

Publicato il 14/12/2022

N. 10935/2022REG.PROV.COLL.
N. 07200/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7200 del 2022, proposto dalla Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12,

contro

-OMISSIS-, il Comune di Gorizia, -OMISSIS-, non costituiti in giudizio,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2022, il Cons. Antonio Massimo Marra e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC, odierna appellante (di qui in avanti per brevità solo ANAC) chiede la riforma della sentenza -OMISSIS-, a mezzo della quale il TAR per il Friuli Venezia Giulia ha accolto il ricorso proposto dal-OMISSIS- (d'ora in avanti per brevità solo -OMISSIS-), avente ad oggetto l'esclusione della ricorrente dalla gara, indetta dal Comune di Gorizia per l'affidamento in gestione della casa di riposo comunale per anziani "-OMISSIS-" e, per l'effetto, ha annullato i provvedimenti impugnati, tra i quali la delibera di precontenzioso ANAC -OMISSIS-.

1.1. La gravata esclusione è stata adottata dalla stazione appaltante sul rilievo che la -OMISSIS-

ricorrente sarebbe risultata priva al momento della presentazione della domanda di partecipazione del requisito, previsto *ex lege*, dell'iscrizione alla *white list* prefettizia per l'attività di ristorazione.

2. Vale premettere che il ricorso si basava, in sintesi, su tre motivi:

i. che la stazione appaltante avesse erroneamente escluso la ricorrente, malgrado il servizio di ristorazione non risultasse "*attività prevalente*", ossia rivolta ad un pubblico generalizzato;

ii. che l'oggetto dell'affidamento non fosse stato ritenuto attività unitaria, ossia non suddividibile in categorie merceologiche;

iii. che l'iscrizione nella *white list* fosse stata erroneamente ritenuta requisito per la partecipazione alle gare.

3. Il giudice di prime cure, nell'economia del proprio *decisum*, ha assegnato rilievo dirimente al terzo motivo di ricorso, evidenziando come l'obbligo di iscrizione nella *white list* ai fini della partecipazione alla procedura non fosse espressamente previsto dal disciplinare di gara; senza che alla modulistica allegata al disciplinare potesse riconoscersi un effetto immediatamente prescrittivo.

3.1. Il Tribunale ha, altresì, escluso che la mancanza di una espressa previsione nel bando si ponesse in rapporto di distonia con il principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016)

siccome “(...) coerente con la ratio che informa la disciplina della prevenzione antimafia, stante la riconducibilità dell’attività oggetto dell’appalto in questione ad uno dei settori sensibili di cui all’art. 1, co. 53, della l. n. 190/2012 (sono definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività: (...) i-ter) ristorazione, gestione delle mense e catering”)”.

4. Con il mezzo qui in rilievo l’ANAC appellante deduce l’erroneità della sentenza del primo giudice per difetto di motivazione sul rilievo che la normativa anticorruzione ha introdotto un requisito obbligatorio di partecipazione alle gare, potendo dunque legittimamente operare l’eterointegrazione della *lex specialis* nei casi in cui, come nell’ipotesi all’esame, la legge di gara non abbia espressamente previsto l’iscrizione alle *white list* come requisito di partecipazione alla gara.

5. Non si è costituita in appello la -OMISSIS-, né il Comune di Gorizia.

Nella udienza pubblica del 17 novembre 2022, l’appello è stato trattenuto in decisione

6. L’appello è fondato.

7. Come brevemente esposto in fatto, la decisione appellata non resiste alle doglianze veicolate con l’appello in epigrafe, avendo il giudice di prime cure non applicato del tutto correttamente i principi predicabili *in subiecta materia*.

7.1. E’, infatti, *ius receptum* nella giurisprudenza anche di questa Sezione “*la pacifica vigenza del principio per il quale la disciplina delle white list introdotta dall’articolo 1, commi 52 e segg., della legge 6 novembre 2011, n. 190, fa tutt’uno con quella delle informative interdittive antimafia e la integra*” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2019, n. 2211; id., 20 febbraio 2019, n. 1182).

7.2. Tale conclusione riguardante l’assimilazione dei due documenti antimafia (la comunicazione antimafia e l’informazione antimafia) non si limita, invero, ai soli effetti interdittivi, ma si estende anche alla sua natura di requisito soggettivo di partecipazione alle gare.

7.3. Ciò malgrado ad avviso del Collegio non è dirimente che l’articolo 80, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, richiami solo le informative

“classiche”, dovendosi tener conto del disposto del comma 52 dell’articolo 1, l. n. 190/2012, da cui emerge chiaramente che la *white list* altro non è che una modalità particolare di effettuazione delle verifiche antimafia, prevista dalla legge in relazione a particolari settori, di modo che il richiamo alle informative prefettizie deve intendersi sempre riferito anche alla iscrizione a tali liste.

7.4. In applicazione del suindicato principio l’Autorità precedente non poteva sottrarsi alla forza cogente della previsione, e segnatamente nella parte in cui viene richiesto a pena di esclusione che gli operatori economici fossero iscritti – o avessero presentato domanda di iscrizione prima della presentazione della domanda di partecipazione - in appositi elenchi (cd. *white list*) istituiti presso la Prefettura del luogo in cui l’impresa ha la propria sede legale così come indicato dall’art. 1, comma 52, della Legge n. 190/2012 e dal d.P.C.M. del 18 aprile 2013 pubblicato in G.U. il 15 luglio 2013.

7.5. Né è possibile ritenere, contrariamente a quanto adombrato dal Tribunale, che tale esegesi normativa concreti una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione *ex art. 83, comma 8, del Dl.gs. n. 50/2016*, a mente del quale *“Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all’impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite”*.

7.6. Nel solco delle tracciate coordinate coglie nel segno la statuizione del giudice di prime cure nella parte in cui respinge (primo motivo di ricorso) la pretesa della ricorrente di escludere l’attività di somministrazione pasti prestata nel contesto di un servizio unitario (la gestione dell’attività di riposo) dal novero delle attività imprenditoriali *“maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa”*. L’art. 1, comma 53, della L. n. 190/2012, infatti, elenca una serie di attività, tra cui quella di *“ristorazione, gestione delle mense e catering”*,

senza in alcun modo differenziare a seconda del carattere principale o secondario di essa nell'ambito delle prestazioni oggetto dell'affidamento.

7.7. In estrema sintesi la necessità di ricorrere alla eterointegrazione dalla legge di gara, presidiata dalla sanzione espulsiva, si rivela funzionale ad esigenze di prevenzione che permeano, alla stregua della legislazione di settore, anche la disciplina della gara e che condizionano la possibilità di aggiudicazione e di stipula dei contratti pubblici.

7.8. Sul punto specifico ha chiarito la consolidata giurisprudenza che i requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici debbono essere posseduti con continuità non solo al momento della presentazione della domanda, ma per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e per tutta la fase di esecuzione del contratto, senza soluzione di continuità. L'eterointegrazione della *lex specialis* è da limitarsi alle ipotesi in cui si individui una vera e propria "lacuna" nella disciplina di gara, la quale abbia ommesso di prevedere elementi considerati come obbligatori dall'ordinamento giuridico (Consiglio di Stato, Sez. V, sent. del 6 ottobre 2022, n. 8558; Consiglio di Stato, sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903).

7.9. Vale soggiungere che i commi 52, 52 *bis* e 53 dell'art. 1 della legge n. 190 del 2012 prevedono per determinati settori sensibili, tra i quali anche quello qui in rilievo, l'iscrizione nella *white list* quale meccanismo sostitutivo della documentazione antimafia.

7.10. Da parte sua, il d.P.C.M. del 18 aprile 2013 prescrive che la consultazione del relativo elenco è la modalità obbligatoria per l'acquisizione della documentazione antimafia necessaria in vista del perfezionamento dell'accordo, attuando in tal modo una tutela dell'ordine e sicurezza pubblica anticipata e più incisiva nei cd. settori sensibili.

7.11. Ne discende che non può dubitarsi del fatto che il suindicato reticolo normativo costituisca una valida base giustificativa a supporto della previsione degli adempimenti prescritti - tra cui quello della iscrizione alla *white list* -

come requisito di partecipazione alla procedura di gara a pena di esclusione (in tal senso cfr. delibera ANAC -OMISSIS-)

8. In conclusione per le svolte considerazioni, l'appello va accolto con conseguente riforma della sentenza appellata e reiezione dell'impugnativa proposta in primo grado.

9. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere interamente compensate, tenuto conto della relativa novità della questione esaminata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità e di ogni dato identificativo della società appellata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

Fabrizio Di Rubbo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Antonio Massimo Marra

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO