

Publicato il 08/11/2021

N. 11477/2021 REG.PROV.COLL.  
N. 05786/2021 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 Lazio**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5786 del 2021, proposto da Connexia Società Benefit S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Franco Coccoli, Marco Di Lullo, Lorenzo Aureli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Consip S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Paolo Bello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Sogei - Società Generale D'Informatica S.p.a., non costituito in giudizio;

***nei confronti***

Digital Angels S.r.l. a socio unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mariapaola Locco, Maria Beatrice Zammit, Gabriella Tedeschi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria Beatrice Zammit in Roma, via Alessandria 130;

*per l'annullamento*

- del provvedimento del 28.04.2021 con il quale Consip s.p.a. ha aggiudicato definitivamente alla società Digital Angels S.r.l. a socio unico la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando su MEPA, preceduta da avviso di indagine di mercato (ex art. 63 D.lgs. n. 50/2016, comma 6, ed ex art. 36, comma 6, D.lgs. n. 50/2016 ai sensi e per gli effetti della Legge n. 120/2020, art. 1, co. 2 lett. b) per l'affidamento del servizio di Social Media Strategy;
- per quanto occorrer possa della Delibera della Commissione del 08.04.2021 di proposta a Consip S.p.A. di aggiudicare provvisoriamente la gara al concorrente Digital Angels S.r.l. a socio unico;
- per quanto occorrer possa della nota del 28.04.2021 con la quale Consip s.p.a. ha comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva alla società Digital Angels S.r.l. della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando per l'affidamento del servizio di Social Media;
- di ogni altro atto e/o provvedimento a questi presupposto, collegato, connesso, antecedente o successivo, ancorché non conosciuto; nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi
- sia mediante reintegrazione in forma specifica con subentro nell'esecuzione del servizio e nel contratto di appalto ove stipulato;
- sia mediante ristoro per equivalente nella misura da quantificare in corso di causa, fatta salva la valutazione equitativa; nonché per l'annullamento
- della determinazione - di contenuto ignoto - con la quale Consip s.p.a. ha stabilito di non concedere alla ricorrente l'integrale accesso agli atti con riferimento alla documentazione di gara consistente nei curricula delle risorse professionali proposte dalla controinteressata; e per la conseguente condanna all'ostensione
- di tale documentazione di gara consistente nei curricula delle risorse professionali proposte dalla controinteressata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip Spa e di Digital Angels S.r.l. A Socio Unico;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2021 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha impugnato gli atti della gara, da aggiudicarsi su MEPA, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, preceduta da un avviso di indagine di mercato ai sensi degli artt. 63, comma 6 e 36, comma 6, del d.lgs. 50/2016, nonché dell'art. 1, comma 2, lett. b), del d.l. n. 76/2020, conv. con mod. dalla legge n. 120/2020, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di Social Media Strategy indetta Consip S.p.a. nell'interesse di Sogei S.p.a..

Alla procedura di gara hanno partecipato l'odierna ricorrente e la controinteressata Digital Angels.

La ricorrente, che ha impugnato l'aggiudicazione in favore della controinteressata, ha formulato quattro motivi di ricorso.

Con il primo motivo lamenta il mancato possesso in capo alla controinteressata del requisito speciale di partecipazione a titolo di capacità professionale quale "aver erogato, nei tre anni antecedenti la data del 15/02/2021, un unico progetto di comunicazione digitale, di valore uguale o superiore a € 180.000,00 al netto dell'IVA, per aziende private o a partecipazione pubblica o enti pubblici assimilabili a Sogei S.p.A. in quanto società erogatrice di servizi per la P.A." previsto dall'art. 1.1., sub II), del disciplinare (c.d. condizioni particolari di RDO sul MEPA).

Con il secondo motivo contesta il mancato possesso in capo alla controinteressata del requisito speciale di partecipazione a titolo di capacità economica-finanziaria quale “aver regolarmente conseguito, negli ultimi tre esercizi chiusi ed approvati alla data del 15/02/2021, un fatturato specifico medio annuo per di Social Media Strategy e/o Social Media Management, il cui importo complessivo, IVA esclusa, non sia inferiore ad Euro 250.000,00” previsto dall’art. 1.1., sub III), del disciplinare.

Con il terzo motivo lamenta il mancato possesso in capo alla controinteressata in della certificazione ISO 9001 al momento della scadenza del termine (26.2.2021) previsto per la partecipazione dell’indagine di mercato di cui all’avviso del 15.2.2021 finalizzata ad individuare gli operatori economici da invitare in seguito alla procedura negoziata ex art. 63 d.lgs. 50/2016, comma 6, ed ex art. 36, comma 6 d.lgs. 50/2016, in quanto tale certificazione sarebbe stata conseguita soltanto alla data del 19.3.2021.

Con il quarto motivo invece contesta l’illegittimità del diniego all’istanza di accesso alla documentazione amministrativa concernente i curricula delle risorse professionali proposte dalla controinteressata che assumono rilievo al fine di “poter valutare la legittimità dell’operato della P.A. nell’attribuzione dei punteggi previsti dai sub criteri di valutazione rubricati dalla lettera A alla lettera N di cui al paragrafo 3 del disciplinare di gara”.

Le difese di Consip e di Digital Angels hanno replicato puntualmente alle censure della ricorrente.

La Sezione con ord. 3608/2021 ha accolto l’istanza di misure cautelari in relazione alla possibile fondatezza della terza censura, rinviando tuttavia alla trattazione del merito l’esame approfondito della censura. Il Consiglio di Stato con ord. n. 5221/2021 ha riformato l’ordinanza della Sezione evidenziando come “la data ultima per la dimostrazione del possesso di un requisito di partecipazione, anche nella procedura in esame, caratterizzata

da una peculiare struttura, va individuata nella scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, e non già di quello - anteriore - previsto per l'adesione all'avviso di indagine di mercato (espressa da un solo operatore), al quale evidentemente non possono ritenersi assoggettati gli operatori economici che non hanno riscontrato detto avviso, e che sono stati invitati a partecipare alla gara a seguito del successivo sorteggio tra i fornitori abilitati a operare nel mercato di riferimento, effettuato dall'Amministrazione per garantire alla selezione il necessario confronto concorrenziale”.

In vista dell'udienza del 3 novembre 2021 le parti hanno prodotto articolate memorie. La causa è stata quindi trattenuta in decisione.

Il ricorso va respinto.

In relazione al primo motivo di ricorso si osserva che l'art. 1.1., sub II), del disciplinare richiede a dimostrazione del possesso del requisito professionale che “L'operatore economico dovrà: a. avere esperienza almeno quinquennale nell'erogazione di servizi di Social Media Strategy e/o Social Media Management; b. aver erogato servizi di Social Media Strategy e/o Social Media Management per almeno 5 Committenti/Clienti, tra aziende private o a partecipazione pubblica o enti pubblici assimilabili a Sogei S.p.A. in quanto società erogatrice di servizi per la P.A.; c. aver erogato, nei tre anni antecedenti la data del 15/02/2021, un unico progetto di comunicazione digitale, di valore uguale o superiore a € 180.000,00 al netto dell'IVA, per aziende private o a partecipazione pubblica o enti pubblici assimilabili a Sogei S.p.A. in quanto società erogatrice di servizi per la P.A. ”.

La ricorrente contesta il mancato rispetto del punto sub c) e ciò sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo.

La censura non è fondata.

Al fine di provare il possesso del requisito sub c), Consip, in ottemperanza all'art. 7 del disciplinare, ha richiesto alla controinteressata, con nota del

08/04/2021, la presentazione di “n. 1 contratto relativo all’erogazione di un unico progetto di comunicazione digitale, di valore uguale o superiore a € 180.000,00 al netto dell’IVA, per aziende private o a partecipazione pubblica o enti pubblici assimilabili a Sogei S.p.A. in quanto società erogatrice di servizi per la P.A.”.

A tale richiesta, la Digital Angels ha dato positivo riscontro mediante la presentazione di n. 3 contratti: a) contratto n. 20190001112 del 19 settembre 2019 con Cassa Depositi e Prestiti (CDP) S.p.A.; b) contratto del 14 febbraio 2020 e addendum del 23 marzo 2020 con Bancomat S.p.A.; c) contratto del 23 marzo 2020 e addendum del 31 marzo, 30 giugno, 30 settembre e 28 dicembre 2020 con MetLife Europe Insurance d.a.c..

Consip ha quindi ritenuto che il contratto stipulato con Cassa Depositi e Prestiti fosse idoneo a dimostrare il possesso del requisito in quanto: a. la data di stipula è antecedente al 15/02/2021, ossia il 19/09/2019; b. l’oggetto del contratto (“l’affidamento dei servizi di pianificazione, acquisto e monitoraggio di spazi pubblicitari su canali online per le iniziative di comunicazione del Gruppo CDP”) è coerente con la richiesta di un “unico progetto di comunicazione digitale”; c. l’importo è superiore a € 180.000,00, in quanto “pari ad € 209.730,00”; d. la committente Cassa Depositi e Prestiti rientra tra le “aziende private o a partecipazione pubblica o enti pubblici assimilabili a Sogei S.p.A. in quanto società erogatrice di servizi per la P.A.”.

In replica alle osservazioni della ricorrente vale osservare, sotto il profilo qualitativo, che l’acquisto, nonché la pianificazione e il monitoraggio - seppur di spazi pubblicitari su canali on line - costituisce attività propedeutica alla redazione di un progetto di comunicazione digitale, consistente nella definizione degli obiettivi di comunicazione e nello studio della strategia, nonché nella definizione dei media (Social Media Strategy). Inoltre, tra i requisiti di partecipazione non vi era una specifica esclusione relativa alle attività di acquisto e monitoraggio di spazi

pubblicitari su canali e/o piattaforme di social media le quali, pertanto, potevano essere validamente considerate ai fini della comprova del requisito de quo.

Sotto il profilo quantitativo vale rilevare che occorre tenere distinta da un lato la fatturazione del compenso percepito dall'operatore economico per la propria attività (c.d. agency fee) e dall'altro lato il valore del contratto. Quest'ultimo include il corrispettivo riconosciuto all'operatore (29.230,00 euro), ma non si risolve in questo, comprendendo in aggiunta anche il plafond messo a disposizione per gli acquisti sui social media (euro 180.500,00) che in concreto risulta peraltro concretamente investito dall'operatore (e addirittura superato previo stanziamento di un'ulteriore somma di 5.846,00 euro).

Non è fondato anche il secondo motivo di ricorso.

Al fine di dimostrare il possesso del requisito di capacità economica-finanziaria la controinteressata, in ottemperanza all'art. 7 del disciplinare, ha prodotto le fatture emesse per l'erogazione di servizi di Social Media Strategy e Social Media Management relative agli anni di esercizio 2017, 2018 e 2019 poiché, alla data del 15/02/2021, il bilancio relativo all'esercizio dell'anno 2020 non era stato ancora approvato.

Tra le fatture prodotte, l'amministrazione aggiudicatrice ne ha esaminato un sottoinsieme ritenendo tali fatture coerenti, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, con il "fatturato specifico medio annuo" per le attività Social Media Strategy e/o Social Media Management.

Ed in effetti dall'analisi della documentazione prodotta emerge che l'oggetto contrattuale riferito alle fatture esaminate può ragionevolmente rientrare nell'ambito dei servizi di Social Media Strategy e/o Social Media Management in coerenza con il requisito richiesto.

D'altronde, il possesso del requisito in esame va inteso non già come volto a dimostrare il possesso della capacità professionale dell'operatore [alla cui dimostrazione è dedicato il distinto requisito sub II) dell'art. 1.1. della

legge di gara], bensì quello del possesso della capacità economica-finanziaria, da valutarsi pur sempre nell'ambito dello specifico settore dei Social Media Strategy e/o Social Media Management. L'obiettivo che si intende ragionevolmente perseguire è quello di garantire all'amministrazione che il concorrente abbia una solidità economica acquisita proprio nel settore di riferimento della gara. Ciò comporta che per ritenere sussistente il requisito non è indispensabile una stretta coerenza tra le fatture prodotte e lo svolgimento di specifiche attività di Social Media Strategy e/o Social Media Management, essendo al contrario sufficiente che si sia acquisito una capacità economica-finanziaria proprio nel campo del social media.

Deve ritenersi infondata anche la terza censura.

Occorre premettere che Consip ha bandito su MEPA una gara sotto soglia mediante "procedura negoziata ex art. 63 D.Lgs. 50/2016, comma 6, ed ex art. 36, comma 6 d.lgs. 50/2016 ai sensi e per gli effetti della L. 120/2020, art. 1, co. 2 lett. b) previa indagine di mercato e consultazione di elenco operatori per l'affidamento del servizio di Social Media Strategy" (cfr. delibera a contrarre e avviso di indagine di mercato del 15.2.2021)

La gara indetta è quindi soggetta alla disciplina dell'art. 1, comma 2, lett. b), del d.l. n. 76/2020, conv. con mod. dalla legge n. 120/2020, ai sensi del quale l'affidamento avviene mediante "procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016", preceduta dalla "consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici..." (la disposizione corrispondente sostanzialmente a quanto previsto nell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. 50/2016).

Consip, che ha avviato la procedura negoziata su MEPA, non ha tuttavia scelto di individuare gli operatori da invitare alla gara avvalendosi di



indagini di mercato “o” degli elenchi di operatori economici come prevede espressamente la disposizione innanzi riportata, bensì ha deciso di avvalersi di entrambi gli strumenti di consultazione del mercato ossia dell’indagine di mercato “e” degli elenchi del MEPA (cfr. avviso di indagine di mercato in data 15 febbraio 2021).

Poiché la scelta di Consip di avvalersi di entrambi gli strumenti di consultazione non è stata gravata dalla ricorrente, essa non può essere sindacata dal Collegio

Fermo quanto sopra, va rilevato come all’indagine di mercato del 15.2.2021 avviata da Consip abbia partecipato un solo operatore economico ossia la ricorrente.

Visto l’esito dell’indagine, l’amministrazione aggiudicatrice, in ottemperanza a quanto indicato nell’avviso di indagine di mercato, ha in seguito deciso di effettuare la consultazione degli operatori presenti sul MEPA che risultano essere abilitati in relazione all’oggetto dell’affidamento (Servizi di informazione, Comunicazione e Marketing). A tal fine ha estratto a sorte (tramite il sistema “tool Bli”) dall’elenco del MEPA cinque operatori che poi sono stati invitati in data 10.3.2021 a presentare l’offerta. Tra questi operatori figura anche la controinteressata Digital Angels.

Sia Connexia che Digital Angels hanno presentato nei termini di gara l’offerta di partecipazione alla procedura negoziata sul MEPA la quale si è poi conclusa con l’aggiudicazione dell’affidamento in favore di Digital Angels.

Alla luce del quadro giuridico-fattuale della procedura ad evidenza pubblica qui descritta, la censura sollevata non è meritevole di accoglimento.

Era nella facoltà di Consip individuare gli operatori da invitare alla procedura negoziata mediante indagini di mercato “e” tramite gli elenchi degli operatori previsti dalla legge (MEPA). Non le era quindi precluso,

dopo aver attivato l'indagine di mercato, individuare anche altri gli operatori "tramite elenchi". specularmente non era precluso agli operatori, che non avevano partecipato all'indagine di mercato a suo tempo avviata, partecipare in seguito, ove regolarmente invitati previa consultazione degli elenchi, alla procedura negoziata.

Ciò comporta che con riferimento agli operatori inviati "tramite elenchi" MEPA (e che non avevano preso parte all'indagine di mercato) il possesso dei requisiti (generali e speciali) di partecipazione deve essere accertato con riferimento alla scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura negoziata.

Questo è, appunto, quanto è accaduto nel caso di specie.

Nell'avviso di indagine di mercato del 15.2.2021 si prevedeva espressamente (art. 5) che gli operatori che intendessero partecipare alla successiva procedura negoziata dovessero possedere, al momento dell'invio della richiesta di partecipazione, il requisito, tra gli altri, del "possesso della certificazione ISO 9001". Digital Angels, al momento della scadenza del termine di partecipazione all'indagine di mercato (26.2.2021) a cui peraltro non aveva partecipato, non era in possesso della certificazione ISO 9001, mentre era in possesso di tale certificazione al momento della scadenza del termine di partecipazione alla procedura negoziata (30.3.2021), avendola acquisita medio tempore (19.3.2021).

Di qui la legittimità della partecipazione alla gara della controinteressata.

Con riferimento all'accesso documentale si osserva quanto segue.

L'art. 5 del capitolato tecnico prevede che "Prima della stipula, la Società dovrà fornire a Sogei i curriculum vitae dei professionisti facenti parte del team di lavoro, aventi requisiti non inferiori a quelli minimi indicati nel presente capitolato".

Dunque, i concorrenti non erano tenuti a produrre i curricula nel corso della procedura di gara, ma a tale incombente era ed è tenuto unicamente l'aggiudicatario in vista della stipula del contratto.

Ne consegue che il curriculum dei professionisti facenti parte del team di lavoro dell'aggiudicataria non hanno obiettivamente inciso, come ritiene la ricorrente, "nell'attribuzione dei punteggi previsti dai sub criteri di valutazione rubricati dalla lettera A alla lettera N di cui al paragrafo 3 del disciplinare di gara", assumendo invece rilievo a valle dell'aggiudicazione in occasione ("prima") della stipula del contratto (art. 5 del disciplinare).

Fermo restando che i curricula sono in astratto accessibili da parte della ricorrente, al ricorrere ovviamente dei presupposti di legge, il Collegio ritiene che in questa sede l'istanza di accesso non vada accolta attesa la sua inutilità ai fini del decidere, in quanto l'istanza è finalizzata espressamente a censurare l'aggiudicazione che, come si è detto, è stata adottata senza prendere in considerazione i curricula dei team di lavoro proposto dall'aggiudicataria.

Il Collegio reputa che, in considerazione dell'andamento del processo, sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio tra tutte le parti.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Primo Referendario

Luca Iera, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**Luca Iera**

**Francesco Riccio**

**IL SEGRETARIO**