

N. 01128/2014 REG.PROV.COLL.

N. 10907/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Nel giudizio introdotto con il ricorso 10907/12, proposto da Pomilio Blumm S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, assistita e difesa dagli avv. ti Clarizia, Costantini e Colagrande, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

La Presidenza del consiglio dei ministri, in persona del presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria per legge;

nei confronti di

Mediaedge: Cia Italy S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, assistita e difesa dagli avv. ti Finiguerra e Vinti, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via Emilia, 88;
DDB S.r.l. e Y&R Roma S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento d'aggiudicazione definitiva emesso dalla Presidenza del consiglio dei ministri in data 30 ottobre 2012, notificata a mezzo fax in data 2 novembre 2012, con la quale il direttore dell'Ufficio per la parità e le pari opportunità aggiudicava al r.t.i. composto da Mediaedge: Cia Italy s.r.l. mandataria e DDB S.r.l. mandante, l'appalto avente ad oggetto l'affidamento di un servizio per la realizzazione di un'azione di sistema, concernente iniziative di sensibilizzazione sui temi della parità di genere e della non discriminazione nelle "Regioni Convergenza";

di tutti gli atti connessi ovvero presupposti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Mediaedge: Cia Italy S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 20 novembre 2013 il cons. avv. A. Gabbricci e uditi per le parti i difensori come

specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. La Presidenza del consiglio dei ministri indisse una gara a procedura aperta per affidare un servizio di sensibilizzazione sulla parità di genere e sulla non discriminazione, cui parteciparono, tra gli altri:

- a) un primo raggruppamento temporaneo d'impresе, di cui era mandataria Pomilio Blumm S.r.l. e che aveva Ernest & Young Financial Business Advisor S.p.A. come mandante;
- b) un secondo, costituito da Mediaedge: Cia Italy S.r.l. (poi anche MEC), quale mandataria e da DDB S.r.l. come mandante;
- c) un terzo, composto da Young & Rubican (Y&R) Roma S.r.l. come mandataria, e dalle mandanti Lorien Consulting S.r.l. ed Istituto nazionale per la Comunicazione S.r.l..

1.2. Il 16 luglio 2012 la commissione di gara iniziò le operazioni: aperti i plichi, e conosciuti così i partecipanti, sorse uno specifico problema: Mediaedge: Cia Italy S.r.l. (raggruppamento b) ha – o almeno aveva all'epoca - come socio di maggioranza la W.P.P. Marketing Communications (Italy) S.r.l.; questa è però anche proprietaria dell'intero capitale sociale della Y&R Italia S.r.l., che, a sua volta, detiene quasi l'intero capitale sociale della Y&R Roma S.r.l. (raggruppamento c).

1.3. Ora, l'art. 37, VII comma del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, dispone che "È fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti".

A sua volta, il seguente art. 38, al comma I, lett. m *quater*), stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti, i soggetti "che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale".

1.4. La commissione verificò perciò preliminarmente se tali disposizioni dovessero essere applicate nella gara in corso, e stabilì così che i raggruppamenti MEC e Y&R potevano entrambi partecipare alla gara, sebbene avessero in comune un socio maggioritario: e ciò in conformità al principio giurisprudenziale per cui eventuali comunanze a livello strutturale non bastano a dimostrare la sussistenza di un collegamento sostanziale, ma costituiscono degli indicatori, i quali necessitano poi di ulteriori riscontri sul comportamento tenuto nell'ambito della gara, mediante l'esame integrale delle offerte, per stabilire così l'effettiva, concreta riconducibilità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate.

1.5. Così la commissione procedette all'esame delle offerte di tutti i raggruppamenti e, concluse le operazioni, formò la graduatoria finale dove primo classificato risultò il r.t.i. Mediaedge: Cia Italy S.r.l. (84,5 punti, di cui punti 71,6 per l'offerta tecnica, e punti 12,9 per l'offerta economica), seguita da Pomilio Blumm S.r.l. (punti 76,9 composti da 57 e 19,9): con il provvedimento 30 ottobre 2012 la Presidenza del consiglio dei ministri l'approvò, ed aggiudicò definitivamente il servizio alla prima classificata.

1.6. Tale provvedimento è stato impugnato con il ricorso in esame; nel giudizio si sono costituiti sia la Presidenza del consiglio sia il raggruppamento aggiudicatario, concludendo entrambi per la reiezione del ricorso.

2.1. Il primo motivo di ricorso è rubricato nella violazione del principio dell'unicità dell'offerta, nonché degli artt. 37, comma 7, dell'art. 38 lett. m *quater* del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e dell'art. 3 del disciplinare di gara; nonché nell'eccesso di potere per travisamento dei fatti e manifesta illogicità nella loro valutazione.

2.2. Con le norme poco sopra riportate, si vuole comunque evitare, rileva la ricorrente, che il corretto svolgimento delle gare e il libero gioco della concorrenza possano essere alterati dalla presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da più imprese, siano tuttavia riconducibili a un unico centro d'interesse, e mancherebbero pertanto della necessaria indipendenza, serietà e affidabilità, in violazione dei principi d'imparzialità e buon andamento cui deve

ispirarsi l'attività dell'Amministrazione, giusta art. 97 Cost.

2.3. Invero, secondo Pomilio Blumm, non si potrebbe dubitare che tale sia la situazione qui in essere.

Anzitutto, la ricorrente ribadisce come WPP Marketing Communication (Italy) S.r.l. controlli direttamente MEC, ed indirettamente Y&R Roma: la stessa persona, Massimo Costa, rappresentante legale di quest'ultima, lo è anche di Y&R Italia e di WPP Marketing Communication; questa sarebbe altresì proprietaria per una quota maggioritaria anche della Lorien Consulting S.r.l. mandante del raggruppamento con Y&R Roma S.r.l.

2.4. Già in base a tali elementi sarebbe incontestabile che WPP ha partecipato due volte, formulando due offerte alla stessa gara e moltiplicando in tal modo la possibilità di conseguire l'appalto; la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre anche l'esclusione del raggruppamento Mediaedge in ragione di tale divieto, a prescindere dal collegamento sostanziale tra le offerte dei due raggruppamenti.

2.4.1. Tale collegamento, peraltro, sarebbe dimostrato anzitutto dal fatto che nell'offerta MEC è stata inserita una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, ex art. 38, I comma, lett. b), c) e m ter) d. lgs. 163/06 del legale rappresentante della WPP, appunto quale socio di maggioranza di Mediaedge; e la medesima dichiarazione sostitutiva, sottoscritta dallo stesso legale rappresentante, questa volta quale socio di maggioranza della Lorien Consulting, è inclusa nell'offerta Y&R Roma S.r.l..

2.4.2. Ancora, nella presentazione dell'offerta tecnica Mediaedge, tra i clienti è incluso l'ISTAT per la campagna censimento del 2011.

Tuttavia, rileva la ricorrente, la gara ISTAT è stata vinta dal raggruppamento tra Y&R Roma S.r.l. e Lorien Consulting, che, infatti, la includono tra le proprie esperienze: e sarebbe "davvero singolare che la Mediaedge inserisca nel suo curriculum un'attività relativa a una procedura d'appalto vinta invece da altra impresa, pure partecipante alla medesima gara d'appalto".

2.4.3. Inoltre, seguita la ricorrente, nell'offerta tecnica MEC, relativa alla gara qui *sub iudice*, sono stati indicati alcuni professionisti che avevano operato nella campagna ISTAT, assegnata però all'altro raggruppamento: sarebbe così confermato che i due raggruppamenti condividono personale e risorse e operano come un'unica società.

3.1. Il secondo motivo di ricorso è rubricato nell'eccesso di potere per difetto d'istruttoria e per motivazione apparente; violazione e falsa applicazione dell'art 3 della legge 7 agosto 1990, n 241; violazione dell'art. 38 lett. m quater del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e dell'art. 3 del disciplinare di gara.

3.2. La censura richiama, anzitutto, la sentenza 19 maggio 2009, C-538/2007 della Corte di giustizia sez. IV, secondo cui il diritto comunitario osta a una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico d'impresе tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente a una medesima gara d'appalto, senza consentire loro di dimostrare che il suddetto rapporto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della gara.

Alle amministrazioni aggiudicatrici spetta cioè d'accertare se il rapporto di controllo in questione abbia influito sul contenuto delle rispettive offerte, depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica: e tale influenza è sufficiente a escludere tali imprese dalla procedura di cui trattasi, mentre la semplice constatazione di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non basta perché la stazione appaltante possa escluderle dalla procedura di aggiudicazione, senza aver prima verificato se tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura.

3.3. Orbene, nel caso in esame l'Amministrazione non avrebbe attivato un subprocedimento in contraddittorio con le imprese interessate, per accertare se le stesse fossero reciprocamente condizionate; e, comunque non avrebbe dato adeguato conto e giustificazione della scelta effettuata di ammettere i due raggruppamenti alla gara senza spiegare come fosse possibile superare la situazione di controllo che li caratterizza.

4.1. Per il terzo motivo (violazione dell'art. 5 del disciplinare di gara e del principio d'imparzialità; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, disparità di trattamento e travisamento dei fatti), se i punteggi fossero stati correttamente attribuiti, secondo la ricorrente, essa avrebbe ottenuto l'aggiudicazione.

4.2. Anzitutto, non andrebbe dimenticato che Mediaedge ha ottenuto un punteggio molto più elevato (71,6) dei numerosi altri concorrenti, che si attestano intorno ai 50 punti circa, e ciò sarebbe palesemente anomalo.

4.3.1. A parte ciò, dal verbale della commissione giudicatrice del 17 ottobre 2012, in relazione al terzo criterio (completezza, adeguatezza e rispondenza del piano di attività con riferimento all'ideazione e realizzazione di un prototipo di campagna informativa), la Mediaedge risulta ottenuto il massimo dei punti su entrambi i sottocriteri (adeguatezza e pertinenza strategica delle soluzioni creative e capacità innovativa in relazione alle finalità e obiettivi del capitolato).

4.3.2. Uno degli elementi di valutazione riguardava la definizione di un "concept strategico" – cioè del complesso di elementi fondamentali del progetto - per i due prototipi di campagne creative, una "in materia di pari opportunità di genere" e l'altra "in materia di prevenzione e contrasto delle discriminazioni".

4.3.3. In effetti, l'offerta Mediaedge presenta un solo *concept* per entrambe le campagne, che però poi si svilupperebbe, secondo la ricorrente, in due proposte creative per ogni prototipo di campagna, del tutto diverse tra loro, per grafica, testi, mezzi di comunicazione, caratteristiche dei media impiegati.

4.3.4. Ciò, peraltro, confliggerebbe con le disposizioni del capitolato di gara, dove si parla espressamente della presentazione di un solo prototipo per campagna informativa: e, secondo la ricorrente, ciò avrebbe dovuto condurre all'esclusione, per violazione della prescrizione di gara e, di conseguenza, del principio di imparzialità e *par condicio* tra i concorrenti.

4.4.1. Inoltre, come si evince dai verbali della commissione, MEC ha conseguito quasi sempre il massimo punteggio per tutti i criteri e sottocriteri stabiliti, mentre così non è stato per la Pomilio Blumm, sebbene quest'ultima – e la stessa ne fornisce in dettaglio le ragioni per ciascun criterio e sottocriterio – avesse offerto, a suo avviso, un lavoro quantitativamente più completo e maggiormente pertinente alle esigenze del servizio richiesto.

4.4.2. Così, all'esito dell'attenta analisi per i criteri di valutazione offerti, emergerebbe la disparità di trattamento che è stata operata dalla commissione giudicatrice, la quale avrebbe valutato il lavoro "meno costoso e meno dettagliato della Mediaedge con un punteggio superiore alla Pomilio, la quale, invece, ha offerto un lavoro più dettagliato, completo e costoso della prima".

5.1. Orbene, muovendo dal terzo motivo di ricorso, è noto il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, il quale reputa sindacabili le valutazioni tecnico-discrezionali della commissione di gara unicamente in caso di evidente sviamento, travisamento dei fatti e arbitrarietà, le quali rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (così, *ex multis*, C.d.S., V, 26 giugno 2012, n. 3737; id., III, 14 febbraio 2012, n. 210; id. V, 8 settembre 2010, n. 6495; id. 18 marzo 2010, n. 1589; VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

5.2. Orbene, con i propri rilievi, parte ricorrente evidenzia i presunti migliori profili della sua offerta, rispetto a quella della controinteressata, ma non mette in luce incongruenze di gravità tale da indurre ad annullare l'assegnazione del miglior punteggio al r.t.i. MEC: la stessa censura per cui la controinteressata avrebbe presentato due distinte proposte creative, anziché una sola, equivale ad un giudizio tecnico sulla continuità tra le diverse componenti progettuali proposte: e dunque in un elemento del tutto estraneo alla competenza di questo giudice.

6.1. Respinto così il terzo motivo di ricorso, è invece il primo a porre il principale *thema decidendum* della controversia.

Invero, pare anzitutto evidente al Collegio come nessuno dei concorrenti coinvolti dapprima nella gara, e poi nel presente giudizio abbia formalmente presentato, da solo o associato, più domande di partecipazione alla procedura.

Invero, almeno ai fini che qui interessano, una cosa è la soggettività giuridica di una società dotata di personalità giuridica, altra è la proprietà della stessa: ed alla prima, e non alla seconda, si riferisce il ripetuto art. 37, VII comma, del d. lgs 163/06, il quale, pertanto, non è stato qui violato.

6.2. Resta invece evidentemente da verificare se l'aggiudicazione vada annullata con riguardo al disposto di cui al seguente art. 38, al comma I, lett. m *quater*). Se, cioè, le offerte presentate dai raggruppamenti MEC e Y&R siano imputabili "ad un unico centro decisionale", con riguardo ad una situazione di controllo ex art. 2359 c.c. o ad una diversa relazione, anche di fatto: ovvero, in altri termini, se esistano elementi precisi e concordanti, da cui si possa desumere che il contenuto di tali offerte sia stato concordato, almeno nelle linee essenziali.

6.3. Ebbene, ritiene al Collegio che appartenga al notorio (<http://www.wpp.com/>) l'esistenza della WPP p.l.c. (*public limited company*), attualmente la maggiore *holding* multinazionale nei servizi di comunicazione, tra cui pubblicità, marchi, indagini di mercato e relazioni pubbliche.

Nel lungo elenco delle società del proprio gruppo (<http://www.wpp.com/wpp/companies/>) essa include MEC e Y&R, a loro volta imprese di dimensioni mondiali nei settori della relazioni e della pubblicità, i cui uffici territoriali – tra cui appunto

Mediaedge e Y&R Italia - riproducono gli stessi modelli globali di appartenenza, quali in precedenza descritti.

6.4. In altre parole, la relazione tra MEC, Y&R e WPP è, per così dire, un'evidenza non solo territoriale, ma planetaria, attese le dimensioni di ciascuna di tali imprese, senza che vi sia necessità di ricercarne prove specifiche, quali le sedi, gli amministratori, le precedenti attività svolte e così via.

6.5. Comunque, si è già detto come l'esistenza di tale relazione da sola non basti ad affermare che esiste un costante e capillare coordinamento, che riguarda le attività svolte da ciascuna delle società del gruppo: del resto ben difficile da immaginare, attese le dimensioni di quest'ultimo.

Nel caso, d'altronde, manca anche qualsiasi dimostrazione (e del resto non basterebbe ad accogliere il ricorso), che la WPP – intesa tanto nella sua dimensione internazionale quanto in quella territoriale – segua la strategia d'impresa d'incidere significativamente nelle scelte operative e gestionali delle imprese del gruppo.

6.6. Così, mentre la riconducibilità ad un unico gruppo non preclude una competizione e un'effettiva concorrenza tra le imprese che ne fanno parte (e questo è del resto lo spirito della giurisprudenza comunitaria prima citata), qui, d'altra parte, mancano - e comunque la ricorrente non li ha indicati, soffermandosi soltanto sulle relazioni tra imprese – elementi i quali permettano concretamente di dubitare che le offerte in questione fossero riconducibili ad un unico centro.

7. Il primo motivo di ricorso deve dunque essere respinto, ed alle stesse conclusioni si deve giungere per il secondo.

Invero, come si ricorderà, la commissione di concorso stabilì inizialmente di rinviare qualsiasi ulteriore verifica alla fase susseguente all'apertura delle offerte tecniche e di quelle economiche presentate dai due raggruppamenti in questione.

È evidente come l'organo tecnico in tali offerte non abbia rilevato elementi da cui desumere una violazione del ripetuto art. 38: né la commissione doveva fornire specifiche motivazioni, cui non si era impegnata, prevalendo in carenza di elementi diversi ed ulteriori, il principio del *favor participationis* alla gara.

D'altra parte, neppure la ricorrente ha saputo individuare nella vicenda tali elementi, per cui è pienamente legittimo che non sia stata svolta alcuna nuova istruttoria.

8. Il ricorso va in conclusione respinto, ma le spese di giudizio tra le parti possono essere compensate.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio addì 20 novembre 2013, con l'intervento dei signori magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere, Estensore

Rosa Perna, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 29/01/2014

IL SEGRETARIO

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