



DELIBERA N. 76

3 marzo 20252025

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal [Omissis] – Affidamento in appalto del servizio di ristorazione scolastica per anni tre (A.S. 2023/2024 - 2024/2025 - 2025/2026) – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: – [OMISSIS]– S.A.: [Omissis].

UPREC-PRE-0399-2024-S-PREC

Riferimenti normativi

Artt. 83, comma 7, 86, comma 5 e Allegato XVII, Parte II del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Requisiti di capacità tecnico-professionale – Modalità di comprova – Servizi analoghi ultimo triennio – Modalità di valutazione dell'ultimo triennio.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 3 marzo 2025

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0152942 del 20.12.2025, con la quale il [Omissis] contesta all'operatore economico risultato aggiudicatario, [Omissis], il fatto di non avere ancora fornito – nonostante le espresse richieste in proposito – né *«la documentazione attestante il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale negli a.s. 2018/2019 - 2019/2020 - 2020/2021, di cui al punto 6.3 della lettera d'invito seppure avesse dichiarato nella domanda di partecipazione (pag.9) di aver prestato servizio negli anni scolastici in dicati con il dettaglio degli enti interessati»*, né *«la comprova del servizio prestato a favore di pubbliche amministrazioni o enti pubblici secondo le disposizioni di cui all'art. 86 e all'allegato XVII, parte II, del Codice, mediante: originale o copia conforme dei certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione di quanto sopra richiesto»*;

CONSIDERATE le doglianze sopra evidenziate, la Stazione appaltante pone all'Autorità i seguenti due quesiti:

- se il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale possa essere oggetto di modifica unilaterale da parte dell'operatore economico che dichiara di aver "auto corretto" quanto previsto nella lettera d'invito;
- se la mancata trasmissione della documentazione espressamente indicata nella lettera d'invito (originali o copie conformi dei certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente), peraltro non risolta a seguito delle richieste effettuate direttamente dalla stazione appaltante alle amministrazioni/enti contraenti indicati dall'operatore economico, rimaste parzialmente inevase, possa precludere il prosieguo del procedimento;

CONSIDERATO che la [Omissis] eccepisce che *«Quanto richiesto dal RUP per la dimostrazione dei requisiti è assolutamente illegittimo in riferimento all'attuale e previgente quadro normativo. Come si evince e facendo tesoro anche dei precedenti giurisprudenziali»*, e che a sua volta chiede che l'Autorità



«si pronunci per le seguenti conferme: 1) Che: il fatturato tecnico – professionale, per ultimo triennio, si intende il triennio antecedente alla data di pubblicazione della gara di appalto; per una gara indetta nel luglio del 2023, pertanto, si va ad intendere 2020/21, 2021/22 e 2022/23; 2) Che: la dimostrazione dei requisiti dichiarati, avvenuta mediante l'allegazione di un elenco dei servizi svolti, come effettivamente fatto, sia da ritenersi esaustiva e sufficiente per il prosieguo all'ammissione dell'Operatore Economico, anzi, accettando la documentazione a corredo... che, collaborativamente, è stata prodotta dallo stesso per uno snellimento dei tempi procedurali»;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 10.01.2025;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RILEVATO che il Disciplinare di gara, in ordine ai requisiti di capacità tecnica e professionale, richiedeva: *“a) aver prestato negli ultimi tre anni scolastici (2018/2019 – 2019/2020 – 2020/2021), anche disgiuntamente, il servizio oggetto del presente appalto (refezione scolastica) per un importo pari al valore complessivo dell'appalto stesso, senza risoluzione anticipata a causa di inadempimenti o altre cause attribuibili a responsabilità del concorrente e con buon esito. b) La comprova del servizio prestato a favore di pubbliche amministrazioni o enti pubblici è fornita secondo le disposizioni di cui all'art. 86 e all'allegato XVII, parte II, del Codice, mediante: originale o copia conforme dei certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione di quanto sopra richiesto”;*

CONSIDERATO che il combinato disposto degli art. 83, comma 1, lett. c) e comma 7, 86, comma 5 e Allegato XVII, Parte II del D.lgs. 50/2016 – applicabile al caso in esame in quanto la gara *de qua* è stata bandita sotto il vigore dell'abrogato Codice – stabiliva che le capacità tecniche degli operatori economici possono essere dimostrate, tra le altre prove indicate, *[...] a.ii) mediante un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. Se necessario per assicurare un livello adeguato di concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici possono precisare che sarà preso in considerazione la prova relativa a forniture o a servizi forniti o*



effettuati più di tre anni prima” e che l’Amministrazione comunale ha scelto proprio siffatto mezzo di prova;

CONSIDERATO che l’Amministrazione comunale sostiene che *«gli anni scolastici da prendere in considerazione ai fini del possesso della capacità tecnica e professionale... sono esclusivamente quelli indicati al citato punto 6.3 della lettera d’invito - punto a) ovvero 2018/2019 – 2019/2020 – 2020/2021. Ove le imprese invitate alla procedura avessero ritenuto tale previsione come preclusiva dell’utile possibilità di presentare l’offerta, avrebbero dovuto impugnare tempestivamente la lettera d’invito. E invece non solo la lettera d’invito non è stata impugnata nei termini di legge da alcuna delle ditte invitate a partecipare, ma, in aggiunta, ciascuna di esse ha dichiarato di accettare incondizionatamente tutte le norme contenute nella stessa lettera d’invito, nel capitolato ed in ogni elaborato di gara. Infatti, la Società Cooperativa New Food, in sede di domanda di partecipazione, ha reso autodichiarazione ai sensi e per gli effetti degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000: pag.7 della istanza lettera k. “di aver accuratamente e compiutamente esaminato tutti gli elaborati progettuali, il capitolato speciale d’appalto, il computo medico, il bando e il disciplinare di gara e di accettarne tutte le norme in esso contenute”»;*

RILEVATO che la cooperativa aggiudicataria ha offerto comprova dei contratti di refezione scolastica relativi all’ultimo triennio 2020/2021-2021/2022-2022/2023 con importi, rispettivamente, di euro 99.975,94, 430.947,94 e di euro 691.386,44, per un totale del triennio pari a euro 1.222.310,32 a fronte dell’importo richiesto dalla *lex specialis* di [Omissis], corrispondente all’importo posto a base di gara;

CONSIDERATO che l’interpretazione delle norme di gara offerta dall’aggiudicatario è evidentemente funzionale alla sua ammissione alla procedura selettiva in questione, poiché solo gli importi complessivi degli affidamenti in esecuzione nell’anno scolastico 2022/2023 gli permettono di raggiungere (e abbondantemente superare) il valore minimo pari all’importo a base di gara richiesto per la partecipazione e che, verosimilmente, il valore complessivo dei contratti di appalto antecedenti non gli consentirebbe, invece, di conseguire il medesimo risultato;



RITENUTO, dunque, che la risposta ai quesiti sottoposti al vaglio dell’Autorità presuppone necessariamente la corretta individuazione del significato di “elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni” di cui al punto a.ii) della Parte II dell’Allegato XVII del D.lgs. n. 50/2016 o, detto altrimenti, l’esatta identificazione dell’arco temporale che è possibile prendere in considerazione ai fini della dimostrazione del possesso della capacità tecnico-professionale richiesta dalla legge di gara;

CONSIDERATO, in questa prospettiva, che appare fondamentale capire il diverso operare del requisito del fatturato a seconda che esso sia richiesto per la comprova della capacità economico-finanziaria oppure della capacità tecnico-professionale, in quanto già la giurisprudenza formatasi sotto la vigenza degli abrogati Codici dei contratti pubblici, in considerazione del dato testuale, aveva chiarito che *«il triennio da considerarsi per la verifica della sussistenza del requisito minimo stabilito dalla legge di gara ai fini della verifica della capacità tecnica fosse quello effettivamente precedente la data di pubblicazione del bando e non già lo stesso periodo solare/esercizio finanziario dal 1° gennaio, invece rilevante per il diverso requisito della capacità economico-finanziaria»* (v. TAR Puglia, Bari, sez. II, 9 luglio 2018, n. 1036 che cita, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 2.7.2015 n. 3285 e Cons. St., sez. VI, 6.5.2014 n. 2306);

CONSIDERATO che secondo la medesima giurisprudenza appena citata *«è chiaro che se il documento fiscale della fattura singola, che contiene indicazioni riguardo alla prestazione effettuata, e la indicazione di un dato ammontare di cd. fatturazione globale possano ben valere a dimostrare un flusso finanziario ed una certa liquidità dell’operatore economico, da cui si possa inferire la stabilità e solidità economica, la dimostrazione del diverso requisito della capacità tecnico-professionale, passa per l’esibizione dell’elenco delle principali forniture quali risultanti dal certificato di regolare esecuzione, o di atti similari, idonei ad attestare inequivocabilmente il buon esito degli appalti precedenti eseguiti e, quindi, a supportare la dimostrazione della capacità tecnica»*;

CONSIDERATO, ancora secondo la sopracitata giurisprudenza invocata dalla stessa [Omissis]a sostegno delle proprie argomentazioni, *«che i tempi di cd.*



fatturazione ed i tempi di collaudo, verifica di conformità ed attestato di regolare esecuzione et similia sono “disallineati”, perché così è previsto dalla normativa di settore ed è quanto accade nella prassi delle procedure di appalto pubblico. Inoltre, in materia di contabilità d'appalto, l'art. 102, commi 2 e 4, del d.lgs. 50 del 2016 prevede che il pagamento del corrispettivo della fornitura avvenga solo a seguito dell'attestazione di regolare esecuzione da parte del direttore dell'esecuzione; indi, la cd. fatturazione fiscale, effettuata in un momento diverso, non può costituire l'unico documento utile a provare il requisito in parola»;

CONSIDERATA l'argomentazione – che si ritiene condivisibile e pienamente applicabile al caso in esame – secondo cui «*La prova del possesso dei requisiti può essere data, dagli operatori economici che per fondati motivi non siano in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, mediante ogni documento ritenuto idoneo dalla stazione appaltante, sebbene tale possibilità non obliteri l'esigenza che tale prova debba vertere sui requisiti così come definiti ed individuati negli atti di gara dalla stazione appaltante: quest'ultima, invero, rimane titolare del potere discrezionale di individuare, in relazione all'oggetto della gara, i requisiti di capacità per l'ammissione alle gara stessa, e di conseguenza la massima concessione che può essere riconosciuta allo scopo di favorire la più ampia partecipazione delle imprese non in grado di produrre proprio la documentazione richiesta dal bando consiste nell'ammettere le stesse a dimostrare, con documenti di natura diversa, le medesime circostanze che i documenti indicati dalla stazione appaltante sono in grado di dimostrare. Pertanto, se – come nel caso di specie – gli atti di gara indicano tra i requisiti di capacità economica e finanziaria il possesso di un determinato fatturato correlato ad un determinato periodo di tempo, si deve ammettere che la partecipante dimostri il possesso del requisito avvalendosi di tutti quei documenti idonei a dimostrare l'effettivo conseguimento di ricavi utili ad integrare il fatturato specifico richiesto» (così TAR Campania Napoli, sez. V, 07/01/2022, n. 132 che riprende quanto sancito in Consiglio di Stato, sez. V, 10/12/2018, n. 6943);*

CONSIDERATO, in definitiva, che:



- l'indicazione dei contratti di ristorazione scolastica risalenti "agli ultimi tre anni scolastici" 2018/2019 – 2019/2020 – 2020/2021 appare presumibilmente frutto di un errore redazionale (ancorché mai ammesso dalla Stazione appaltante) e tale sospetto risulta rafforzato se si considera che per la comprova del requisito di capacità economico-finanziaria la *lex specialis* fa correttamente riferimento al fatturato globale d'impresa relativo agli anni 2020-2021-2022 intesi espressamente come "ultimi tre esercizi precedenti quello in corso", introducendo in tal modo uno sfasamento temporale difficilmente comprensibile e giustificabile se non, appunto, ipotizzando un mero refuso;
- stante le diverse natura e finalità dell'accertamento della capacità tecnico-professionale rispetto a quella economico-finanziaria, quando per la prova dei requisiti di capacità tecnica e professionale il codice consente di utilizzare il fatturato, il triennio può essere computato non già solo con riferimento ai singoli anni solari, come per la capacità economica e finanziaria, ma in modo tale da riconoscere la possibilità di estendere l'arco temporale di riferimento, ove necessario; ciò, in quanto, attraverso il requisito di capacità tecnica e professionale, la stazione appaltante mira ad accertare non già la solidità economica dell'affidataria ma la sua idoneità tecnica ed organizzativa ai fini dell'esecuzione dell'appalto che può essere desunta solo dallo svolgimento di servizi analoghi per un periodo di tempo più lungo di quello cui è riferito il fatturato relativo alla capacità economica e finanziaria (cfr. Tar Campania-Napoli, cit.);
- d'altra parte e indipendentemente dalle suesposte considerazioni, il fatto stesso che il periodo di riferimento per la valutazione della capacità tecnico-professionale comprenda anche il biennio 2020/2021, durante il quale, come noto, la pandemia da Covid-19 e le connesse misure preventive disposte dal Governo hanno avuto un impatto enorme sulla riduzione delle attività commerciali e, conseguentemente, sul fatturato di tutti gli operatori economici privati, avrebbe dovuto indurre l'Amministrazione committente ad estendere il suddetto arco temporale di valutazione al fine di incentivare un livello adeguato di concorrenza, come peraltro suggerito da un apposito Comunicato del Presidente dell'Autorità del 13 aprile 2021, che, sebbene formalmente riferito alla dimostrazione



dei requisiti di capacità economica e finanziaria, si può considerare applicabile, stante la medesima *ratio* sottesa, anche alla dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale laddove venga utilizzato, tra i vari ammissibili, il parametro del fatturato (si rammenta, infatti, che in quella sede si invitava le stazioni appaltanti a «*valutare attentamente la necessità di richiedere la dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria mediante il possesso di un fatturato minimo annuo per il triennio precedente la gara, che ricomprendesse gli anni 2020 e 2021*», precisando altresì che «*Atteso che la mancata erogazione dei servizi può avere impatto anche sulla dimostrazione dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, si ricorda che l'Allegato XVII, parte II, del Codice dei contratti pubblici specifica che "per assicurare un livello adeguato di concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici possono precisare che sarà preso in considerazione la prova relativa a forniture o a servizi forniti o effettuati più di tre anni prima"*»);

RITENUTO, oltre tutto quanto già detto, che se, in ipotesi, si consentisse alle stazioni appaltanti di interpretare discrezionalmente la locuzione "ultimo triennio" (dalla data di indizione della gara) e, pertanto, se si consentisse – come avvenuto nel caso in esame – all'Amministrazione contraente di richiamare pedissequamente la disposizione di legge e però contestualmente di indicare e richiedere un triennio diverso dall'ultimo, senza peraltro alcuna motivazione a supporto della apparente deroga, verrebbe riconosciuto un potere discrezionale che il legislatore non ha tuttavia previsto e che se esercitato illegittimamente potrebbe persino determinare una lesione della concorrenza qualora utilizzato per escludere a priori uno o più concorrenti potenzialmente interessati a partecipare alla selezione mediante proprio una artata interpretazione di "ultimo triennio";

RITENUTO, dunque, che il triennio indicato, peraltro solo tra parentesi, nella lettera d'invito risulta sindacabile nel merito per manifesta illogicità, incongruità, sproporzione e, in ogni caso, per evidente violazione del dettato normativo e dello stesso Bando tipo 1 dell'Autorità, da cui l'amministrazione si è discostata senza alcuna motivazione a supporto;



RITENUTO di rigettare tutte le eccezioni avanzate dalla Stazione appaltante basate sul presunto vincolo dichiarativo sussistente in capo alla [Omissis]dal momento della sottoscrizione e presentazione della domanda di partecipazione senza alcuna preventiva contestazione delle clausole della */ex specialis* oggetto dell'odierna controversia e, quindi, relative all'asserita attività – giudicata come illegittima – di c.d. "autocorrezione" di tali clausole da parte della cooperativa aggiudicataria, consistente nel voler comprovare il possesso del requisito di capacità tecnico-professionale considerando un triennio diverso da quello indicato dalla lettera di invito, atteso che, per un verso, quest'ultimo risulta essere palesemente contrastante sia con le disposizioni normative di riferimento (sotto il profilo dell'erronea indicazione del triennio scolastico precedente all'indizione della gara) sia con la stessa previsione di */ex specialis* (la quale, come detto, riporta invece esattamente il dettato normativo) e, quindi, la relativa previsione, *tamquam non esset* e che, per altro verso, anche volendo prescindere dalla sua manifesta erroneità, la clausola in parola era comunque suscettibile di interpretazione estensiva in ragione non solo della doverosa applicazione del principio del *favor participationis*, ma anche del principio del risultato, il quale, ancorché risulti formalmente positivizzato e inserito tra i principi cardine in materia di appalti pubblici solo con l'entrata in vigore del nuovo Codice, per comune orientamento giurisprudenziale poteva considerarsi concretamente operante e orientante l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione già sotto il vigore dei precedenti codici, in quanto naturale corollario del principio costituzionale di buon andamento dell'attività amministrativa (in tal senso, v., da ultimo, Consiglio di Stato, sez VI, 4 giugno 2024, n.4996, ove si è chiarito che esso va «*ricondotto al principio di buon andamento dell'attività amministrativa, già prima dell'espressa affermazione contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023*»: *ne consegue che "il risultato può essere adottato dal Giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure ad evidenza pubblica non rette dal d.lgs. n. 36/2023 (Cons. Stato, sez. V, 27.02.2024 n. 1924)"*»);

RITENUTO, in tal modo, di aver dato risposta al primo quesito posto dall'Amministrazione comunale e che relativamente al secondo, strettamente consequenziale, si può solo osservare che la verifica dall'effettivo possesso del



requisito di partecipazione oggetto di controversia dovrà essere svolta sulla base della documentazione richiesta dalla lettera di invito inerente, tuttavia, al diverso triennio contrattuale più sopra specificato,

Il Consiglio

ritiene, sulla base di tutte le motivazioni che precedono e limitatamente alle questioni esaminate, che la verifica del possesso del requisito di capacità tecnica e professionale debba essere effettuata con riferimento al valore complessivo dei contratti analoghi a quello oggetto di appalto relativi all'ultimo triennio, che nel caso in esame corrisponde agli anni scolastici 2020/2021-2021/2022-2022/2023.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1 del Codice, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 7 marzo 2025
Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente