



## DELIBERA N. 839

21 ottobre 2020.

### Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Ministero della Giustizia - Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità - Centro per la Giustizia Minorile per la Puglia e la Basilicata - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione collettiva a ridotto impatto ambientale con preparazione pasti in centro di cottura dell'Amministrazione: lotto 1 presso l'Istituto Penale per i Minorenni/CPA di Bari (vitto ragazzi) CIG 8353549EB2; lotto 2 presso l'Istituto Penale per i Minorenni di Potenza (vitto ragazzi e mensa del personale) CIG 83536165FF - Importo a base di gara euro: 973.560,12 - S.A.: Ministero della Giustizia - Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità - Centro per la Giustizia Minorile per la Puglia e la Basilicata.

**PREC 193/2020/S**

### Riferimenti normativi

Art. 83, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016.

### Parole chiave

Requisiti di capacità tecnica e professionale, numero medio annuo di dipendenti.

### Massima

**Requisiti di capacità tecnica e professionale – Numero medio di dipendenti nell'ultimo triennio – Interpretazione.**

La clausola della *lex specialis* con la quale la stazione appaltante ha richiesto la presenza, nell'ultimo triennio, di un determinato numero "*medio annuo*" di dipendenti (senza specificare espressamente la necessità della presenza di ciascun dipendente per l'intero periodo senza soluzione di continuità), va interpretata conformemente all'art. 83 del Codice e al principio del *favor participationis*, nel senso cioè di non consentire l'esclusione dalla procedura di un operatore che abbia documentato di possedere un numero medio annuo di addetti non inferiore a due unità, indipendentemente dalla circostanza che una figura professionale abbia prestato servizio in una frazione di anno nell'arco temporale di riferimento.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 ottobre 2020

## DELIBERA

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. n. 68072 del 16 settembre 2020, con la quale il Ministero della Giustizia ha chiesto all'Autorità se sia legittima o meno l'esclusione di un operatore (Rag. Pietro Guarnieri Figli S.r.l.) che, nell'ambito della procedura in oggetto, ai fini del soddisfacimento del requisito di capacità tecnica relativo al numero medio triennale dei dipendenti, ha dichiarato un numero di addetti che in termini di rigorosa media aritmetica risulta leggermente inferiore al quantitativo richiesto dalla *lex specialis*. Espone, in particolare, la SA che, a fronte della richiesta del possesso di un numero medio annuo di addetti non inferiore a due unità nel triennio 2017-2018-2019 (di cui un cuoco di 3 livello e un aiutocucina di 6 livello o un addetto mensa di 7 livello), un concorrente ha dichiarato di avere in organico la figura professionale di cuoco solo a decorrere dal 1 agosto 2017, con la conseguenza che – a detta della SA – il numero medio triennale dei dipendenti risulterebbe essere pari a 0,81, rapportando i mesi di presenza del cuoco al triennio considerato (5+12+12/36). La SA, pur ritenendo non soddisfatto il requisito di capacità tecnica *de quo*, chiede se sia possibile procedere ad un arrotondamento matematico del primo decimale, secondo le modalità previste dal d.m. 18 aprile 2005 (recante "*Adeguamento alla disciplina comunitaria dei criteri di individuazione di piccole e medie imprese*") relativamente ai criteri di individuazione del numero di dipendenti delle società; criterio di calcolo che, invece, consentirebbe di ritenere soddisfatto il requisito in argomento;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota prot. n. 69552 del 22 settembre 2020;

VISTA la documentazione in atti nonché la memoria dell'operatore controinteressato, acquisita al prot. n. 70579 del 25 settembre 2020;

PREMESSO CHE l'art. 8.4 del disciplinare di gara richiede tra i seguenti requisiti di capacità tecnica e professionale: "*Nel triennio 2017-2018-2019: ... 2. Aver avuto un numero medio annuo di addetti non inferiore a n. 2 unità nel settore di attività oggetto dell'appalto e servizi di ristorazione collettiva analoghi con le seguenti figure professionali: almeno n. 1 Cuoco (3 liv) ed almeno n. 1 tra Aiutocucina (6 liv) ed Addetto mensa (7 liv)*";

RILEVATO che dalla documentazione in atti risulta che la società Rag. Pietro Guarnieri Figli S.r.l. ha dichiarato che "*nel triennio 2017-2018-2019 ha avuto un numero medio annuo di addetti non inferiore a n. 2 unità nel settore di attività oggetto dell'appalto e servizi di ristorazione collettiva analoghi; ha in organico le figure professionali con le caratteristiche richieste dal punto 8.4 lett. 2) del Disciplinare di gara e, in particolare, 1 Cuoco 3 liv., 1 Aiuto Cuoco 5 liv. e 1 Addetto servizi mensa 6 liv. (per le figure professionali di Aiuto Cuoco e Addetto Servizi Mensa i livelli risultano migliorativi rispetto a quanto richiesto)*" (cfr. dichiarazione di possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale del 27.07.2020). A seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, con dichiarazione integrativa del 24.08.2020, tale operatore ha precisato che "*nel triennio 2017-2018-2019 ha avuto un numero medio annuo di addetti non inferiore a n. 2 unità nel settore di attività oggetto dell'appalto e servizi di ristorazione collettiva analoghi con le seguenti figure professionali: n. 1 Cuoco 3 liv (dal 01/08/2017), n. 1 Aiuto Cuoco 5 liv. e n. 1 Addetto servizi mensa 6 liv. (per le figure professionali di Aiuto Cuoco e Addetto Servizi Mensa i livelli risultano migliorativi rispetto a quanto richiesto)*". Dal verbale di gara n. 3 del 3.09.2020 risulta che il Seggio di gara "*ritiene non soddisfatto il possesso del requisito speciale di*



*capacità tecnica e professionale richiesto per la partecipazione alla procedura in oggetto al paragrafo 8.4 punto 2) del disciplinare considerato che la presenza in organico della figura professionale di un Cuoco (3 liv.) a decorrere dal 01/08/2017 determina un numero medio annuo di addetti con la suddetta figura professionale per il triennio 2017-2018-2019 inferiore all'unità richiesta dal bando e precisamente pari a 0,81 [determinazione ottenuta rapportando i mesi di presenza al triennio considerato: (5+12+12)/36], essendo la predetta figura professionale presente solo a partire dal mese di agosto 2017";*

CONSIDERATO che occorre preliminarmente stabilire quale sia la corretta interpretazione della *lex specialis* di gara laddove richiede il possesso di "un numero medio annuo di addetti non inferiore a n. 2 unità nel settore di attività oggetto dell'appalto" nel triennio 2017-2019, vale a dire se sia condivisibile l'opzione ermeneutica fornita dalla SA, laddove è stata considerata necessaria ai fini del raggiungimento della media di due addetti la presenza fissa di un cuoco in tutti i mesi dell'anno (con la conseguenza di avere valutato carente il suddetto requisito, per l'assenza di tale figura nei primi 7 mesi del 2017), oppure se, come sostiene il controinteressato, "l'unico numero medio annuo che la *lex specialis* ha previsto di considerare è quello delle due unità, mentre il cuoco, almeno uno, è il profilo professionale che deve essere considerato al pari dell'aiuto cucina o, in alternativa, dell'addetto mensa per comporre quel numero medio. In questa prospettiva derivante dalla piana esegesi della ridetta clausola del disciplinare, non è necessario che il cuoco sia presente tutti i mesi dell'anno per l'intero triennio, ma dovrà concorrere per ciascun anno del triennio a formare il numero medio di due unità" (cfr. memoria del 25.09.2020);

CONSIDERATO che, per pacifico principio giurisprudenziale, che l'Autorità condivide, "a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (in tal senso – *ex multis* -: Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2232; id., V, 24 febbraio 2017, n. 869)" (Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2017, n. 4644, richiamata di recente da Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 607). Va poi anche evidenziato che il principio generale della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, volto a favorire la massima tutela della concorrenza e l'interesse pubblico alla selezione dell'impresa più idonea, è ulteriormente ribadito dall'art. 83, comma 2, del Codice, il quale prevede che i requisiti e le capacità (economico-finanziarie e tecnico professionali) "sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione";

CONSIDERATO che l'art. 83, comma 6, del vigente Codice prevede che "per gli appalti di servizi e forniture, per i criteri di selezione di cui al comma 1, lettera c), le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità". Inoltre, l'Allegato XVII – Parte II del Codice contempla, tra i mezzi per provare le capacità tecniche degli operatori economici di cui al citato art. 83, "h) una dichiarazione indicante l'organico medio annuo dell'imprenditore o del prestatore di servizi e il numero dei dirigenti durante gli ultimi tre anni", recependo il disposto di cui all'art. 42, comma 1, lett. g) del precedente Codice (D.Lgs. n. 163/2006) secondo il quale uno dei modi per dimostrare la capacità tecnica negli appalti di servizi è mediante "l'indicazione del numero medio annuo dei dipendenti del concorrente e il numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni";

RILEVATO che, come correttamente deduce l'operatore controinteressato, la clausola controversa, sotto il profilo testuale, individua il requisito di partecipazione nel possesso di un "numero medio annuo di addetti non inferiore a n. 2 unità nel settore di attività oggetto dell'appalto e servizi di ristorazione collettiva analoghi",



precisando i profili professionali che tali unità devono avere, ma non richiede né la presenza obbligatoria e fissa di un cuoco, senza soluzione di continuità, per 36 mesi né un numero minimo stabile di n. 2 addetti per l'arco temporale considerato. Inoltre, la stessa clausola (nel suo *incipit*) individuando il riferimento temporale "*nel triennio 2017-2018-2019*", vale a dire un periodo unitariamente inteso che va dal 1° gennaio 2017 al 31 dicembre 2019, senza richiedere un numero minimo "*all'anno*" né di addetti in generale né di cuochi, non consente di ritenere ostativa alla partecipazione alla gara la carenza nell'organico di una società della figura professionale di un cuoco per alcuni mesi del 2017, laddove un operatore abbia documentato di possedere un numero medio annuo di addetti non inferiore a due unità, con la presenza di almeno un cuoco, nel suddetto triennio;

CONSIDERATO che, inoltre, l'Autorità (allora AVCP), con Deliberazione n. 29 del 26 febbraio 2007, ha rilevato, per quanto interessa ai nostri fini, che "*ai fini del computo dell'organico medio annuo, si calcolano tutti i dipendenti che, nell'anno, hanno prestato servizio indipendentemente dalla frazione di anno espletata*" (cfr. anche TAR Puglia, Lecce, sez. II, 1° agosto 2016, n. 1308). Sicché, nel caso di specie, in assenza di diverse prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara, il periodo lavorativo del cuoco indicato dalla società controinteressata nel corso dell'anno 2017, pari a cinque mesi, trattandosi di una cospicua frazione dell'anno lavorativo, deve essere considerato idoneo a soddisfare il requisito in esame;

RITENUTO che la questione relativa alla corretta interpretazione della clausola del disciplinare sia assorbente rispetto a quella (prospettata dalla SA) relativa all'eventuale applicazione analogica dei criteri per il calcolo medio del numero dei dipendenti, previsti dal d.m. 18 aprile 2015, applicazione che in ogni caso conformerebbe l'illegittimità dell'esclusione per le ragioni prospettate dal Saggio di gara.

#### Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che la clausola di cui all'art. 8.4 del Disciplinare di gara, con la quale la stazione appaltante ha richiesto la presenza, nell'ultimo triennio, di un determinato numero "*medio annuo*" di dipendenti (senza specificare espressamente la necessità della presenza di ciascun dipendente per l'intero periodo senza soluzione di continuità), va interpretata conformemente all'art. 83 del Codice e al principio del *favor participationis*, nel senso cioè di non consentire l'esclusione dalla procedura di un operatore che abbia documentato di possedere un numero medio annuo di addetti non inferiore a due unità, indipendentemente dalla circostanza che una figura professionale abbia prestato servizio in una frazione di anno nell'arco temporale di riferimento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 ottobre 2020

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente