

Consiglio di Stato, Sezione Sesta, Sentenza n. 5345 del 18 giugno 2025

Appalti di servizi – Certificazione di parità di genere – Avvalimento premiale – Ammissibilità –
Indicazione mezzi messi a disposizione

Pubblicato il 18/06/2025

N. 05345/2025REG.PROV.COLL.

N. 02356/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2356 del 2025, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. (...);

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - Sezione Autonoma della Provincia di Bolzano n.

54/2025, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e di (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2025 il Cons. Giovanni Gallone e uditi per le parti gli avvocati (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato in data 24 aprile 2024 il Comune di (...) (nel prosieguo, anche soltanto il “Comune”) ha indetto una “procedura aperta sopra soglia per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto elettronici per i dipendenti del Comune di (...) (CIG (...)”, per una durata complessiva di 36 mesi, rinnovabili per ulteriori 36, per un valore massimo stimato dell’appalto pari a € 5.312.500,00.

Il criterio di aggiudicazione prescelto è stato quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, con l’attribuzione di un massimo di 70 punti per l’elemento di valutazione qualitativo e di 30 punti per quello economico.

L’elemento di valutazione qualitativo è stato poi articolato in diversi criteri di valutazione di tipo tabellare, tra i quali occorre menzionare, per quanto qui di interesse, quello “Q5_Certificazioni”, avente ad oggetto la valorizzazione, tra l’altro, 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”, prevedendo per il suo possesso l’attribuzione di 2 punti.

1.1 Con riferimento a detta procedura ad evidenza pubblica hanno formulato un’offerta solo (...) S.r.l. (di seguito anche solo “(...)”) e (...) S.r.l. (di seguito anche solo “(...)”).

Ad esito delle operazioni di verifica delle offerte tecniche ed economiche delle concorrenti la Stazione Appaltante ha predisposto la graduatoria finale attribuendo a (...) un punteggio complessivo di 96,17 e a (...) un punteggio complessivo di 96,25.

In particolare, per quanto qui più interessa, a (...) sono stati attribuiti 2 punti aggiuntivi in relazione alla sopra richiamata voce “Q5_Certificazioni” in virtù dell’avalimento premiale della certificazione della parità di genere messa a disposizione da un’altra impresa.

1.2 Dopo aver verificato l’anomalia dell’offerta presentata da (...), con determinazione dirigenziale n. 2986 del 13 agosto 2024, la Stazione appaltante ha disposto in favore della medesima l’aggiudicazione della procedura di che trattasi.

2. Con ricorso notificato il 30 settembre 2024 e depositato il 10 ottobre 2024 (...) ha impugnato dinanzi al T.R.G.A. di Bolzano, chiedendone l’annullamento, i seguenti atti:

- la determinazione dirigenziale n. 2986 del 13.8.2024, con la quale il Comune di (...) ha aggiudicato a favore di (...) S.r.l. la “procedura aperta sopra soglia comunitaria per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto elettronici per i dipendenti del Comune di (...) (CIG (...))”;
- la nota dell’Autorità di gara prot. n. 0242436/2024 del 7.8.2024, portante la proposta di aggiudicazione disposta a favore di (...) S.r.l. della “procedura aperta sopra soglia comunitaria per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto elettronici per i dipendenti del Comune di (...) (CIG (...))”;
- tutti i verbali delle operazioni concorsuali, con particolare riguardo: (i) al Verbale di Seduta Riservata n. 1 del RUP del 10.6.2024, rubricato “Attribuzione dei punteggi tabellari all’offerta tecnica (busta virtuale B) e approvazione dei punteggi tecnici con e senza riparametrazione ai sensi della Parte II art. 1.1 del disciplinare di gara dd. 11.04.2024”, nella parte in cui il R.U.P. ha ritenuto la “certificazione sulla parità di genere” prodotta in gara da (...) S.r.l. conforme a quanto richiesto nel Capitolato e a

quanto dichiarato; (ii) al Verbale di Seduta Riservata n. 2 del R.U.P. dell'11.6.2024, rubricato “Attribuzione dei punteggi tabellari all'offerta tecnica (busta virtuale B) e approvazione dei punteggi tecnici con e senza riparametrazione ai sensi della Parte II art. 1.1 del disciplinare di gara dd. 11.04.2024” e ai relativi allegati, nella parte in cui il R.U.P. ha, tra l'altro, attribuito 2 punti all'offerta formulata in gara da (...) S.r.l. per il possesso 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” nell'ambito del criterio di valutazione premiale “Q5”, rubricato “Certificazioni”; (iii) al verbale / relazione del 5.8.2024 di “verifica dell'anomalia ai sensi dell'art. 30, commi 1 e 2, L.P. n. 16/2015 e ss.mm.ii., dell'art. 110, del D.lgs. n. 36/2023 e ss.mm.ii. e della linea guida PAB n. 7 “Formule per il calcolo dell'anomalia delle offerte ed esclusione automatica”, nell'ambito del quale è stata espletata la verifica di congruità dell'offerta formulata in gara da (...) S.r.l., poi conclusasi con esito positivo.

2.1 A sostegno del ricorso di primo grado ha dedotto i motivi così rubricati:

1) *Violazione di legge per violazione dell'art. 46 bis, d.lgs. n. 198 del 2006, rubricato “Certificazione della parità di genere”. Violazione di legge per violazione del D.P.C.M. 29.4.2022, recante ‘Parametri per il conseguimento della certificazione della parità di genere alle imprese e coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali e delle consigliere e consiglieri territoriali e regionali di parità’. Violazione di legge per violazione dell'art. 1.2.4 del Disciplinare di gara, rubricato “Criterio di aggiudicazione della procedura”. Violazione di legge per violazione dell'Allegato “criteri di valutazione”. Violazione di legge per violazione dell'art. 108, comma 7, d.lgs. n. 36 del 2023. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dagli artt. 1, 2, 3 e 5, d.lgs. n. 36 del 2023, ed in particolare quelli del risultato (legalità e concorrenza), della fiducia (azione legittima e corretta della P.A.), dell'accesso al mercato (concorrenza, imparzialità e non discriminazione) e della buona fede e del legittimo affidamento. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti. Inosservanza delle Prassi di riferimento UNI/PdR*

125:2022. Difetto di istruttoria. Illogicità ed irragionevolezza. Disparità di trattamento. Ingiustizia manifesta. Sviamento di potere;

2) Violazione di legge per violazione dell'art. 3.6 del Disciplinare di gara, rubricato "Avvalimento". Violazione di legge per violazione dell'Allegato "criteri di valutazione". Violazione di legge per violazione dell'art. 63, Direttiva n. 2014/24/UE. Violazione di legge per violazione degli artt. 100, 104, 108 e 131 d.lgs. n. 36 del 2023. Violazione di legge per violazione degli artt. 1325, 1346 e 1418 c.c. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dagli artt. 1, 2, 3 e 5, d.lgs. n. 36 del 2023, ed in particolare quelli del risultato (legalità e concorrenza), della fiducia (azione legittima e corretta della P.A.), dell'accesso al mercato (concorrenza, imparzialità e non discriminazione) e della buona fede e del legittimo affidamento. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti. Difetto di istruttoria. Illogicità ed irragionevolezza. Disparità di trattamento. Ingiustizia manifesta. Sviamento di potere;

3) Violazione di legge per violazione dell'att. 1.2 del Disciplinare di gara, rubricato, "Offerte anomale". Violazione di legge per violazione dell'art. 110, d.lgs. n. 36 del 2023. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dagli artt. 1, 2, 3 e 5, d.lgs. n. 36 del 2023, ed in particolare quelli del risultato (legalità e concorrenza), della fiducia (azione legittima e corretta della P.A.), dell'accesso al mercato (concorrenza, imparzialità e non discriminazione) e della buona fede e del legittimo affidamento. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti. Difetto di istruttoria. Illogicità ed irragionevolezza. Disparità di trattamento. Ingiustizia manifesta. Sviamento di potere.

3. Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 15 novembre e depositato il 19 novembre 2024, (...), sulla scorta della documentazione ottenuta a seguito di accesso relativa alle giustificazioni del prezzo offerto in gara presentate da parte della controinteressata, ha dedotto nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte.

3.1 In particolare ha formulato le seguenti doglianze:

- 1) *Violazione di legge per violazione dell'att. 1.2 del Disciplinare di gara, rubricato "Offerte anomale". Violazione di legge per violazione dell'art. 3 dell'Allegato "criteri per la valutazione delle offerte anormalmente basse", rubricato "Giustificazioni delle voci di prezzo / analisi dei prezzi unitari". Violazione di legge per violazione dell'art. 110, d.lgs. n. 36 del 2023. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dagli artt. 1, 2, 3 e 5, d.lgs. n. 36 del 2023, ed in particolare quelli del risultato (legalità e concorrenza), della fiducia (azione legittima e corretta della P.A.), dell'accesso al mercato (concorrenza, imparzialità e non discriminazione) e della buona fede e del legittimo affidamento. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti. Difetto di istruttoria. Illogicità ed irragionevolezza. Disparità di trattamento. Ingiustizia manifesta. Sviamento di potere;*
- 2) *Violazione di legge per violazione degli artt. 101, 108 e 110, d.lgs. n. 36 del 2023. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dagli artt. 1, 2, 3 e 5, d.lgs. n. 36 del 2023, ed in particolare quelli del risultato (legalità e concorrenza), della fiducia (azione legittima e corretta della P.A.), dell'accesso al mercato (concorrenza, imparzialità e non discriminazione) e della buona fede e del legittimo affidamento. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Difetto di istruttoria. Illogicità ed irragionevolezza. Ingiustizia manifesta. Sviamento di potere;*
- 3) *Violazione di legge per violazione dell'art. 108, d.lgs. n. 36 del 2023. Violazione di legge per violazione dell'art. 1.2.4 del Disciplinare di gara, denominato "Criterio di aggiudicazione della procedura" e del suo Allegato, denominato "Criteri di valutazione". Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dagli artt. 1, 2, 3 e 5, d.lgs. n. 36 del 2023, ed in particolare quelli del risultato (legalità e concorrenza), della fiducia (azione legittima e corretta della P.A.), dell'accesso al mercato (concorrenza, imparzialità e non discriminazione) e della buona fede e del legittimo affidamento. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per travisamento ed erronea*

valutazione dei fatti. Difetto di istruttoria. Disparità di trattamento. Illogicità ed irragionevolezza. Ingiustizia manifesta. Sviamento di potere.

4. Ad esito del relativo giudizio, con la sentenza indicata in epigrafe, l'adito T.R.G.A. ha accolto il ricorso come integrato da motivi aggiunti proposti in corso di causa ed ha, per l'effetto, annullato gli atti impugnati.

In particolare, disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione del punto 3.6 del Disciplinare di gara, ha ritenuto fondato in via assorbente il primo motivo di gravame a mezzo del quale (...) ha contestato la possibilità di ricorrere all'avvalimento premiale per sopperire alla carenza 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".

5. Con ricorso notificato il 19 marzo 2025 e depositato il 21 marzo 2025 (...) ha proposto appello avverso la suddetta sentenza chiedendone la riforma previa concessione di idonea tutela cautelare.

5.1 Ha affidato il gravame alle censure così rubricate:

1) *error in iudicando. violazione e falsa applicazione dell'art. 104 d.lgs. 36/2023. falsa applicazione dell'art. 100, comma 3, d.lgs. 36/2023. violazione e falsa applicazione dell'art. 3.6 del disciplinare di gara. violazione e falsa applicazione dell'art. 108, comma 4 e 7, d.lgs n. 36/2023. violazione e falsa applicazione dell'art. 46 bis del codice di pari opportunità. violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 4 d.lgs. 36/2023. violazione del principio del risultato. eccesso di potere. illogicità e irragionevolezza manifesta; violazione dell'art. 40, co. 1, lett. d) del codice del processo amministrativo.*

6. Nelle date, rispettivamente, del 24 e del 26 marzo 2025 il Comune di (...) e (...) si sono costituiti in giudizio per resistere avverso il gravame.

7. L'8 aprile 2025 (...) ha depositato due distinte memorie anche riproponendo ex art. 101, comma 2, c.p.a. i motivi non esaminati e dichiarati assorbiti dal primo giudice.

7.1 In particolare, ha riproposto i seguenti motivi:

- 1) *Violazione di legge per violazione dell'art. 3.6 del Disciplinare di gara, rubricato "Avvalimento". Violazione di legge per violazione dell'Allegato "criteri di valutazione". Violazione di legge per violazione dell'art. 63, Direttiva n. 2014/24/UE. Violazione di legge per violazione degli artt. 100, 104, 108 e 131 d.lgs. n. 36 del 2023. Violazione di legge per violazione degli artt. 1325, 1346 e 1418 c.c. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dagli artt. 1, 2, 3 e 5, d.lgs. n. 36 del 2023, ed in particolare quelli del risultato (legalità e concorrenza), della fiducia (azione legittima e corretta della P.A.), dell'accesso al mercato (concorrenza, imparzialità e non discriminazione) e della buona fede e del legittimo affidamento. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti. Difetto di istruttoria. Illogicità ed irragionevolezza. Disparità di trattamento. Ingiustizia manifesta. Sviamento di potere;*
- 2) *Violazione di legge per violazione dell'att. 1.2 del Disciplinare di gara, rubricato, "Offerte anomale". Violazione di legge per violazione dell'art. 110, d.lgs. n. 36 del 2023. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come 15 enunciati dagli artt. 1, 2, 3 e 5, d.lgs. n. 36 del 2023, ed in particolare quelli del risultato (legalità e concorrenza), della fiducia (azione legittima e corretta della P.A.), dell'accesso al mercato (concorrenza, imparzialità e non discriminazione) e della buona fede e del legittimo affidamento. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti. Difetto di istruttoria. Illogicità ed irragionevolezza. Disparità di trattamento. Ingiustizia manifesta. Sviamento di potere;*
- 3) *Violazione di legge per violazione dell'att. 1.2 del Disciplinare di gara, rubricato "Offerte anomale". Violazione di legge per violazione dell'art. 3 dell'Allegato "criteri per la valutazione delle offerte anormalmente basse", rubricato "Giustificazioni delle voci di prezzo / analisi dei prezzi unitari". Violazione di legge per violazione dell'art. 110, d.lgs. n. 36 del 2023. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dagli artt. 1, 2, 3 e 5, d.lgs. n. 36 del 2023, ed in particolare quelli del risultato (legalità e concorrenza), della fiducia (azione legittima e corretta della P.A.), dell'accesso al mercato (concorrenza, imparzialità e non*

discriminazione) e della buona fede e del legittimo affidamento. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti. Difetto di istruttoria. Illogicità ed irragionevolezza. Disparità di trattamento. Ingiustizia manifesta. Sviamento di potere;

4) *Violazione di legge per violazione degli artt. 101, 108 e 110, d.lgs. n. 36 del 2023. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dagli artt. 1, 2, 3 e 5, d.lgs. n. 36 del 2023, ed in particolare quelli del risultato (legalità e concorrenza), della fiducia (azione legittima e corretta della P.A.), dell'accesso al mercato (concorrenza, imparzialità e non discriminazione) e della buona fede e del legittimo affidamento. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Difetto di istruttoria. Illogicità ed irragionevolezza. Ingiustizia manifesta. Sviamento di potere;*

5) *Violazione di legge per violazione dell'art. 108, d.lgs. n. 36 del 2023. Violazione di legge per violazione dell'art. 1.2.4 del Disciplinare di gara, denominato "Criterio di aggiudicazione della procedura" e del suo Allegato, denominato "Criteri di valutazione". Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dagli artt. 1, 2, 3 e 5, d.lgs. n. 36 del 2023, ed in particolare quelli del risultato (legalità e concorrenza), della fiducia (azione legittima e corretta della P.A.), dell'accesso al mercato (concorrenza, imparzialità e non discriminazione) e della buona fede e del legittimo affidamento. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Difetto di istruttoria. Disparità di trattamento. Illogicità ed irragionevolezza. Ingiustizia manifesta. Sviamento di potere.*

8. All'udienza in camera di consiglio del 10 aprile 2025 le parti hanno chiesto concordemente la fissazione del merito a breve impegnandosi altresì a non chiedere l'esecuzione dei provvedimenti adottati fino alla definizione nel merito del giudizio.

Il Collegio ha, quindi, rinviato la causa all'udienza di merito del 12 giugno 2025.

9. Nelle date del 27 e del 30 maggio 2025 parte appellante, (...) ed il Comune di (...)

hanno depositato memorie, anche di replica.

10. All'udienza pubblica del 12 giugno 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con l'unico motivo di appello si censura, sotto un primo profilo, la sentenza impugnata nella parte in cui la stessa ha disatteso l'eccezione di inammissibilità del primo motivo di ricorso formulata in primo grado da (...) per omessa impugnazione della clausola di cui all'art. 3.6 del Disciplinare di gara in tema di avvalimento.

In particolare, il capo 16.4 della sentenza qui gravata ha rigettato detta eccezione ritenendo che:

- “né il testo così riferito del disciplinare, né quello dell'art. 104 del d.lgs. n. 36/2023, né infine quello dell'ivi richiamato art. 100, comma 3, dello stesso d.lgs., dedicano una disposizione specifica alla disciplina delle certificazioni della qualità aziendale riferita all'avvalimento premiale”;
- “la disciplina sull'avvalimento testé considerata, sia di natura amministrativa che legislativa, nulla disponeva immediatamente e direttamente sulla questione se una certificazione di qualità aziendale potesse o meno essere oggetto di un avvalimento premiale. Ne consegue, che la ricorrente non era tenuta ad alcuna immediata impugnazione della disciplina di gara, dal momento che la stessa non prendeva in alcun modo in esame l'ammissibilità o meno delle certificazioni di qualità aziendale ai fini dell'avvalimento premiale”.

Secondo parte appellante il primo giudice avrebbe errato nel non rilevare l'inammissibilità del primo motivo di ricorso, poiché l'art. 3.6 del Disciplinare di gara consentirebbe il ricorso all'avvalimento c.d. premiale puro “per migliorare la propria offerta avvalendosi dei requisiti, di dotazioni tecniche, risorse umane e strumentali messe a disposizione da uno o più operatori economici ausiliari”. Inoltre, la medesima disposizione avrebbe chiarito espressamente i casi in cui non sarebbe stato consentito utilizzare l'avvalimento, e cioè “per la dimostrazione dei requisiti generali” e “per

soddisfare il requisito dell’iscrizione all’Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all’articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152”. Osserva parte appellante che, risultando pacificamente ammesso il ricorso all’avvalimento per la certificazione della parità di genere in forza di tale previsione della lex specialis, il R.U.P., nell’attribuire 2 punti aggiuntivi a (...), si sarebbe limitato ad applicare correttamente le disposizioni del Disciplinare di gara.

1.1 Sotto un secondo profilo, si censura la sentenza impugnata nella parte in cui la stessa ha accolto il primo motivo del ricorso introduttivo richiamando un proprio precedente arresto ed affermando che “la certificazione di parità di genere attiene ad una condizione soggettiva intrinseca dell’azienda che non può costituire oggetto di un contratto di avvalimento, perché non assimilabile ad una risorsa da mettere a disposizioni di terzi che poi la potrebbero impiegare nell’esecuzione di un lavoro o di un servizio”.

Secondo parte appellante detta statuizione sarebbe errata in quanto la certificazione sulla parità di genere non sarebbe altro che una certificazione che attesta la qualità di un processo aziendale, nello specifico sulla parità di genere delle risorse umane.

In questo senso si deduce che i processi e le politiche messe in campo da una azienda per raggiungere la parità di genere sarebbero, contrariamente a quanto ritiene il T.R.G.A., di certo trasferibili ad un’altra azienda tramite contratto di avvalimento, la quale ben potrà utilizzare tali misure all’interno della propria realtà aziendale, esattamente come accade con qualsiasi altra certificazione di qualità.

Secondo parte appellante non coglie poi nel segno la motivazione adottata dal giudice di prime cure, secondo cui il legislatore affida “ad appositi organismi accreditati” la verifica dei processi aziendali messi in campo ed il rilascio della relativa certificazione, in quanto ciò non esclude affatto che la certificazione rilasciata dall’organismo accreditato possa essere poi l’oggetto di un contratto di avvalimento. In proposito si soggiunge che la certificazione sulla parità di genere è una certificazione di qualità

rilasciata in base alla prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022, pubblicata ai sensi del Regolamento UE n.1025/2012 e che rappresenta attesta l'adozione di uno specifico processo aziendale.

2. Le suddette doglianze sono fondate nei limiti e sensi appreso precisati.

In particolare, va disatteso il primo profilo di censura atteso che, come correttamente ritenuto dal primo giudice, (...) non aveva l'onere di impugnare la clausola del disciplinare di gara di cui al punto art. 3.6. atteso che:

- quest'ultimo è, ai fini di causa, sostanzialmente riproduttivo del testo di legge primaria e, segnatamente, dell'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, più volte espressamente richiamato;
- in ogni caso, la questione posta dal ricorrente di primo grado non riguarda l'ammissibilità in generale del ricorso ad un avvalimento cd. "premiale" quanto, piuttosto, che questo sia possibile rispetto alla certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del d.lgs. n. 198 del 2006, aspetto non espressamente preso in considerazione dalla disciplina di gara.

2.1 Merita, invece, positivo apprezzamento il secondo profilo di censura.

Il Collegio è, infatti, del meditato avviso che, a differenza di quanto statuito nella sentenza impugnata, debba ritenersi ammissibile, alla luce del diritto interno ed eurounitario, il ricorso da parte di un operatore economico all'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione del possesso del requisito premiale, previsto dalla *lex specialis*, della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del d.lgs. n. 198 del 2006.

Depongono in tal senso una pluralità di argomenti, invero già in parte lumeggiati dalla giurisprudenza di primo grado (tra cui T.A.R. per le Marche, 7 novembre 2024, n. 862; T.A.R per la Toscana, 10 giugno 2025, n. 1026).

2.2 Anzitutto, occorre muovere dalla constatazione che l'avvalimento è istituto di ascendenza eurounitaria tradizionalmente ispirato, in un'ottica pro-concorrenziale, al

favor participationis e, quindi, a consentire l'ampliamento della platea dei potenziali concorrenti alla procedura.

Va tuttavia evidenziato che, superando le perplessità manifestate in precedenza da una parte della giurisprudenza e della dottrina, il nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023) ha operato un “cambio di impostazione” spostando l'asse della sua disciplina e ricomprensendo “nell'ambito dell'avvalimento anche quella particolare figura indicata come avvalimento c.d. premiale, in cui il prestito delle risorse è diretto ad ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti” (così la Relazione di accompagnamento al Codice, pag. 153).

Come è stato notato, ciò ha determinato la “liberalizzazione” dell'avvalimento c.d. “premiale” anche nella sua versione c.d. “pura” (e non, invece, solo “mista” e, cioè, relativa a risorse che sono comunque effettivamente prestate per integrare i requisiti ma che poi vanno anche a “qualificare” in termini qualitativi l'offerta – Cons. Stato, sez. V, 17/09/2021, n.6347), ossia del “prestito” di dotazioni e risorse da parte di un'impresa (“ausiliaria”) a favore di altro operatore economico che partecipa a una procedura di affidamento di un contratto pubblico, operato al fine di consentire a quest'ultimo – come oggi recita l'articolo 104 del nuovo codice – di “*migliorare la propria offerta*”.

A ciò è stato condivisibilmente aggiunto che l'avvalimento cd. “premiale” risulta dotato di un “autonoma funzione pro-concorrenziale”, qualitativamente distinta rispetto all'avvalimento partecipativo, e che consiste, in maniera non dissimile a quanto accade per altri istituti (tra cui *in primis* le forme di partecipazione aggregata alla procedura- R.T.I., consorzi), nella possibilità per l'operatore economico di accrescere la qualità tecnica della propria offerta, rendendola più idonea a conseguire l'aggiudicazione al fine di ottenere maggiore spazio sul mercato ed incrementare la propria efficienza produttiva e i propri livelli di redditività.

Ebbene, in questa ottica, costituendo l'avvalimento anche nella sua versione

“premiale”, istituto servente alla realizzazione del fondamentale principio di matrice eurounitaria della concorrenza (art. 3 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, Considerando 1 alla Direttiva 2014/24/UE DEL Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014), i giudici nazionali sono tenuti a prediligere, in sede interpretativa, anche al fine di garantire il cd. “effetto utile”, le soluzioni ermeneutiche che ne consentano l’operatività o che, comunque, ne assicurino il più vasto campo di applicazione.

2.3 Del resto, venendo al quadro normativo nazionale, l’art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023 (e di riflesso la *lex specialis* di gara che di questo, come prima osservato, è sostanzialmente riproduttiva) ammettono in generale il ricorso all’avalimento cd. “premiale” prevedendo solo taluni specifici e puntuali limiti (si veda, ad esempio il comma 10 dell’art. 104 del d.lg. n. 36 del 2023) all’operatività dell’istituto dell’avalimento *tout court* inteso, i quali, avendo natura eccezionale, vanno letti ex art. 14 disp. prel. cc. in chiave necessariamente restrittiva.

Ne discende che fuori dall’ambito dei requisiti generali (corrispondenti alle cause di esclusione) di cui agli artt. 94 e 95, che riguardano per così dire l’imprenditore quale soggetto, e di detti casi tipizzati di requisiti riguardanti l’impresa, in cui testualmente non rientra quello delle certificazioni della parità di genere di cui all’articolo 46-bis del d.lgs. n. 198 del 2006, va per, converso, sempre ammesso il ricorso all’istituto dell’avalimento, sia esso di tipo “partecipativo” ovvero “premiale”.

2.4 Sotto altro profilo va poi osservato che il ricorso all’avalimento è stato espressamente ammesso dalla giurisprudenza di questo Consiglio in relazione alle certificazioni di qualità (Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 502; Cons. Stato, sez. III, n. 4418 del 2019; Cons. Stato, sez. III, n. 3517 del 2015), *genus* al quale è sostanzialmente riconducibile anche la certificazione della parità di genere di cui all’articolo 46-bis del d.lgs. n. 198 del 2006.

Quest’ultima disposizione, infatti, stabilisce che “A decorrere dal 1° gennaio 2022 è

istituita la certificazione della parità di genere al fine di attestare le politiche e le misure concrete adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere in relazione alle opportunità di crescita in azienda, alla parità salariale a parità di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità”.

La certificazione *de qua*, rilasciata da organismi accreditati, attesta, quindi, l'adozione all'interno di un'azienda di un sistema di gestione conforme ad una specifica prassi (la UNI/PdR 125:2022) ed attiene, pertanto, all'organizzazione ed ai processi aziendali comprovando che si è prescelto un assetto di questi in grado di assicurare inclusione ed equità di genere. Ciò ne fa un attributo del compendio aziendale (inteso ex art. 2555 c.c. quale “complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”), esportabile, come tale, nella sua oggettività da un'impresa all'altra.

La vicinanza, pur nelle sue indubbie specificità, della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del d.lgs. n. 198 del 2006 alla figura del “certificato di qualità” si percepisce, peraltro, con chiarezza dalla simmetria con la formulazione letterale dell'attuale Allegato II.8 del nuovo Codice (che ha sostituito l'art. 87, comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016) il quale, al suo punto I, definisce il secondo come il “certificato rilasciato da un organismo di valutazione di conformità quale mezzo di prova di conformità dell'offerta ai requisiti o ai criteri stabiliti nelle specifiche tecniche, ai criteri di aggiudicazione o alle condizioni relative all'esecuzione dell'appalto”.

Non può, del resto, sfuggire che l'art. 108, comma 7, ultimo periodo, del nuovo Codice dei Contratti Pubblici ha inteso menzionare espressamente il possesso della certificazione della parità di genere come criterio premiale di aggiudicazione.

2.5 Né dalla deposizione da ultimo citata possono trarsi, come invece sostenuto da parte appellata, argomenti contrari alla tesi che qui si è voluto accogliere. E, infatti, l'art. 108, comma 7, ultimo periodo, del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (secondo cui “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") si limita a imporre alle stazioni appaltanti la previsione di un criterio premiale di aggiudicazione legato al possesso della certificazione della parità di genere senza, tuttavia, prescriverne il necessario possesso diretto. V'è, peraltro, da ritenere, che se il legislatore avesse inteso introdurre un divieto di avvalimento "premiale" rispetto a tale particolare figura di certificazione lo avrebbe fatto in maniera espressa intervenendo nella sede materiale più opportuna (e cioè sulla disciplina dell'avvalimento ex art. 104 e non anche su quella generale in materia di criteri di aggiudicazione).

2.6 Per quanto illustrato la sentenza impugnata merita riforma nella parte in cui ha ritenuto inammissibile il ricorso da parte di (...) all'avvalimento cd. "premiale" per la comprova del possesso della certificazione della parità di genere.

3. L'accertata fondatezza dell'appello nei sensi e limiti sopra precisati impone di scrutinare i motivi riproposti in via di subordine da (...) ai sensi dell'art., 101, comma 1, c.p.a..

Con il primo di essi si ripropone il secondo motivo del ricorso di primo grado.

Con esso (...) ha dedotto che:

- (...) S.r.l. ha prodotto in gara nell'ambito della propria offerta tecnica il contratto di avvalimento intercorso tra quest'ultima e la società ausiliaria (...) S.p.A.;
- dalla semplice lettura del documento in parola, si ricaverebbe tuttavia la nullità del contratto in questione, a causa dell'estrema genericità ed indeterminatezza del suo oggetto per violazione del combinato disposto degli artt. 1325, 1346 e 1418 c.c., ed al contempo la violazione di cui all'art. 104, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023, secondo il quale l'avvalimento "è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata

dell'appalto”;

- il contratto di avvalimento tra (...) S.r.l. e (...) S.p.A. avrebbe un contenuto generico ed indeterminato e che analogo carattere presenta la dichiarazione resa in allegato al contratto di avvalimento dalla medesima società ausiliaria;
- il contratto in questione si sostanzierebbe nella mera e pedissequa riproduzione dei requisiti indicati in maniera generale ed astratta dall'art. 3.6 del Disciplinare di gara e dell'art. 104, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023, risolvendo la questione con l'utilizzo di mere clausole di stile senza che nessuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati sia in esso rinvenibile.

(...) deduce, poi, la mancata allegazione in gara della certificazione in parola ad opera della impresa ausiliaria osservando che la dichiarazione rilasciata dalla società (...) S.p.A. si limiterebbe a ribadire una generica descrizione della fornitura senza allegare la certificazione in parola.

3.1 Sotto un secondo profilo, si deduce la violazione del comma 4 dell'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023 (norma applicabile anche agli appalti di servizi quale quello per cui è causa), il quale prevede che nell'avvalimento premiale - al pari di quello qualificante - l'ausiliaria debba disporre dei requisiti previsti dall'art. 100, d.lgs. n. 36 del 2023, tra i quali vi è l'idoneità professionale.

Con riferimento proprio a tale idoneità, si osserva che il disciplinare della gara de qua ha richiesto, tra l'altro, di “(a1) essere in possesso dei requisiti previsti dal 14 comma 2 dell'art. 131 del D.Lgs. 36/2023” ed ancora di “(b) essere iscritto al registro delle imprese oppure nell'Albo delle Imprese artigiane per attività pertinenti ai servizi oggetto di gara in conformità a quanto previsto dall'art. 100, comma 3, d.lgs. 36/2023”.

Si deduce che, tuttavia, nel caso di specie, l'ausiliaria non sarebbe in grado di soddisfare tali requisiti in quanto svolge un'attività per nulla pertinente con quella oggetto di gara, non svolgendo attività di servizio sostitutivo di mensa mediante

fornitura di buoni pasto, e neppure *lato sensu* di mensa o ristorazione, occupandosi invece di servizi di *customer care*.

4. Il motivo è fondato nei sensi appresso precisati.

Il contratto di avvalimento esibito da (...) (doc. 17 allegato all'atto di appello) è nullo ex art. 104, comma 1, secondo periodo, del nuovo Codice dei Contratti Pubblici perché presenta un oggetto non determinato né determinabile non recando l'"indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico".

È, infatti, sufficiente rilevare che il contratto in parola, al suo art. 1 (rubricato "Oggetto"), afferma laconicamente che "In relazione all'appalto per l'affidamento in appalto di servizi per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto elettronici per i dipendenti del comune di (...) così identificato: CIG (...), l'Impresa Ausiliaria si obbliga a fornire all'Impresa Concorrente, ai fini della partecipazione alla gara de qua, ovvero per l'ottenimento di un punteggio più elevato in sede di valutazione dell'offerta nonché per l'esecuzione delle relative prestazioni, i seguenti requisiti di capacità tecnica e professionale previsti al punto «Q-5_certificazioni della parità di genere», contenuti nell'allegato «Criteri di valutazione», in particolare: a) la 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 per cui sono previsti n.2 punti di aggiudicazione; (Allegato A)".

In nessun altro suo punto il suddetto contratto definisce le concrete risorse e capacità messe a disposizione dell'ausiliato ma, anzi, con formula tautologica ed ambigua, nel tratteggiare le prestazioni oggetto delle obbligazioni gravanti sull'ausiliaria, al suo art. 4, si limita a stabilire che quest'ultima si impegna (lett. c) a "mettere a disposizione le risorse tecnico- organizzative in modo sufficientemente determinato e determinabile, così da consentire la loro effettiva disponibilità da parte dell'Impresa Concorrente" e (lett. d) a "mettere a disposizione il complesso organizzato di beni e risorse costituenti l'organizzazione aziendale globalmente considerata /o un suo ramo inteso come unità

organizzativa funzionalmente autonoma”.

Trattasi invero, di formule di mero stile prive di connotazione concreta.

Né il semplice richiamo al certificato contenuto all’art. 1 del contratto di avvalimento vale a rendere determinabile *per relationem* l’oggetto del medesimo. E, infatti, benché materialmente allegato all’offerta tecnica di (...) (doc. n. 18 al ricorso di primo grado), da tale certificato non è certamente dato evincere quale degli accorgimenti o assetti aziendali ovvero quali delle risorse dell’impresa ausiliaria che hanno a questa consentito di conseguire la certificazione abbiano formato specifico oggetto dell’avvalimento.

4.1 Non coglie, peraltro, nel segno la deduzione della difesa di (...) secondo cui la peculiarità dell’avvalimento di una certificazione di qualità, rispetto all’avvalimento c.d. “tecnico-operativo”, consisterebbe proprio nella messa a disposizione da parte dell’impresa ausiliaria di tutta la propria organizzazione aziendale che ha nella sua interezza concorso a determinare il risultato conseguito con l’acquisizione della certificazione stessa.

Sul punto va, in primo luogo, osservato che la disciplina di cui al nuovo art. 104, comma 1, secondo periodo, del Codice dei Contratti Pubblici, prescrive a pena di nullità l’indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell’operatore economico con riguardo ad ogni tipologia di avvalimento.

Ma anche a voler prescindere da tale rilievo è evidente che l’avvalimento di che trattasi, per le caratteristiche compendiate al punto 2.4, è da ricondurre nella categoria di conio pretorio dell’avvalimento cd. “operativo” e non “di garanzia” (sulla distinzione, da ultimo, Cons. Stato sez. V, 10/02/2025, n.1065), non riguardando il prestito requisiti di tipo economico-finanziari.

Inoltre, non può tacersi che proprio la peculiare natura dell’avvalimento premiale della certificazione della parità di genere richiede un vaglio attento del requisito della specificità e tanto al fine di evitare forme abusive di avvalimento puramente cartolare

in grado di alterare più che di promuovere, nei termini di cui si è detto in precedenza, il gioco della concorrenza.

Ciò si lega, del resto, alla stessa nozione legale di certificato di parità di genere di cui all'articolo 46-bis del d.lgs. n. 198 del 2006 la quale fa esplicito riferimento all'adozione di politiche e misure “concrete”.

Ma, soprattutto, una severa verifica della specificità dell'oggetto dell'avvalimento premiale della certificazione della parità di genere si ricollega all'esigenza di garantire che sia effettivamente perseguito l'obiettivo avuto di mira dal legislatore con l'art. 108, comma 7, del nuovo Codice e, cioè, che sia promossa l'inclusione ed equità di genere nel settore delle commesse pubbliche.

Da tempo è, infatti, tramontata – su impulso anche delle direttive UE del 2014 e non senza talune critiche dottrinali - una concezione meramente “contabilistica” dell'evidenza pubblica per farne, invece, strumento di tutela di interessi pubblici anche ulteriori e diversi rispetto a quelli tradizionalmente connaturati alla contrattualistica pubblica (interessi ulteriori come, ad esempio, l'ambiente, la tutela delle piccole e medie imprese o, nel caso di specie, l'uguaglianza di genere). Obiettivi, questi, di conformazione del mercato che rientrano nel fuoco allargato del “risultato”, stella polare del nuovo Codice, non a caso espressamente perseguito “nell'interesse della comunità” (comma 3 dell'art. 1). E ciò con la fondamentale precisazione che anche “La concorrenza tra gli operatori economici”, a cui si ricollega - come detto - l'istituto dell'avvalimento cd. “premiale”, non può frustrare la realizzazione di tale scopo ma resta comunque “funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti” (art.1, comma 2, del nuovo Codice dei Contratti Pubblici).

Ne discende, in conclusione, la necessità ex art. 104, comma 1, secondo periodo, del nuovo Codice dei Contratti Pubblici che la stipula di un contratto di avvalimento “premiale” relativo alla certificazione di genere non si risolva in un'operazione meramente formale ma assuma, piuttosto, connotati di realtà e concretezza e che, a tal

fine, lo stesso individui le risorse umane e materiali, i protocolli organizzativi ed i piani aziendali, espressione del *know how* specifico attestato dalla certificazione, che non risultano, nel caso di specie, messi concretamente a disposizione dell'ausiliato.

4.2 In virtù di quanto appena illustrato, va accolto, con assorbimento degli altri profili di doglianze in esso contenuti, il primo motivo riproposto ex art. 101, comma 2, c.p.a. da (...).

Il ricorso di primo grado va, quindi, accolto nei medesimi termini (*id est* con riguardo al suo secondo motivo) e tanto porta ad annullare, sebbene per motivazione diversa da quella offerta dal primo giudice, i provvedimenti gravati in prime cure (e, segnatamente, l'aggiudicazione disposta in favore di (...)) atteso che a quest'ultima non possono essere accordati i 2 punti aggiuntivi in relazione alla voce “Q5_Certificazioni” legata al possesso della certificazione della parità di genere, invero determinanti per collocare l'appellata alla prima posizione in graduatoria .

Irrilevante è, peraltro, la circostanza, sopravvenuta all'indizione della gara, che (...) abbia, nel corso del presente giudizio, acquisito in proprio la suddetta certificazione atteso che, all'evidenza, non possedeva la stessa al momento della scadenza del termine di presentazione dell'offerta (che segna la barriera temporale ultima cui fare riferimento nella valutazione delle offerte).

4.3 L'accertata fondatezza, nei termini appena visti, del primo dei motivi ex art. 101, comma 2, c.p.a. da (...) S.r.l., esonera questo giudice dallo scrutinare le ulteriori doglianze riproposte da parte appellata (il cui accoglimento non consentirebbero alla medesima di ottenere alcuna ulteriore concreta utilità).

5. Per le ragioni sopra esposte, l'appello è in parte fondato e va accolto nei limiti e sensi prima indicati.

Va, tuttavia, accolto anche il primo dei motivi riproposti ex art. 101, comma 2, c.p.a. da (...) S.r.l..

Ne discende che deve comunque essere accolto, seppur con diversa motivazione, il

ricorso di primo grado come integrato da motivi aggiunti proposti in corso di causa proposto da (...) e, per l'effetto, va disposto l'annullamento degli atti con esso gravati.

6. Sussistono, anche in ragione della novità della questione e della parziale fondatezza dell'appello, giustificati motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte nei limiti e sensi di cui in motivazione e, accolto altresì il primo dei motivi riproposti ex art. 101, comma 2, c.p.a. da (...) S.r.l., accoglie, con altra motivazione, il ricorso di primo grado come integrato da motivi aggiunti proposti in corso di causa e, per l'effetto, annulla gli atti gravati in prime cure.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

Gudrun Agostini, Consigliere

L'ESTENSORE

Giovanni Gallone

IL PRESIDENTE

Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO