggetto di criteri di misurazione oggettivi quanto ad attribuzione di punteggio e verifica, ma nella specie difetta questa tipologia di criteri (e comunque il bando non li ha contemplati per favorire la massima partecipazione).

In via subordinata, l’esponente deduce la violazione degli artt. 30, 95, 97 commi 1, 4, 5 e 6 del D. Lgs. 50/2016, l’eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, illogicità e incompletezza della valutazione, in quanto l’eventuale ammissione di ricavi derivanti da accordi esterni dovrebbe implicare, per coerenza, la loro riqualificazione come corrispettivo nella commessa e una rideterminazione dell’offerta del concorrente (lo sconto sulla *fee* d’agenzia andrebbe sommato ai diritti di negoziazione percepiti, e Havas otterrebbe la commessa con 92,08 punti contro 91,99 della controinteressata). Sotto altro profilo sarebbe dubbia la credibilità dei diritti di negoziazione dichiarati da Carat, tra i principali operatori del settore (13.000 € contro i 86.619 € di Havas) e mancherebbe ogni approfondimento del RUP sull’offerta della ricorrente.

Le doglianze non sono passibili di positivo scrutinio, in disparte le eccezioni in rito.

2.1 Ribadisce il Collegio che il bando di gara è chiaro nel valorizzare il ribasso percentuale offerto sulla *fee* d’agenzia – pari al 10% del *budget* per acquisto di spazi e tempi pubblicitari – mentre i valori rimanenti sono indifferenti ai fini dell’attribuzione del punteggio economico (i costi degli spazi sono tra l’altro ininfluenti perché rimborsati al loro esatto importo).

3. L’*overcommission* non può essere apprezzata come elemento in grado di arrecare distorsione alla concorrenza, essendo pacificamente esistente e noto a tutti gli operatori del settore. Ciascun partecipante lo ha quindi valutato e, qualora non fosse prevista la sua corresponsione ad APT, ben poteva rientrare quale componente del quadro economico così da suffragare la sostenibilità dell’offerta.

3.1 Quanto alla dedotta sproporzione tra i diritti di negoziazione dichiarati, si concorda con la posizione della difesa comunale, trattandosi di componenti che esulano dai parametri enucleati ai fini dell’attribuzione del punteggio nell’ambito della gara.

4. Con il quarto motivo, formulato in via ulteriormente subordinata, l’esponente ravvisa la violazione dell’art. 30 comma 1 del D. Lgs. 50/2016 e l’illegittimità del punto 17 del disciplinare,

l'eccesso di potere per sproporzione e diseconomicità, dato che ammettendo la valutazione di ricavi provenienti da accordi esterni al contratto verrebbero lesi i principi di qualità delle prestazioni, economicità, efficacia, e miglior rapporto qualità prezzo.

Il motivo è, anzitutto, tardivamente formulato.

4.1 Come rammentato dal Consiglio di Stato, adunanza plenaria – 26/4/2018 n. 4, vanno inquadrate tra le clausole “*immediatamente escludenti*”, e quindi da impugnare tempestivamente, anche quelle attinenti alla formulazione dell’offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta: si tratta delle prescrizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente.

4.2 Il motivo è altresì privo di fondamento. Come già sottolineato nei precedenti paragrafi rispetto alle ulteriori censure, la cd. “*overcommission*” rientra logicamente nel raggio di apprezzamento soltanto ai fini della valutazione di congruità dell’offerta, mentre il pagamento di un importo relativo ad un contratto tra il centro *media* e la concessionaria di pubblicità esula dalla sfera di controllo della committente. APT ha congruamente escluso dai parametri di giudizio detti importi, non gestibili in via diretta.

5. Con l’ultima censura parte ricorrente si duole della lesione degli artt. 30, 97 comma 1, 4, 5, 6 del D. Lgs. 50/2016, dell’eccesso di potere per inaccettabile riduzione dei costi della manodopera (sotto il profilo del monte ore indicato per l’esecuzione della commessa). In particolare:

- il disciplinare (pag. 8) ha stimato per la voce l’1,5% del valore massimo stimato, ossia 75.000 € annui;
- nel capitolato tecnico (doc. 12, pag. 17) viene descritto il team di lavoro da dedicare, con un’unità per *Client leader, Print specialist, Tv specialist, Radio Specialist, Digital Specialist, OOH Specialist* (il primo disponibile per 4 incontri a Rimini o Bologna);
- Carat ha stimato 20.000 € annui, pur mantenendo inalterata la composizione della squadra *ex capitolato*, dichiarando di rispettare i minimi tabellari (quindi il valore corrisponde allo 0,4% del quantum dell’appalto, rispetto all’1,5% stimato da APT);
- Havas ha stimato la voce manodopera 2,32% del valore dell’appalto ossia 116.053,14 € annui, con uno scostamento sensibile;
- per rispettare i minimi salariali e le professionalità richieste, Carat ha ridotto in modo incongruo le ore dedicate pari a 900, a fronte delle 3.096 esibite da Havas;

- la valutazione di affidabilità è legata alla ripartizione delle 900 ore tra le varie unità coinvolte (ad es. il client Partner deve dirigere e coordinare le attività e interfacciarsi con tutte le figure con almeno 4 incontri l'anno in sede);
- dalle tabelle con dati statistici di settore si evince che per un appalto di 5.000.000 € annui sono necessarie 2 persone circa (con 1.720 ore annue di lavoro per unità) e dunque 3.400 ore, valore molto distante da quello proposto dalla vincitrice.

La deduzione non è persuasiva.

5.1 La *lex specialis* si limita a stimare il costo della manodopera senza quantificare le ore, le quali dipendono dall'organizzazione del singolo concorrente. Carat risulta essere un'impresa particolarmente attrezzata nel settore, con esperienza pluriennale anche nella gestione della commessa in questione (si tratta dell'affidatario uscente del servizio). Oltre alla natura di grande gruppo capace di sviluppare economie di scala, rilevano le giustificazioni integrative del 28/5/2021 (doc. 10 Comune) che racchiudono il dettaglio delle 900 ore esibite, ripartite tra dirigenti, quadri e dipendenti di 1, 2 e 4 livello (rispettivamente 38, 125, 247, 295, 195), per un costo complessivo di 20.000 €.

5.2 Il giudizio di idoneità è stato formulato dal RUP, e parte ricorrente non ha avanzato specifiche censure sul dettaglio ottenuto a seguito dell'accoglimento dell'istanza ostensiva. Non è peraltro controverso che, a differenza di altre tipologie di appalto, l'incidenza della componente lavoro sulla commessa è poco significativa (1,5% del valore complessivo).

6. Passando all'esame dei primi motivi aggiunti, parte ricorrente deduce la violazione degli artt. 30, 97 commi 1, 4, 5 e 6 del D. Lgs. 50/2016, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, l'inosservanza di pag. 17 del capitolato sul team di lavoro, il contrasto tra dichiarazioni, l'omesso accertamento del conflitto di interessi. Nel dettaglio:

- come richiesto dal capitolato tecnico, Carat ha dichiarato nella domanda di partecipazione che i componenti del team che curerà le attività *“non ricopriranno alcun ruolo all'interno di eventuali team di lavoro dedicati a destinazioni turistiche concorrenti”*;
- da indagini effettuate presso le fonti disponibili emerge che la controinteressata e il gruppo Dentsu rendono servizi verso clienti che promuovono destinazioni turistiche concorrenti con Regione Emilia Romagna (Ente turismo Giappone, Ente Turismo Irlanda, Regione Lazio, MSC Crociere, Leolandia, Hilton, Accor, ClubMed, etc);
- detta circostanza è confermata dai CV prodotti in gara (dott.ssa Anelli, dott.ssa Perricone, dott.ssa Rebuzzini, dott.ssa Donato, dott.ssa Panizzoli, dott. Manuti) in contrasto con la clausola della *lex specialis* e con la dichiarazione di Carat;

- l'amministrazione doveva accertare il conflitto, tenuto conto che i CV dei componenti costituivano un elemento di selezione dell'offerta tecnica e oggetto di attribuzione di punteggio (requisiti da spendere);
- i conflitti hanno riguardato sia gli *specialist* che i soggetti apicali, e un'eventuale modifica o esclusione dei soggetti dal team è operazione suscettibile di incidere sul punteggio di Carat anche in modo significativo.

La doglianza è priva di fondamento.

6.1 La *lex specialis* (pag. 17 capitolato tecnico) statuiva espressamente che “*saranno valutate positivamente tutte le figure proposte che abbiano maturato un'esperienza significativa nel settore Turismo*”, mentre al contempo “*i componenti del team di lavoro non dovranno ricoprire alcun ruolo all'interno di eventuali team di lavoro dedicati a destinazioni turistiche concorrenti*”.

6.2 La clausola invocata intende evitare una commistione di ruoli nel team dedicato, suscettibile di provocare un conflitto di interessi. Il giudizio sulle competenze vantate nel settore, mediante l'esame dei *curricula*, doveva sfociare nel punteggio per il pregio tecnico della proposta. È evidente che le esperienze pregresse dei professionisti afferiscono ad attività svolte nella promozione del turismo in Italia e nel mondo, ma certamente la clausola di incompatibilità investe le singole figure indicate e ha valenza futura, come si desume dall'univoco dato letterale. Il fatto che gli operatori del team si occupino di destinazioni concorrenti non introduce contraddizioni nell'attualità (ossia al momento della formulazione dell'offerta), rilevando nella fase esecutiva del rapporto instaurato, a seguito dell'affidamento in concreto del servizio. In buona sostanza, l'impresa vincitrice si è impegnata a rimuovere ogni situazione di incompatibilità dopo l'aggiudicazione.

6.3 In ogni caso, dall'esame in concreto dei *curriculum vitae* (doc. 18 APT) si evince che:

- la dott.ssa Anelli ha dichiarato il coinvolgimento in progetti di brand italiani e internazionali, e tra i clienti principali ha enunciato l'Ente turismo del Giappone e dell'Irlanda (ha agito quale referente italiana della pianificazione delle campagne);
- il percorso della dott.ssa Perricone ha riguardato le campagne radio e cinema per i clienti del gruppo Dentsu (strategia, pianificazione, *buying*, contatti con concessionarie), oltre che la supervisione della pianificazione con clienti primari (Vodafone, Esso, etc.);
- la dott.ssa Rebuzzini e la dott.ssa Donato hanno seguito i progetti di MSC Crociere, ma anche di Jaguar, Land Rover, Generali, Wind, Mastercard (la seconda) e Mondelez e IWBan (la prima);
- il dott. Panizzoli e il dott. Manuti hanno assunto il ruolo di *manager director* (rispettivamente coordinatore delle operazioni e delle strategie di sviluppo e responsabile di tutte le *operations* dei clienti Carat).

6.4 Già si è rilevato che gli eventuali conflitti avrebbero dovuto essere rimossi nella fase di attuazione del rapporto, e può essere in aggiunta sottolineato che l'attività promozionale a favore di interi paesi (Giappone e Irlanda) non integra una concorrenza diretta con le iniziative turistiche della Regione Emilia Romagna. La resistente difesa ha poi evidenziato che dal 2016 MSC Crociere non è più cliente del gruppo.

7. Il motivo successivo – con il quale viene dedotto che l'intero team dedicato è legato da rapporto di lavoro dipendente con la Società Dentsu – è infondato, in disparte l'eccezione di tardività.

7.1 In ossequio ai principi generali in materia di gare pubbliche, è irrilevante il titolo con il quale l'impresa aggiudicataria ottiene le prestazioni delle risorse umane che si è impegnata a mettere a disposizione. Gli strumenti offerti dall'ordinamento sono a questo proposito molteplici e ciò che importa è l'obbligo giuridico assunto al momento della presentazione dell'offerta e la conseguente responsabilità nei confronti della stazione appaltante.

7.2 Peraltro non si rinviene (né parte ricorrente l'ha messa in luce) alcuna disposizione della *lex specialis* che imponga di evidenziare la tipologia di rapporto intercorrente tra la Società e il personale di cui si avvale, in modo da attestare la disponibilità del *team* dedicato. Il par. 3 di pag. 34 racchiude il dovere per ogni concorrente di “*descrivere il team che intende impiegare nel progetto, coerentemente con le figure professionali richieste per lo svolgimento dell'attività ... indicandone l'organizzazione e il profilo professionale dei concorrenti*”. Dalla previsione si desume, al contrario di quanto dedotto dall'esponente, che le risorse umane potevano non essere ancora inserite nell'organico durante il confronto comparativo (ma avrebbero dovuto esserlo dopo l'aggiudicazione).

7.3 Infine, non va sottaciuto che Carat è parte del gruppo Dentsu (Società madre) da cui deriva una naturale facilità di trasferimento e messa a disposizione di personale.

8. Con i secondi motivi aggiunti la ricorrente sostiene anzitutto l'avvenuta presentazione di dichiarazioni non veritiere nella procedura selettiva, in particolare sul rapporto con MSC Crociere.

La prospettazione non è condivisibile, in disparte l'eccezione in rito.

8.1 Il venir meno dell'incarico continuativo è compatibile con il protrarsi della collaborazione per alcuni singoli progetti (doc. 22 e 23 controinteressata), ossia la valutazione specifica del *marketing* dei prodotti MSC e degli effetti pubblicitari dei medesimi e il progetto “*lead generation*” ossia le attività *media*, pubblicitarie e di *marketing*.

8.2 Siffatta ricostruzione si riverbera sull'ultimo profilo dedotto, per cui le esperienze specifiche del team di progetto risultano essere state correttamente valutate.

9. In conclusione, il ricorso introduttivo, come integrato con i primi e secondi motivi aggiunti, è infondato e deve essere rigettato. Deve essere conseguentemente respinta la domanda risarcitoria.

10. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando respinge il gravame introduttivo in epigrafe, nonché i primi e i secondi motivi aggiunti.

Rigetta l'istanza di risarcimento del danno.

Condanna parte ricorrente a corrispondere a ciascuna parte resistente la somma di 6.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

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

La presente sentenza è depositata con le modalità previste dal processo telematico, e la Segreteria della Sezione provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO
