REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 144 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Il Faro Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A01912381C, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudio Baleani, Andrea Calzolaio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Numana, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabrizio Colagiacomi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Provincia di Ancona, non costituita in giudizio;

nei confronti

Assistenza 2000 Società Cooperativa Sociale A R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Di Pardo, Luigi Quaranta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della determina del responsabile della I Unità Operativa Affari generali del Comune di Numana 14.2.24 n. 01/37, concernente l’’aggiudicazione della gara di appalto servizi socio-assistenziali ed educativi rivolti agli anziani, disabili, minori, giovani e soggetti in condizione di svantaggio sociale (ban70s) alla società Assistenza 2000 soc. coop. sociale a r.l. CIG: A01912381C, di tutti i verbali di gara e precisamente: n. 1 dell'11 dicembre 2023; n. 2 del 12 dicembre 2023 e n. 3 pure del 12 dicembre 2023, nonché degli atti presupposti o connessi fra cui, per quanto occorrer possa, la lettera RUP 15.12.23 rif. prot. 24877 e 24878,

e per

la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente medio tempore sottoscritto ai sensi degli artt. 121, 122 e 124 c.p.a. e la condanna del Comune al risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione del servizio a Il Faro società cooperativa sociale o in subordine, condanna al risarcimento del danno per equivalente.

Si chiede inoltre in via subordinata il risarcimento del danno per violazione del canone della buona fede.

In via ulteriormente subordinata l'annullamento della determina del responsabile I Unità Operativa Affari Generali n. 1/198 dell'11.10.23 del Comune di Numana e di tutti i suoi allegati.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da il Faro società coop.va soc.le il 5/4/2024:

nuove censure avverso gli stessi provvedimenti già impugnati con ricorso principale, in ragione delle caratteristiche del contratto di avvalimento prodotto;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Assistenza 2000 Società Cooperativa Sociale a r.l. il 9/4/2024:

per l'annullamento,

della determina del responsabile della I Unità Operativa Affari Generali del Comune di Numana 14.2.24 n. 01/37 concernente l'aggiudicazione della gara di appalto servizi socio-assistenziali ed educativi rivolti agli anziani, disabili, minori, giovani e soggetti in condizione di svantaggio sociale (ban70s) alla società Assistenza 2000 soc. coop. sociale a r.l. CIG: A01912381C, di tutti i verbali di gara e precisamente: n. 1 dell''11 dicembre 2023; n. 2 del 12 dicembre 2023 e n. 3 pure del 12 dicembre 2023,

nonché degli atti presupposti o connessi fra cui, per quanto occorrer possa, la lettera RUP 15.12.23.

In chiave tuzioristica e del tutto cautelativamente degli atti indittivi della procedura, compresi la D.D. n. 198/2023, l'avviso di gara, il bando di gara, il disciplinare di gara, il capitolato speciale e tutti gli altri atti ad essi connessi, ove interpretati o interpretabili nel senso di non consentire l'avvalimento premiale della certificazione della parità di genere;

Di tutti i chiarimenti pubblicati dalla stazione appaltante, anche di quello del 20.11.2023 che avrebbe escluso l'avvalibilità della certificazione della parità di genere;

Della nota fascicolo 2018/32.151 del 25.3.2024 con cui la SUA ha negato parzialmente l'accesso alla documentazione di gara;

Dei verbali di gara nella parte in cui hanno ammesso e assegnato un punteggio all'offerta tecnica ed economica della Cooperativa Il Faro;

Della determinazione di ammissione della Cooperativa Il Faro alla procedura indetta dal Comune di Numana per “*l'affidamento biennale con opzione per un ulteriore anno dei servizi socio-assistenziali ed educativi rivolti agli anziani, disabili, minori, giovani e soggetti in condizioni di svantaggio sociale*”.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Assistenza 2000 società cooperativa sociale a r.l. il 14\6\2024:

per l’annullamento

della determina del responsabile della I Unità Operativa Affari Generali del Comune di Numana 14.2.24 n. 01/37 comunicata con pec in data 21.2.24 pubblicata il giorno stesso sul sito https://provanco.tuttogare.it/gare/dettaglio.php?codice=223, concernente l’aggiudicazione della gara di appalto servizi socio-assistenziali ed educativi rivolti agli anziani, disabili, minori, giovani e soggetti in condizione di svantaggio sociale (ban70s) alla società Assistenza 2000 soc. coop. sociale a r.l. cig: a01912381c, di tutti i verbali di gara e precisamente: n. 1 dell’11 dicembre 2023; n. 2 del 12 dicembre 2023 e n. 3 del 12 dicembre 2023,

nonché degli atti presupposti o connessi fra cui, per quanto occorrer possa, la lettera RUP 15.12.23 rif. prot. 24877 e 24878.

in chiave tuzioristica e del tutto cautelativamente, degli atti indittivi della procedura, compresi la D.D. n. 198/2023, l’avviso di gara, il bando di gara, il disciplinare di gara, il capitolato speciale e tutti gli altri atti ad essi connessi, ove interpretati o interpretabili nel senso di non consentire l’avvalimento premiale della certificazione della parità di genere;

Di tutti i chiarimenti pubblicati dalla stazione appaltante, anche di quello del 20.11.2023 che avrebbe escluso l’avvalibilità della certificazione della parità di genere;

Della nota fascicolo 2018/32.151 del 25.3.2024 con cui la SUA ha negato parzialmente l’accesso alla documentazione di gara;

Dei verbali di gara n. 1 dell’11 dicembre 2023, n. 2 del 12 dicembre 2023 e n. 3 del 12 dicembre 2023, nella parte in cui hanno ammesso e assegnato un punteggio all’offerta tecnica ed economica della Cooperativa Il Faro;

della determinazione di ammissione della Cooperativa Il Faro alla procedura indetta dal Comune di Numana per “*l’affidamento biennale con opzione per un ulteriore anno dei servizi socio-assistenziali ed educativi rivolti agli anziani, disabili, minori, giovani e soggetti in condizioni di svantaggio sociale*”.

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

Visto il ricorso incidentale, i relativi motivi aggiunti e gli allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Numana e di Assistenza 2000 Società Cooperativa Sociale a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2024 il dott. Fabio Belfiori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A. Con ricorso notificato il 20 marzo 2024 e depositato il 22 marzo successivo, la ricorrente principale impugna gli esiti della gara indetta dal Comune di Numana per l'affidamento biennale, con opzione per il terzo anno, dei servizi socio - assistenziali ed educativi per anziani, disabili, minori, giovani e soggetti in condizioni di svantaggio sociale, del complessivo importo di euro 352.786,68 Iva esclusa.

Riferisce che in merito all'avvalimento il disciplinare di gara si limitava ad indicare come norma applicabile l'art. 104 del D.Lgs 36/2023 e che nel disciplinare di gara si menzionava l'avvalimento, ma senza specificazione al riguardo dei requisiti o elementi premiali avvalibili.

Informa, inoltre, che l'allegato b), dedicato ai criteri di aggiudicazione e di valutazione dell'offerta, assegnava 5 punti come premio per i soggetti in possesso della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46 bis del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, D.lgs 198/2006. Anche in quel caso non si specificava se il punteggio potesse essere assegnato in caso di avvalimento.

Perciò la ricorrente principale, prima di presentare la propria offerta, ha rivolto alla stazione appaltante una richiesta di chiarimento.

Il quesito era il seguente: "*Con riferimento alla griglia di valutazione pag. 25 del Disciplinare, punto A.2 (sottopunto 3), si chiede se è ammissibile l'avvalimento premiale per il possesso della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46 bis del D.Lgs 198/2006*".

La risposta del RUP è stata "*In merito al quesito relativo all'ammissibilità dell'avvalimento premiale circa il possesso della "certificazione del sistema di gestione per la parità di genere all'interno delle organizzazioni" si specifica che detta certificazione (UNI/PdR 125- 2022) viene rilasciata ad enti ed imprese che dimostrano di aver adottato ed implementato un efficace sistema di gestione per la parità di genere conforme alle linee guida UNI/PdR 125/2022. Nello specifico, trattandosi di un appalto di sola manodopera, detta certificazione non può essere oggetto di avvalimento*".

Riferisce, ancora, parte ricorrente principale, che pur avendo rapporti di colleganza e di correntezza con imprese dotate di tale certificazione, non ha dato corso all'avvalimento, stante il chiaro e ritenuto ragionevole chiarimento della stazione appaltante.

Successivamente la ricorrente ha constatato, dall'esame dell'allegato al secondo verbale della Commissione di Gara (doc. n. 12, all.to al ricorso), che la controinteressata società Assistenza 2000 società cooperativa sociale a r.l. si è avvalsa della ridetta certificazione in avvalimento e che le veniva riconosciuto il punteggio premiale di 5 punti, risultato decisivo per l'aggiudicazione avendo ottenuto Assistenza 2000 punti totali 95,63 e Il Faro punti 94,40 (gli altri due concorrenti, Domi Group e Consorzio Territoriale Network, si sono classificate terza e quarta con un distacco di circa dieci punti dalle prime).

A questo punto, la ricorrente principale chiedeva la rideterminazione del punteggio.

La stazione appaltante rispondeva che la risposta a suo tempo data al quesito andava intesa nel senso che l'ausiliaria deve rendere alla società ausiliata un servizio, beni o strumenti effettivi che gli consentano il godimento della certificazione e che, quindi, non si poteva accedere all'avvalimento se non a quella condizione. Inoltre, affermava la stazione appaltante, che se la risposta non fosse stata a suo tempo compresa, l'odierna ricorrente principale avrebbe dovuto chiedere ulteriori chiarimenti.

Non condividendo tale posizione, quest'ultima ha proposto i seguenti motivi di censura.

Primo motivo di diritto.

Violazione dell'art. 104 D.lvo n. 36/23. Violazione della legge di gara e precisamente dell'allegato a) alla determina del responsabile dell'unità Operativa Affari Generali n. 1/198 dell'11.10.23. Inammissibilità dell'avvalimento della certificazione UNI/PDR 125/2022. Palese violazione della buona fede.

Si premette che è qui in gioco l'avvalimento premiale e non quello sui requisiti di partecipazione e si afferma che il fatto che il bando abbia previsto in generale l'avvalimento, ma non anche e specificamente l'avvalimento per la certificazione della parità di genere, unito al fatto che la legge di gara vieta lo svolgimento dell'appalto nella sua parte preponderante mediate ingresso nella fase esecutiva di altra impresa, deporrebbe per la non avvalibilità della certificazione di parità di genere, come ritenuto nella risposta al quesito in origine fornita.

Esaminando sia la disciplina della parità di genere, emergente dal D.lgs 198/2006, sia la prassi di riferimento UNI/PdR 125 2022 dell'Ente Italiano di Normazione, sia quella dell'avvalimento (art. 104 comma 8 D.lvo n. 36/23), parte ricorrente giunge a concludere che la parità di genere riguarda elementi che attengono all'organizzazione dell'impresa e obiettivi che possono essere attuati nelle attività svolte, compresi gli appalti. Ne deriverebbe che la parità di genere dovrebbe essere assicurata in via generale nella organizzazione dell'operatore economico e non avrebbe senso limitarla nell'oggetto e nel tempo a un solo contratto. Ciò escluderebbe che possa essere "prestata" ad altri che siano i diretti affidatari di un appalto.

In sostanza, si dice, "*si tratta di un avvalimento operativo riferito a un elemento strutturale dell'impresa e non della singola attività o del singolo segmento di attività separabile nello svolgimento diretto dell'appalto e tanto meno del prestito di apparecchi o strumenti*".

Ne conseguirebbe la correttezza dell'orientamento espresso prima della gara dal RUP.

L'odierna ricorrente principale evidenzia che l'avvalimento comporta acquisire "in prestito" le risorse altrui per svolgere in proprio la commessa. D'altronde, si dice, la stessa legge di gara, allegato a) della determina 11.10.23 n. 1/198, escluderebbe l'intervento di altri soggetti per la massima parte dell'appalto ("*È consentito il subappalto, in tutto o in parte, unicamente per i seguenti servizi: coordinamento servizio colonia marina, assistenza/animazione servizio colonia marina, progetto educativo per bambini e ragazzi "L'isola che non c'era di Sir Numi*").

Si deduce, poi, che la certificazione di parità di genere riguarda la *governance* dell'impresa, delle assunzioni, della carriera e delle promozioni dei dipendenti, dei contratti del personale e della relativa retribuzione, sarebbe chiaro che le dotazioni tecniche, umane e strumentali in questione sarebbero il personale e il management e cioè le funzioni amministrative, direttive e gestionali dell'impresa con sostituzione nei compiti direttivi dell'azienda aggiudicataria.

Si sottolinea che si tratta di appalto di manodopera, e che l'appaltatrice avvalente sarebbe esautorata o ridotta a mero *nudus minister* dall'ausiliaria, con una sostituzione totale nella esecuzione che non trova alcun riscontro nella disciplina dell'appalto pubblico, e ciò per di più, si afferma, non per ragioni di massima partecipazione ma solo per vedersi attribuire un punteggio premiale.

Da ciò deriverebbe la non avvalibilità a fini premiali della certificazione della parità di genere.

Secondo motivo di diritto.

Violazione della *par condicio* dei concorrenti. Violazione del canone della buona fede e dell'affidamento. In subordine, violazione dell'obbligo della riapertura dei termini per la presentazione delle offerte o quanto meno di soccorso istruttorio in presenza di mutazione decisiva dell'interpretazione del bando.

Nel motivo si sostiene che il chiarimento fornito è assimilabile alle faq, dunque ai contributi di interpretazione che, quando non sono mera ripetizione del contenuto del bando, costituiscono interpretazione autentica, vincolante per l'interprete, che determina affidamento nei partecipanti, data l'autorevole fonte di provenienza.

Si sostiene che nel bando non vi erano elementi univoci né per l'avvalibilità del requisito della parità di genere, né per il suo contrario, per questo l'interpretazione espressa dalla stazione appaltante, assumerebbe particolare significato esegetico e orientativo.

Deduce, quindi, parte ricorrente principale che "*o il punteggio della controinteressata andava modificato e Il Faro doveva risultare vincitore e aggiudicatario; o, in linea subordinata, qualora per ragioni che gli scriventi non ravvisano, si volesse ritenere fondata la tesi postuma del RUP che ha dichiarato conforme alla legge di gara l'avvalimento, doveva allora il Comune dare luogo al soccorso istruttorio per segnalare ai concorrenti il senso effettivo del proprio chiarimento o al limite riaprire i termini, consentendo l'integrazione dell'offerta*".

Terzo motivo di diritto.

In stretto subordine, illegittimità del bando di gara per violazione dell'art. 46 bis 2 D.lvo 11.4.2006 n. 198. Violazione e inosservanza della comunicazione Anac del 30 novembre 2022 in ordine all'applicazione dell'articolo 46 bis D.vo 11.4.2006 n. 198 ai fini della previsione, nei bandi di gara, negli avvisi o negli inviti relativi a procedure per l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, di criteri premiali in relazione al possesso della certificazione della parità di genere. Violazione dell'art. 102 D.lvo n. 36/23.

Si afferma che il Comune di Numana non menziona mai l'obbligo da parte del concorrente di dare informazioni circa il trattamento del personale sotto il profilo della tutela delle pari opportunità. Nel disciplinare di gara alla pag. 40 si menziona solo l'obbligo dell'applicazione dei contratti collettivi.

Sarebbe stata violata, si dice, la comunicazione ANAC del 30 novembre 2022 con cui sono state date indicazioni in ordine all'applicazione dell'articolo 46 *bis* del decreto legislativo 11 aprile 2006 n. 198, sulla certificazione di parità di genere. Così come sarebbe stato violato l'art. 102 D.lgs n. 36/23 ("*Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni: a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore…; c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere, di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate*"),

relativamente ai requisiti minimi del bando di gara, che sarebbero qui assenti.

Quarto motivo di diritto.

Sul risarcimento del danno.

La ricorrente principale chiede il risarcimento per due titoli diversi.

Il primo è conseguente all'accoglimento della domanda impugnatoria. Venendo meno l'aggiudicazione alla controinteressata si chiede procedersi in forma specifica all'aggiudicazione e alla condanna del Comune all'affidamento del servizio, mediante stipula del relativo contratto e/o subentro nel contratto eventualmente sottoscritto, o, in via subordinata, si chiede risarcimento per equivalente.

La seconda ragione di danno è legata viceversa al comportamento del Comune che ha indotto la ricorrente principale a non ricorrere all'avvalimento, con ciò perdendo l'appalto. Cosicché, si dice, il Comune dovrebbe essere chiamato al ristoro dei danni per violazione dell'affidamento, avendo il RUP indotto colpevolmente in errore la ricorrente principale che non è ricorsa alla certificazione di genere in avvalimento. Sotto questo profilo di dice "*il danno è pari al mancato utile*".

Il 25 marzo 2024 si è costituita per resistere la controinteressata, mentre il Comune di Numana si è costituito in resistenza il 28 marzo 2024. Entrambe le parti si sono difese depositando documenti e producendo memorie.

B. Il 5 aprile 2024 parte ricorrente principale ha depositato motivi aggiunti, notificati il giorno precedente.

Con essi si deducono nuove censure avverso gli stessi provvedimenti già impugnati con il ricorso principale in ragione del fatto che il certificato della parità di genere non sarebbe avvalibile e che comunque il contratto di avvalimento stipulato fra le parti (acquisito a seguito di istanza di accesso agli atti evasa il 21 marzo 2024), riguarderebbe singole risorse, peraltro in modo eventuale e all'occorrenza, ma non chiarirebbe come il requisito sostanziale del certificato della parità di genere venga trasferito.

Il ricorso principale era assistito da domanda cautelare, che è stata poi rinunciata per abbinamento al merito nella camera di consiglio del 10 aprile 2024.

C. Il 9 aprile 2024 la controinteressata ha notificato e depositato ricorso incidentale, contenente anche ricorso *ex* art. 116 c.p.a. per accedere a documenti.

Quest'ultimo è stato accolto con sentenza n. 401/2024.

Nel ricorso incidentale, malgrado l'epigrafe indichi, quali atti gravati, gli atti di aggiudicazione favorevoli alla ricorrente incidentale, in realtà si sostiene, alla stregua di una memoria, la tesi della ammissibilità dell'avvalimento premiale di certificazione della parità di genere e dell'irrilevanza delle faq, di cui si chiede, nell'eventualità, annullamento o disapplicazione

Il 30 maggio 2024 la controinteressata ricorrente incidentale ha proposto ricorso per motivi aggiunti, depositati il 14 giugno 2024, il cui interesse è sorto a seguito dell'accesso documentale, consentito in base alla sentenza n. 401/2024 sopra citata.

D. Con il ricorso per motivi aggiunti sono proposte le seguenti censure, inerenti i punteggi assegnati alla ricorrente principale, ritenuti eccessivi.

Primo motivo aggiunto al ricorso incidentale.

Violazione e falsa applicazione "*Tabella A – criteri di valutazione dell'offerta*"; violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio; violazione e falsa applicazione artt. 1, 2, 3, 104, 119 d.lgs. 36/23; difetto di istruttoria; eccesso e sviamento di potere.

Si deduce che la ricorrente principale non avrebbe allegato il necessario contratto di avvalimento, con riferimento all'assegnazione di 5 punti in relazione al sub criterio "*A.2 – Proposte migliorative per la gestione del servizio*".

Si afferma che trattandosi di avvalimento operativo e premiale, ne conseguirebbe che parte ricorrente principale andava esclusa, per violazione dell'art. 104, c. 4, cod. app., non avendo corredato l'offerta con il necessario contratto di avvalimento, la cui mancanza non sarebbe sanabile con il soccorso istruttorio.

Secondo motivo aggiunto al ricorso incidentale.

Violazione e falsa applicazione "Tabella A – criteri di valutazione dell'offerta"; violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio; violazione e falsa applicazione artt. 1, 2, 3, 16 d.lgs. 36/23; difetto di istruttoria; eccesso e sviamento di potere.

In merito ai 5 punti in relazione al sub criterio "*A.1 – Caratteristiche e peculiarità dell'utenza",* si deduce che il punteggio attribuito sarebbe illogico e sproporzionato, per non essere stata dettagliata l'utenza potenziale dei servizi socio assistenziali ed educativi appaltandi.

Terzo motivo aggiunto al ricorso incidentale.

Violazione e falsa applicazione "*Tabella A – criteri di valutazione dell'offerta*"; violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio; violazione e falsa applicazione artt. 1, 2, 3 d.lgs. 36/23; difetto di istruttoria; eccesso e sviamento di potere.

Si dice che sarebbe illogico il punteggio assegnato a controparte se paragonato al medesimo punteggio assegnato ad essa controinteressata ricorrente incidentale.

Dopo lo scambio di memorie e repliche, i ricorsi e i relativi motivi aggiunti sono stati trattenuti in decisione all'udienza pubblica del 23 ottobre 2024.

Come visto il ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, ha carattere escludente (primo motivo aggiunto) ed esso andrebbe trattato prioritariamente.

Tuttavia, se il ricorso introduttivo del giudizio fosse infondato, il ricorso incidentale sarebbe improcedibile. Per economia processuale si procede, quindi, alla disamina del ricorso principale (Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 gennaio 2024, n. 1776).

Il ricorso introduttivo, integrato da motivi aggiunti, è parzialmente fondato; in particolare, è fondata la domanda di risarcimento del danno basata sul secondo titolo dedotto nel quarto motivo di ricorso principale.

Tale parziale fondatezza non è, però, idonea ad incidere sulla legittimità degli atti di gara, quindi non radica interesse di parte controinteressata alla proposizione del ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti. Cosicché questi sono improcedibili.

Ciò nei termini che seguono.

E. Relativamente al ricorso introduttivo del giudizio.

Il primo motivo va disatteso. Vi si sostiene, in estrema sintesi, che il bando non consente l'avvalimento della certificazione della parità di genere.

Va, viceversa rilevato che, come già affermato "*prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, questa Sezione aveva più volte affermato l'ammissibilità dell'avvalimento c.d. "premiale", in virtù del quale l'avvalimento interviene sia nell'integrazione di un requisito di partecipazione che nel riconoscimento di punteggio nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica formulata tenendo in considerazione le competenze, le risorse e le capacità effettivamente trasferite dall'ausiliaria all'ausiliata. Andava invece escluso l'avvalimento "premiale" che avesse l'esclusivo scopo di far conseguire all'ausiliata, che non necessitava di alcun incremento delle risorse per partecipare alla gara, una migliore valutazione dell'offerta (tra le tante, Consiglio di Stato sez. V, 17 settembre 2021, n. 6347).*

15.4. L'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici prevede espressamente l'avvalimento premiale ma, com'è evidente, non è norma di interpretazione autentica.

15.5. Va osservato che nell’impostazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, come si legge nella stessa Relazione di accompagnamento, la disciplina dell’avvalimento è caratterizzata da un vero e proprio cambio di impostazione. Il risultato di tale cambio di impostazione è:

a) l’indicazione del tipo contrattuale dell’avvalimento, contratto rientrante nella categoria dei contratti di prestito con il quale un concorrente a una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto;

b) la previsione della normale onerosità del contratto con l’ammissione, comunque, della gratuità nel caso in cui essa corrisponda anche a un interesse proprio dell’impresa ausiliaria;

c) l’attenzione incentrata sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei requisiti, che ha consentito di ricomprendere nell’ambito dell’avvalimento anche quella particolare figura indicata come avvalimento premiale, in cui il prestito delle risorse è diretto a ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti”, (Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2024, n. 4732).

È stato parimenti già affermato che “*è da condividere la tesi secondo cui è legittimo l'avvalimento da parte dell'aggiudicataria per la certificazione di qualità*" (Consiglio di Stato, IV, 16 gennaio 2023, n. 502).

La certificazione della qualità, relativa non al prodotto ma al sistema, attiene all’organizzazione aziendale, ed è volta a migliorare l’efficacia e l’efficienza dei processi aziendali. Analogamente la certificazione della parità di genere mira a migliorare i processi aziendali, con la specifica finalità (sociale) di valorizzare la componente femminile in tali processi.

L’avvalimento di tali certificazioni comporta l’effettività della messa a disposizione del complesso aziendale del soggetto al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 502).

Tirando le fila: il bando disciplina l’avvalimento mediante mero rinvio all’art. 104 cod.app.; tale norma ammette l’avvalimento premiale “*puro*”; l’avvalimento è ammesso dalla giurisprudenza anche in tema di certificazione di qualità, a determinate condizioni (in coerenza con la natura di tale certificazione); la neo introdotta certificazione di parità di genere può essere per analogia assimilata a un particolare tipo di certificazione di qualità, attenendo all’organizzazione aziendale e al fattore più importante di tale organizzazione, ossia (con termine ormai affermatosi) alle c.d. “*risorse umane*”, con l’obiettivo di favorire l’adozione di politiche aziendali che valorizzino la componente femminile, facilitando l’accesso al mercato del lavoro, a ruoli direttivi e armonizzando i tempi di vita con quelli professionali.

Il primo motivo va, dunque, disatteso.

Anche il secondo motivo non può essere condiviso. La risposta pubblicata dalla stazione appaltante al quesito posto, può essere assimilata alle faq, le quali non fungono da parametro di legittimità.

È stato infatti affermato che “*i chiarimenti e le Faq, d’altra parte, non sono idonei ad integrare o modificare la legge di gara (v. Cons. Stato, sez. V, n. 3492 del 2022; sez. I, parere n. 1275 del 2021; sez. III, n. 904 del 2021 e n. 64 del 2022). Essi, avendo natura meramente illustrativa delle regole della disciplina di gara, sono ammissibili nei limiti in cui, pur svolgendo la funzione di interpretazione autentica della lex specialis, non modifichino la disciplina ivi dettata per lo svolgimento della procedura selettiva; se, viceversa, si pongono in contrasto con le regole della gara, la stazione appaltante deve dare prevalenza alle clausole della lex specialis e al significato desumibile dal tenore letterale delle stesse (cfr. ex multis Cons. Stato, sez. V, nn. 7793 e 2260 del 2021; sez. III, n. 64 del 2022)”*, (Consiglio di Stato sez. III, 31 gennaio 2023, n.1055).

Parimenti il terzo motivo di ricorso va disatteso.

Parte ricorrente non ha interesse alla censura inerente la violazione dell’art. 102 cod. app., perché la denunciata carenza contenutistica del bando o del disciplinare, in tema di impegni da richiedere agli operatori economici, non ha inciso sulla sua ammissione alla gara (né sul punteggio ricevuto, perché la norma non riguarda la valutazione delle offerte e i relativi punteggi), né è stato dimostrato da parte ricorrente che parte controinteressata, qualora tali impegni fossero stati previsti, non avrebbe potuto assumerli e, quindi, sarebbe stata esclusa.

La critica si risolve, dunque, in una inammissibile censura di diritto oggettivo, volta a far valere una illegittimità del bando, senza che sia riscontrabile alcun vantaggio pratico alla sua proposizione.

Parimenti da disattendere sono le doglianze relative al mancato recepimento delle indicazioni derivanti dagli orientamenti Anac, che non costituiscono parametro per la configurazione di vizi di legittimità.

Così come alcuna illegittimità è ravvisabile nella scelta della p.a. di indicare la certificazione della parità di genere di cui alla Legge 162/2021, Legge 234/2021, norma UNI PdR 125/2022, Dpcm 29 aprile 2022, quale modalità di attestazione *ex* art. 108 c. 7 cod. app. (che così prevede “*Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198*”).

F. Quanto ai motivi aggiunti al ricorso principale.

Va rigettata l’eccezione di tardività sollevata da parte resistente, sul rilievo che “*l’istanza di accesso del 21.02.2024 (doc. 12) è perciò intempestiva, perché l’interesse di acquisire il documento, al fine di valutare le eventuali carenze del contratto di avvalimento, è sorto sin dal 13.12.2023*” (data questa dell’istanza di autotutela presentata da parte ricorrente principale).

L’interesse all’ostensione è, viceversa, sorto all’esito dell’aggiudicazione, intervenuta il 14 febbraio 2024, momento in cui è stata estrinsecata definitivamente la volontà dell’amministrazione.

L’eccezione va, quindi, respinta.

Nel merito i motivi aggiunti sono infondati, dato che il contratto di avvalimento prodotto evidenzia previsioni conformi al prevalente e condiviso orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui "*la peculiarità dell'avvalimento della certificazione di qualità consiste nell'indispensabilità che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità" (da Consiglio di Stato, 13.9.2021, n. 6271; v., in senso conf., Consiglio di Stato, 8.10.2018, n. 5765),* (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 10/2/2023, n. 2373).

Sotto tale profilo il contratto prevede “*la società ausiliaria si obbliga a prestare e mettere a disposizione tutta la propria organizzazione comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che, complessivamente considerate, le hanno consentito di acquisire e mantenere la certificazione, e pertanto: A) l’organizzazione, le attività incluse quelle di controllo della qualità e di audit, la progettazione inclusi il piano d’azione, il piano strategico e gli obiettivi per il miglioramento, le tecniche operative, il know how ed i processi HR, il tutto conforme alla ed attuativo della certificazione di qualità: ossia in breve ogni elemento fondante la certificazione e concretamente applicato al servizio mediante i coordinatori, i responsabili di area e di strutture e l’assetto aziendale; B) il proprio personale idoneo all’esecuzione del servizio (…)*”

Tali previsioni appaiono, *ex ante*, aderire all’orientamento giurisprudenziale richiamato, mentre la loro implementazione attiene alla fase esecutiva del contratto, qui irrilevante.

G. La reiezione dei primi tre motivi di ricorso, ha come conseguenza anche il rigetto della prima domanda di danno, volta ad ottenere il risarcimento in forma specifica, ossia l’assegnazione del contratto, o per equivalente.

Ne consegue che gli atti di gara risultano impregiudicati, da cui deriva l’improcedibilità per carenza di interesse del ricorso incidentale e dei relativi motivi aggiunti.

H. Quanto alla domanda di danno basata sul secondo titolo dedotto (quarto motivo del ricorso principale), ossia sulla violazione del canone di buona fede, la stessa è fondata, nei termini seguenti.

E’ stato affermato che *“nelle gare pubbliche, le FAQ (Frequently Asked Questions), ovvero i chiarimenti in ordine alla valenza delle clausole della legge di gara fornite dalla stazione appaltante anteriormente alla presentazione delle offerte, "non costituiscono un'indebita, e perciò illegittima, modifica delle regole di gara, ma una sorta di interpretazione autentica, con cui l'amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della lex specialis" (Cons. Stato, V, 2 marzo 2022, n. 1486; III, 22 gennaio 2014, n. 290; IV, 21 gennaio 2013, n. 341), sicché esse, per quanto non vincolanti, orientano i comportamenti degli interessati e non possono essere considerate tamquam non essent*”, (Consiglio di Stato, Sez. V, 3/4/2023, n. 3434).

Nella specie il chiarimento fornito al di fuori della serie procedimentale vera e propria attinente alla gara, ed errato, è stato colposamente di segno diametralmente opposto rispetto alle decisioni prese nella serie procedimentale di gara, corrette.

Il chiarimento fornito collide con la novità introdotta nel nuovo codice in tema di avvalimento premiale e denota elementi di colpa, dato che sarebbe stato sufficiente indicare l'art. 104 cod. app, quale fonte di disciplina e base per la risposta al quesito.

Sussiste, quindi, l'elemento psicologico richiesto dalla responsabilità aquiliana, così come sussiste il danno evento, consistente nell'adesione a tale chiarimento e nella mancata attivazione dell'avvalimento da parte della ricorrente principale.

Sussiste anche il danno conseguenza, dato dalla perdita della *chance* di aggiudicazione, che deve ritenersi seria, dato che la ricorrente principale ha dichiarato incontestatamente che in precedenti gare è ricorsa a tale tipo di avvalimento (cfr. doc. n. 13 allegato al ricorso) e può ritenersi molto probabile che avrebbe potuto ricorrervi anche per la gara in rilievo.

Sussiste, infine, anche il nesso eziologico, poiché le faq, i chiarimenti, proprio perché provengono da fonte autorevole, ossia la pubblica amministrazione, la cui attività è generalmente sorretta dal principio di presunzione di legittimità (Consiglio di Stato, sez. IV, 26/8/2024, n. 7236), non possono essere considerati *tamquam non essent* e orientano inevitabilmente gli operatori economici.

L'offerta in risposta all'invito ad offrire della stazione appaltante è risultata falsata a causa dell'azione (l'informazione non corretta) dell'Amministrazione stessa ed ha determinato, in concreto, la formulazione di un'offerta valida (non era in gioco l'ammissibilità alla gara, ma una premialità) ma formulata a condizioni diverse (analogamente a quanto accade nel dolo incidente disciplinato dall'art. 1440 c.c. e nei c.d. "*vizi incompleti della volontà*", ricondotti dalla moderna dottrina e dalla giurisprudenza alla responsabilità precontrattuale *ex* art. 1337 c.c. e, più in generale, alla responsabilità da contratto valido; seppur nella specie, occorre sottolineare, sia ravvisabile mera colpa).

In merito al *quantum* di danno, se è pur vero che in genere il danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale è dato dall'interesse negativo e non da quello positivo derivante dall'esecuzione del contratto e, quindi, non dovrebbe essere parametrato all'utile, è anche vero che il lucro cessante, compreso in tale interesse negativo, è da intendersi come mancato guadagno rispetto ad eventuali altre occasioni di contratto che la parte alleghi di avere perduto (cfr. ad es. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 11/10/2021, n. 6397).

Nella specie, parte ricorrente non lamenta la illegittima esclusione, ma di aver perso un'occasione di guadagno nell'ambito della procedura in cui la stessa è stata ammessa, ma in cui non è risultata aggiudicataria (*rectius*, non ha potuto gareggiare ad armi pari e concorrere all'aggiudicazione, che avrebbe avuto serie probabilità di conseguire) a causa di un atto della stessa stazione appaltante.

Il mancato guadagno derivante da eventuali altre occasioni di contratto è, qui, nella stessa procedura in rilievo, perché una risposta della p.a. al quesito inviato, coerente con l'operato poi posto in essere nella procedura, avrebbe potuto portare parte ricorrente principale al conseguimento del contratto.

Con la precisazione che è qui in gioco un'offerta, seguente un invito ad offrire, e non un contratto, può condividersi che "*in conformità a indirizzo da tempo affermatosi nella giurisprudenza, in ipotesi di dolo incidente ex art. 1440 cod. civ., va riconosciuta la risarcibilità di danni ulteriori rispetto al minor vantaggio o al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento truffaldino e segnatamente dei danni correlati alla lesione dell'interesse positivo sottostante al contratto. Come efficacemente evidenziato dalla citata Cass. n. 19024 del 2005, «quando, come nell'ipotesi prefigurata dall'art. 1440 c.c., il danno derivi da un contratto valido ed efficace ma "sconveniente", il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere …, non può neppure essere determinato … avendo riguardo all'interesse della parte vittima del comportamento doloso (o, comunque, non conforme a buona fede) a non essere coinvolta nelle trattative, per la decisiva ragione che, in questo caso, il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato senza l'interferenza del comportamento scorretto,* (Cassazione civile sez. III, 29/2/2024, n. 5380).

Nel caso che occupa il Collegio, se la proposta fosse stata formulata a seguito di corretta informazione, molto probabilmente parte ricorrente principale avrebbe conseguito la commessa e avrebbe realizzato il relativo utile. Il danno deve essere, pertanto, commisurato all'utile che avrebbe incamerato eseguendo il contratto. Trattandosi, però, di perdita di *chance* ed essendo stata, come visto, molto elevata la probabilità di aggiudicazione, non dovrà prendersi a riferimento il 100%, bensì, secondo una decurtazione ritenuta congrua al caso di specie, il 90% di tale utile.

Ritiene, ancora, il Collegio che la vicenda in esame abbia due peculiarità che debbano trovare emersione nella quantificazione del danno.

Da un lato il bando in tema di avvalimento richiamava l'art. 104 cod. app. (quindi anche il suo ultimo comma) e disciplinava espressamente l'avvalimento finalizzato a migliorare l'offerta.

La certificazione della parità di genere era finalizzata a migliorare l'offerta, quindi, non sarebbero dovuti sorgere dubbi in merito alla possibilità di ricorrere all'avvalimento per tale certificazione.

Purtuttavia parte ricorrente ha formulato il quesito.

Dall'altro, la risposta a tale quesito, è stata di senso contrario alla disciplina, sia codicistica, sia della *lex specialis*.

Dunque la p.a. ha fornito un chiarimento non corretto, ma sono ravvisabili elementi di colpevolezza anche in capo a parte ricorrente principale, la quale ha posto un quesito che, in primo luogo, nessuno degli altri ricorrenti ha ritenuto di porre e, in secondo luogo, che non era nemmeno ragionevole porre, alla luce delle previsioni del bando e del nuovo codice degli appalti in tema di avvalimento premiale "puro". Dimodoché, ai sensi dell'art. 1227 c. 1 c.c. il risarcimento dovrà essere decurtato di una percentuale che il Collegio reputa equo fissare nel 30%.

Ciò considerato, ai sensi dell'art. 34 c. 4 c.p.a. parte resistente entro 30 giorni dal passaggio in giudicato della presente sentenza, dovrà proporre a favore di parte ricorrente principale una somma a titolo di risarcimento del danno, pari al 90% dell'utile ritraibile dal contratto oggetto di gara. Tale somma andrà poi decurtata, come esposto, del 30%.

In conclusione, per le ragioni espresse, il ricorso introduttivo del giudizio, i relativi motivi aggiunti e la prima domanda di danno sono infondati, mentre è fondata la seconda domanda di danno, come da motivazione; il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti sono improcedibili per carenza di interesse.

Spese al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- rigetta il ricorso introduttivo del giudizio, i relativi motivi aggiunti e la prima domanda di danno;
- accoglie nei sensi in motivazione la seconda domanda di danno;
- dichiara improcedibili ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti.

Condanna il Comune resistente al pagamento delle spese di lite di parte ricorrente principale, quantificate in euro 3.500,00 (tremilacinquecento/00) oltre accessori e rimborso del c.u. se ed in quanto pagato; compensate le altre.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente
Gianluca Morri, Consigliere
Fabio Belfiori, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Fabio Belfiori	**Giuseppe Daniele**

IL SEGRETARIO