



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 164 del 2024, proposto da

Città Azzurra - Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A0422ECA68, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Adami e Marco Sivieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Sivieri in Bolzano, corso Italia n. 13/M;

contro

Azienda Servizi Sociali di Bolzano - ASSB, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, con domicilio eletto in Trento, largo Porta Nuova, n. 9;ACP - Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alexandra Roilo, Patrizia Pignatta, Elisa Rodaro e Eric Chini dell'Avvocatura della Provincia, con domicilio digitale come da rispettive PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Seriana 2000 Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in qualità di mandataria del costituendo RTI con la mandante, Croce Rossa Italiana - Comitato della Provincia Autonoma di Bolzano - Alto Adige ODV, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnolletti e Paola Rea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Domenico Battaglia in Bolzano, p.zza Mazzini n. 2;Croce Rossa Italiana - Comitato della Provincia Autonoma di Bolzano - Alto Adige, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione Dirigenziale dell'ASSB - Azienda Servizi Sociali di Bolzano n. 309 del 05.06.2024, recante l'aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto la "Gestione di un centro diurno sociopedagogico per persone con disabilità a Bolzano" - CIG 0422ECA68 - in favore dell'odierno controinteressato raggruppamento temporaneo di imprese tra Seriana e CRI;

- del verbale dell'autorità di gara del 06.03.2024 inerente all'apertura delle buste delle offerte tecniche;

- di tutti gli atti presupposti, ivi compresi i verbali di gara inerenti alla valutazione della documentazione amministrativa dei partecipanti, nonché alla valutazione del merito tecnico e del dato economico delle offerte presentate, e segnatamente dei verbali della commissione giudicatrice di data 14, 19, 21 e 26.03.2024;

- di tutti gli atti del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del RTI controinteressato;

- nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o, comunque, connesso a quelli impugnati in via principale, ancorché sconosciuto.

nonché per la declaratoria

dell'inefficacia del contratto inerente alla suddetta gara, eventualmente *medio tempore* sottoscritto;

nonché per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno in via principale in forma specifica, nonché, in subordine, per equivalente nella misura che ci si riserva di quantificare in corso di causa.

nonché per l'accesso agli atti di gara

e segnatamente a tutta la documentazione prodotta in gara da Seriana Soc. Coop. (documentazione amministrativa, offerta tecnica ed offerta economica, con i relativi allegati, giustificazioni, etc.).

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ACP - Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici, di Seriana 2000 soc. coop. sociale e dell'Azienda Servizi Sociali di Bolzano;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2024 il consigliere Michele Menestrina e uditi per le parti i difensori come indicato in verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato in data 28.12.2023 l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (di seguito anche ACP) ha indetto, su incarico dell'Azienda Servizi Sociali di Bolzano (di seguito anche ASSB), una procedura aperta telematica, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio della "Gestione di un centro diurno socio-pedagogico per persone con disabilità a Bolzano".

Il bando prevede una durata contrattuale pari a 36 mesi, con facoltà per l'ente committente di rinnovarlo per un periodo di analoga durata, e determina l'importo a base d'asta in Euro 1.391.328,93, al netto d'IVA.

2. All'esito delle operazioni di gara, alla quale hanno partecipato tre concorrenti, il servizio è stato aggiudicato, con la determina dirigenziale meglio identificata in epigrafe, all'odierno RTI controinteressato, il quale con un punteggio complessivo riparametrato di 100,00 punti in graduatoria si è posizionato al primo posto immediatamente davanti all'odierna ricorrente, alla quale era stato assegnato un punteggio complessivo riparametrato pari a 99,88 punti.

3. Con il ricorso introduttivo la società cooperativa ricorre, evidenziando la differenza minima di punteggio pari a solo dodici centesimi di punto rispetto alla prima graduata, impugna gli atti e provvedimenti sopra meglio identificati in relazione all'aggiudicazione del servizio *de quibus* al RTI controinteressato, chiedendone l'annullamento, oltre all'accertamento del diritto al subentro nel contratto eventualmente già sottoscritto e alla domanda di accesso ex art. 116 c.p.a. al contratto di avvalimento e alle giustificazioni fornite dall'aggiudicataria nel subprocedimento per la valutazione dell'offerta anomala.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di impugnazione:

I) "Violazione degli art. 104 e 125 del d.lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia grave e manifesta". Con il presente motivo la ricorrente, con riferimento al "Criterio m) - certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al d.lgs n. 198/2006", lamenta l'illegittima assegnazione di due punti al RTI controinteressato, in quanto la mandante, CRI - Comitato della Provincia autonoma di Bolzano - Alto Adige, ne era priva e l'avvalimento effettuato dalla mandataria Seriana 2000 a favore della mandante, in tale specifica circostanza, non sarebbe ammissibile per una serie di molteplici ragioni.

II) "Violazione degli articoli 98 e 106 del d.lgs. n. 36/2023 e dell'art. 27, comma 12, l.p. 16/2015. Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia grave e manifesta." Il motivo è diretto a censurare la mancata presentazione della garanzia provvisoria da parte del RTI controinteressato, il quale aveva affermato di esserne esonerata, in quanto in possesso della certificazione di garanzia del sistema di qualità ISO 9000, mentre dall'interrogazione della relativa banca dati non risultava sussistente alcuna simile certificazione a favore della mandante Croce Rossa.

III) "Violazione dell'art. 17, comma 5 d.lgs. n. 36/2023. Violazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia grave e manifesta." Il motivo è teso a lamentare l'illegittimità della determina di aggiudicazione, in quanto adottata ancor prima della conclusione del sub-procedimento di verifica dei requisiti.

4. L'ACP si costituisce con memoria di mero stile e con successiva memoria di data 18.07.2024 controdeduceva ai singoli motivi di impugnazione, chiedendone il loro rigetto per infondatezza, e esponendo con riferimento alla domanda di accesso che la documentazione richiesta *medio tempore* sarebbe già stata ostesa.

5. Anche Seriana 2000 soc. coop. sociale si costituisce, nella sua qualità di mandataria del costituendo RTI con la mandante Croce Rossa Italiana - Comitato della Provincia Autonoma di Bolzano - Alto Adige ODV, con atto formale per poi controdedurre ai singoli motivi di ricorso, eccependo la loro inammissibilità e infondatezza, con memoria difensiva in vista della camera di consiglio fissata per il 23.07.2024.

6. ASSB si costituisce con controricorso di data 18.07.2024 controdeducendo ai singoli motivi di impugnazione e chiedendone il rigetto per inammissibilità e infondatezza.

7. Con ordinanza cautelare n. 71 di data 23.07.2024, per quanto concerne la domanda di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a., il TRGA rilevava che in forza dell'avvenuta produzione in giudizio del contratto di avvalimento nonché delle giustificazioni fornite dall'aggiudicataria in sede di verifica dell'anomalia, era venuto meno il relativo interesse della ricorrente, mentre in relazione al provvedimento contenente l'esito della valutazione sull'offerta anomala, il diritto d'accesso doveva, ai sensi dell'art. 35, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 36/2023, considerarsi differente fino all'aggiudicazione definitiva.

L'istanza cautelare è stata accolta ritenendo sussistente il *fumus boni iuris* in relazione al primo motivo di ricorso.

8. In vista dell'udienza di trattazione del 23 ottobre 2024, le parti depositavano ulteriore documentazione, memorie difensive e di replica e all'udienza pubblica, dopo la trattazione orale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. La questione all'esame attiene alla legittimità dell'aggiudicazione al costituendo RTI, Seriana 2000 e Croce Rossa Italiana - Comitato della Provincia Autonoma di Bolzano - Alto Adige, della procedura di gara indetta da ASSB in relazione all'affidamento del servizio della "Gestione di un centro diurno socio-pedagogico per persone con disabilità a Bolzano".

La società cooperativa ricorrente lamenta in via principale l'errata assegnazione al RTI controinteressato del punteggio di due punti previsto dal *Disciplinare* per il "criterio m) - certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al d.lgs n. 198/2006", in quanto solo la mandataria del costituendo RTI era in possesso del chiesto certificato e l'avvalimento da essa effettuato a favore della mandante non sarebbe ammissibile.

2. In via preliminare con riferimento all'interesse al ricorso il Collegio rileva come a seguito della valutazione tecnica al RTI controinteressato è stato attribuito, dopo la prima riparametrizzazione, un punteggio tecnico complessivo pari a 79,36 punti mentre alla società odierna ricorrente quello di 79,35 punti.

Ne consegue che se si dovesse sottrarre, come affermato dalla ricorrente, al punteggio attribuito al RTI controinteressato i due punti previsti per il criterio m), di cui qui si discute, la graduatoria relativa al punteggio tecnico andrebbe modificata a favore della ricorrente, con conseguente attribuzione ad essa, in forza della seconda riparametrizzazione, del punteggio pieno di 80,00 punti mentre al RTI controinteressato spetterebbe un punteggio pari a 78,00 punti.

Quindi sommando ai detti punteggi tecnici quelli attribuiti per l'offerta economica (Seriana 2000: 100 punti; Città Azzurra: 99,88 punti), risulterebbe che la gara andrebbe aggiudicata alla ricorrente, dal che conseguono anche un dubbio interesse al ricorso in capo alla stessa.

3. In relazione alla domanda di accesso documentale, il Collegio rileva come *medio tempore* l'amministrazione ha osteso e depositato in giudizio i documenti e gli atti ai quali la ricorrente ha chiesto di accedere, con conseguente sopravvenuta carenza di interesse rispetto a questa domanda e inutilità di qualsiasi pronuncia in merito.4. Passando alla trattazione del merito delle censure proposte, il tema centrale oggetto del primo motivo d'impugnazione del ricorso concerne, come già esposto in fatto, il contratto di avvalimento premiale stipulato dalla mandataria Seriana 2000 a favore della Croce Rossa Italiana in relazione al criterio m) previsto dal *Disciplinare* e avente ad oggetto la "Certificazione di parità di genere di cui all'art. 46-bis del codice di pari opportunità tra uomo e donna, di cui al d.lgs. n. 198/2006".

I "Criteri di valutazione dell'offerta tecnica" precisano che si tratta di un criterio tabellare per il quale è prevista l'assegnazione di 2 punti in caso di possesso del detto certificato e di zero punti in caso di mancato possesso (cfr. doc. 3 ACP).

4.1 Nella propria domanda di partecipazione alla gara, infatti, Seriana 2000, quale impresa ausiliaria, ha dichiarato che "il contratto d'avvalimento è stipulato per consentire all'ausiliaria Croce Rossa Italiana - Comitato della Provincia Autonoma di Bolzano Alto Adige ODV.../.../ per migliorare la propria offerta, in quanto CRI risulta carente della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al d.lgs n. 198/2006", lamenta l'illegittima assegnazione di due punti al RTI controinteressato, in quanto la mandante, CRI - Comitato della Provincia autonoma di Bolzano - Alto Adige, ne era priva e l'avvalimento effettuato dalla mandataria Seriana 2000 a favore della mandante, in tale specifica circostanza, non sarebbe ammissibile per una serie di molteplici ragioni.

4.2 La ricorrente lamenta che l'avvalimento meramente premiale nel caso di specie non sia ammesso perché:

- escluso espressamente dalla *lex specialis* della gara. Il *Disciplinare* nella parte in cui prescrive in modo specifico quale documentazione è richiesta in relazione a ogni singolo criterio di valutazione, al punto 11) "Criterio m) - Certificazione di parità di genere di cui all'art. 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al d.lgs. n. 198/2006" precisa espressamente che "In caso di RTI, consorzi, GEIE e reti d'impresa la certificazione deve essere presentata da tutti." (cfr. pag. 53 *Disciplinare*);

- il punteggio premiale è previsto a riconoscimento di una condizione soggettiva del concorrente che deve già sussistere al momento della gara. L'art. 108, comma 7, del d.lgs. 36/2023, il quale prevede l'attribuzione del punteggio premiale alle imprese che abbiano adottato politiche tese al raggiungimento della parità di genere, persegue lo scopo di sollecitare le imprese ad adottare politiche organizzative e produttive orientate al raggiungimento di obiettivi primari e superindividuali e, quindi, a premiare la condizione soggettiva di quel concorrente che ha già posto in atto le misure concrete e conseguito la parità di genere, o è in via di conseguimento della medesima. La norma mira, quindi, a valorizzare una condizione soggettiva del concorrente relativa alla specifica organizzazione e politica di impresa, che come tale non può essere messa a disposizione di terzi;

- ai sensi dell'art. 108, comma 7, d.lgs. 36/2023, l'avvenuta adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere può unicamente essere provata dal possesso della certificazione stessa, la quale, proprio perché riguarda una qualifica soggettiva ed anche etica dell'impresa concorrente alla gara, non può essere oggetto di "prestato" in avvalimento ad altra impresa, in quanto non in grado di ovviare al mancato rispetto della politiche di parità di genere all'interno dell'organizzazione dell'impresa ausiliaria;

- l'avvalersi della stessa identica certificazione da parte di due imprese diverse costituirebbe un'indebita ripetizione del requisito, non ammessa a norma dell'art. 104, comma 12, d.lgs. n. 36/2023, il quale recita: "Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione";

- il contratto d'avvalimento concluso nel caso di specie, non sarebbe comunque idoneo a trasferire il requisito in capo all'impresa ausiliaria.

5. In via preliminare la ricorrente accetta l'assegnazione di due punti al RTI controinteressato per l'ottienere del punteggio premiale, dopo aver preso in considerazione la valutazione tecnica al RTI controinteressato e la valutazione sull'offerta anomala, il diritto d'accesso doveva, ai sensi dell'art. 35, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 36/2023, considerarsi differente fino all'aggiudicazione definitiva.

L'istanza cautelare è stata accolta ritenendo sussistente il *fumus boni iuris* in relazione al primo motivo di ricorso.

6. In vista dell'udienza di trattazione del 23 ottobre 2024, le parti depositavano ulteriore documentazione, memorie difensive e di replica e all'udienza pubblica, dopo la trattazione orale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7. Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto.

- dichiara improbabile la domanda di accesso;

- lo accoglie per il resto il ricorso e per l'effetto annula gli atti impugnati.

Condanna la CRI, l'ASSB e la controinteressata Seriana 2000 a rifondere alla ricorrente le spese del presente giudizio che liquida a carico di ciascuna parte, nell'importo di Euro 4.000,00.

Quattro milioni, oltre accessori, se ed in quanto dovuta, nonché i contributi unificati.

Ordina che la parte in causa versi la somma di quattro milioni di Euro al ricorso.

Così decisa la sentenza sarà eseguita dal consiglio del 23 ottobre 2024 con l'intervento