



DELIBERA N. 150

19 aprile 2023

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da RTI MIRA con Nardelli Contractor S.r.l. e A.S.D. Olimpia – Procedura per l'affidamento in concessione dello stabilimento elioterapico Sottoufficiali e Graduati M.M. di San Vito – TA – Stagione balneare 2023 e rinnovabile per n. 1 anno - Importo a base di gara: Euro 560.000,00 - S.A.: Direzione di Commissariato Marina Militare di Taranto.

UPREC - PRE 512/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 80 del D.lgs. n. 50/2016; art. 1, commi 52-53, della L. n. 190/2012.

Parole chiave

Requisiti generali, white list.

Massima

Concessione – Servizi – Scelta del contraente - Requisiti – Esclusione – Motivi – Iscrizione nelle *white list* – Servizio di bar – Ristorazione – Riconducibilità – Sussiste.

Concessione – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Esclusione – Motivi – Iscrizione nelle *white list* – Necessità – Mancata previsione – Eterointegrazione del bando – Sussiste.

Il servizio di bar/paninoteca/pizzeria/friggitoria, all'interno della gestione di uno stabilimento elioterapico, afferisce al settore di mercato della ristorazione di cui all'art. 1, comma 53, lett. i-ter) della L. n. 190/2012, per cui sussiste l'obbligo di iscrizione nelle white list della Prefettura competente territorialmente anche se tale attività è prevista come secondaria o strumentale rispetto allo svolgimento dei servizi di balneazione.



L'obbligo di iscrizione nelle white list costituisce un requisito di partecipazione di ordine generale che deve essere posseduto con continuità dall'operatore fin dal momento della presentazione della domanda, per tutta la durata della procedura e nel corso della fase di esecuzione del contratto, senza soluzione di continuità, anche se non espressamente previsto dalla lex specialis di gara, che viene eterointegrata ex lege.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 aprile 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 21575 del 16 marzo 2023, con la quale il RTI costituendo MIRA (Nardelli Contractor S.r.l. mandataria e A.S.D. Olimpia mandante) e la Stazione appaltante hanno congiuntamente rivolto all'Autorità alcuni quesiti in relazione all'obbligo di iscrizione nelle c.d. *white list* da parte dei partecipanti alla procedura in oggetto;

RILEVATO che le parti hanno esposto che, in sede di verifiche ex art. 80 del Codice, è risultato che i componenti del RTI MIRA non sono iscritti nelle *white list*, di cui all'art. 1, comma 53, lett. i-ter) della L. n. 190/2012. È sorta, tuttavia, una controversia in relazione alla sussistenza di tale obbligo di iscrizione nella fattispecie in esame, per cui viene chiesto se: *i*) la normativa che impone tale obbligo si applica anche in mancanza di previsioni *ad hoc* nella *lex specialis* di gara; *ii*) se l'istituto della eterointegrazione opera anche in presenza di una disciplina di gara che prevede espressamente che le verifiche antimafia avvengono attraverso l'acquisizione della documentazione antimafia; *iii*) se la concessione della gestione di un bar, all'interno di uno stabilimento elioterapico, rientra nel novero delle attività di ristorazione, di cui all'art. 1, comma 53, lett. i-ter) della L. n. 190/2012;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 22645 del 21 marzo 2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

RILEVATO che la procedura *de qua* ha ad oggetto l'affidamento in concessione dei servizi di: - balneazione (quali pulizia, eventuale sanificazione Covid-19 se prevista da normativa vigente, salvamento, distribuzione e ritiro sdraio, apertura/chiusura ombrelloni), servizio da intendersi quale servizio principale; - guardania notturna; - gestione bar/paninoteca/pizzeria/friggitoria, da effettuarsi presso lo stabilimento (cfr. art. 1 del capitolato tecnico). Alla gara hanno partecipato due operatori (il RTI MIRA e la ditta Levante S.r.l.s.), entrambi ammessi alla fase di valutazione delle offerte. Dalla documentazione in atti risulta che, in data 28.02.2023, la ditta Levante S.r.l.s. ha presentato istanza di esclusione del RTI MIRA per carenza dell'iscrizione nell'elenco dei fornitori e prestatori di servizi non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (c.d. *white list*) da parte di entrambi i componenti del RTI costituendo; tale società, segnalando che, in caso di mancata previsione di tale requisito nella legge di gara, si verifica un meccanismo di eterointegrazione e che, in base a quanto precisato nella Delibera Anac n. 127 del 16 marzo 2022 e dalla giurisprudenza, l'iscrizione alle *white list* è requisito obbligatorio anche quando l'attività maggiormente esposta a rischio di infiltrazione mafiosa è prevista come secondaria o strumentale all'attività principale, ha richiesto l'esclusione immediata del RTI;



CONSIDERATO che, nella propria memoria, la Stazione appaltante ha ritenuto di essere tenuta ad escludere il RTI MIRA, in quanto l'obbligo di iscrizione nella *white list* non è stato previsto nel Disciplinare in virtù della natura etero-integrante della normativa. Inoltre, secondo la SA, sarebbe irrilevante la circostanza che, nel caso di specie, l'attività di ristorazione sia prevista come attività secondaria, in base a quanto già statuito dall'Autorità nella citata Delibera n. 127/2022, considerando che il servizio di "*gestione bar/paninoteca/pizzeria/friggitoria*" rientra nel concetto di ristorazione di cui all'art. 1, comma 53 della L. n. 190/2012, lett. i-ter);

CONSIDERATO che la mandataria del RTI MIRA ha, invece, esposto che: l'iscrizione nelle *white list* non assurge a requisito di partecipazione alla gara (a differenza del possesso dei requisiti previsti per il rilascio della comunicazione e dell'informativa antimafia, richiamate dall'art. 80, comma 2, del Codice); l'istituto della eterointegrazione ha carattere eccezionale ed è di strettissima interpretazione e non risulta applicabile nel caso di specie; la mancata previsione dell'iscrizione dei concorrenti nelle *white list* non è frutto di lacuna della legge di gara, ma espressione di una precisa volontà dell'Amministrazione, in quanto l'oggetto della concessione non rientra tra le attività rispetto alle quali è obbligatoria l'iscrizione nelle *white list*; non ricadendo nel concetto di ristorazione, che presuppone un complesso di attività finalizzate alla preparazione dei pasti;

VISTO l'art. 1, comma 52, della L. n. 190/2012, il quale dispone che: "*Per le attività imprenditoriali di cui al comma 53 la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria (...) è obbligatoriamente acquisita (...) attraverso la consultazione, anche in via telematica, di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori. Il suddetto elenco è istituito presso ogni prefettura (...)*". Il successivo comma 53 contiene l'elenco delle attività maggiormente esposte a tentativo di infiltrazione mafiosa e, alla lett. i-ter) – aggiunta dall'art. 4-bis, della L. n. 40/2020, di conversione del d.l. n. 23/2020 – vi include la "*ristorazione, gestione delle mense e catering*";

TENUTO CONTO che la questione oggetto del presente precontenzioso è stata più volte affrontata dall'Autorità, il cui orientamento è stato fatto proprio anche dalla giurisprudenza (per tutte cfr. Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10935);

CONSIDERATO altresì che, secondo quanto indicato dalla circolare del Ministero dell'Interno prot. 25954 del 23 marzo 2016 e dal DPCM 18 aprile 2013, come aggiornato dal DPCM 24 novembre 2016, l'iscrizione alla *white list* è un requisito obbligatorio per la partecipazione alle gare e l'affidamento di contratti pubblici nei settori individuati come a maggior rischio di infiltrazione mafiosa (cfr. da ultimo Delibere ANAC n. 25 del 17 gennaio 2023; n. 127 del 16 marzo 2022; n. 43 del 2 febbraio 2022; n. 683 del 29 luglio 2020);

VISTO il Bando tipo n. 1/2021 ("*Schema di disciplinare di gara- Procedura aperta telematica per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*") che, al punto 5 – Requisiti generali, sancisce che "[*Eventuale in caso di servizi o forniture rientranti in una delle attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa di cui al comma 53, dell'articolo 1, della legge 6 novembre 2012, n. 190, inserire la seguente prescrizione*] Gli operatori economici devono possedere, pena l'esclusione dalla gara, l'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cosiddetta *white list*) istituito presso la Prefettura della provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede oppure devono aver presentato domanda di iscrizione al predetto elenco";



RICONOSCIUTA dunque al requisito *de qua* la natura di requisito di ordine generale attinente alla moralità professionale dell'impresa, il cui possesso deve risultare già all'atto della partecipazione alla procedura di gara. La mancata iscrizione alla *white list* per le attività oggetto di appalto, anche solo parzialmente riconducibili a quelle indicate dall'articolo 1, comma 53, della L. n. 190/2012, determina a monte l'inammissibilità dell'impresa a partecipare alla gara e, quindi, la sua necessaria esclusione, per incapacità di contrarre con la Pubblica Amministrazione (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 28 febbraio 2023, n. 3385; TAR Sardegna, sez. II, 20 aprile 2022, n. 259; TAR Piemonte, 4 gennaio 2019, n. 19; Delibere ANAC n. 127 del 16 marzo 2022; n. 43 del 2 febbraio 2022; n. 683 29 luglio 2020; n. 465 del 27 maggio 2020; n. 48 del 29 maggio 2019; n. 129 del 12 dicembre 2017; n. 1071 e n. 1072 del 14 novembre 2018);

CONSIDERATO che è altrettanto pacifico il principio in base al quale l'obbligo di iscrizione alle *white list* della prefettura territorialmente competente si applica anche quando l'attività maggiormente esposta a rischio di infiltrazione mafiosa sia prevista come attività secondaria o strumentale rispetto all'attività principale dell'affidamento. Con Comunicato del Presidente dell'Autorità del 17 gennaio 2023 (recante "*Chiarimenti concernenti l'iscrizione nelle c.d. white list istituite presso le prefetture territorialmente competenti qualora il bando di gara abbia ad oggetto attività solo parzialmente rientranti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa o connesse con l'oggetto dell'affidamento*") è stato evidenziato che i commi 52 e 53 della L. n. 190/2012 "*non effettuano una differenziazione a seconda che le attività maggiormente esposte al tentativo di infiltrazione mafiosa siano l'oggetto principale della procedura di gara oppure costituiscano attività secondarie o accessorie, né a seconda dell'eventuale utenza finale. Parimenti, non è possibile evincersi una gradazione normativa dal punto di vista quantitativo delle attività menzionate, al fine di determinare l'obbligo di iscrizione nell'elenco prefettizio. Ne consegue che se il bando di gara preveda quale attività oggetto della procedura di affidamento delle attività anche solo parzialmente riconducibili a quelle elencate all'interno del comma 53 dell'articolo 1 legge n. 190 del 2012, l'operatore economico è tenuto a richiedere l'iscrizione alle white list della prefettura territorialmente competente e la stazione appaltante è tenuta ad accertare che l'impresa che vi partecipi e che dichiari di eseguirle risulti iscritta all'interno del suddetto elenco. Allo stesso esito si deve pervenire qualora le attività annoverate dal comma 53 dell'articolo 1 legge n. 190 del 2012 siano strumentali, accessorie o connesse alla prestazione oggetto dell'affidamento. Ragionare diversamente, infatti, porterebbe all'elusione del sistema dei controlli antimafia e della ratio che ne costituisce il fondamento poiché lo svolgimento dell'attività oggetto dell'affidamento sarebbe reso possibile solamente attraverso l'espletamento di attività a rischio di infiltrazione mafiosa*" (nel medesimo senso Delibera Anac n. 127/2022, confermata da Cons. Stato n. 10935/2022 cit.);

RILEVATO altresì che, come già evidenziato dall'Autorità, "*l'obbligo di iscrizione alle white list, in quanto misura volta ad apprestare tutela a diritti e principi di ordine costituzionale, non derogabile dalla Stazione appaltante in sede di elaborazione degli atti di gara, costituisce norma imperativa del nostro ordinamento idonea, in quanto tale, ad eterointegrare il bando di gara, colmandone le eventuali lacune e sostituendo le clausole di segno difforme*" (Delibera Anac n. 127/2022 cit.). Anche la giurisprudenza ha sottolineato che, con riferimento al requisito in esame, la necessità di ricorrere al meccanismo della eterointegrazione della *lex specialis* di gara, è funzionale ad esigenze di prevenzione del sistema (Cons. Stato, n. 10935/2022 cit.; Id., sez. V, 6 ottobre 2022, n. 8558; Id., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903). Va, infatti, considerato che il meccanismo eccezionale della eterointegrazione della disciplina di gara è giustificato dalla *ratio* delle *white list*, che rientrano tra le misure di salvaguardia dell'ordine pubblico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione (Cons. Stato, 1 febbraio 2019, n. 337; Id., 21 settembre 2018, n. 2241);



RITENUTO, inoltre, che l'obbligo di iscrizione nelle *white list* e l'eterointegrazione della *lex specialis* opera anche in presenza di una disciplina di gara che prevede espressamente che le verifiche antimafia avvengono attraverso l'acquisizione della documentazione antimafia (comunicazioni antimafia e interdittive antimafia). Costituisce, infatti, principio consolidato che la disciplina delle *white list* introdotta dall'art. 1, comma 52 ss., della L. n. 190/2012 completa ed integra la normativa relativa ai controlli antimafia ed in particolare quella relativa alle informative interdittive antimafia di cui all'art. 92 del D.Lgs. n. 159/2011, in quanto rappresenta una particolare verifica antimafia prevista dalla legge in relazione a particolari settori. È, pertanto, irrilevante (ai fini dell'esclusione dell'operatività dell'eterointegrazione, secondo la tesi del RTI MIRA) la circostanza che l'art. 18 del disciplinare prevede che "*la stipulazione del contratto è, comunque, subordinata al positivo esito delle procedure previste dalla normativa vigente in materia di lotta alla mafia*". Innanzitutto, va evidenziato che, nei settori di cui all'art. 1, comma 53, della L. n. 190/2012, la verifica dell'iscrizione nelle *white list* (ovvero della presentazione della domanda di iscrizione, entro il termine di scadenza della domanda di partecipazione alla gara) rientra tra i controlli antimafia di cui all'art. 80, comma 2, del Codice, per cui è irrilevante che la SA non abbia specificato nel disciplinare la necessità di effettuare tale verifica. Per quanto riguarda, invece, la natura del requisito, si tratta pacificamente di un requisito di partecipazione di ordine generale (e non semplicemente di una condizione ostativa alla stipula del contratto) che deve essere posseduto dall'operatore fin dal momento della presentazione della domanda, per tutta la durata della procedura e nel corso della fase di esecuzione del contratto, senza soluzione di continuità (cfr. di recente TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 28 febbraio 2023, n. 3385);

RITENUTO, infine, relativamente al terzo quesito sollevato dalle parti, che, a differenza di quanto sostenuto dal RTI MIRA, l'affidamento in oggetto è relativo ad attività maggiormente esposte a tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui al comma 53, lett. i-ter) dell'art. 1 della L. n. 190/2012, che contempla la ristorazione, gestione delle mense e catering. Anche se la normativa in esame non contiene una definizione legislativa di "ristorazione", si ritiene che questa espressione abbracci, in senso ampio, un complesso di attività finalizzate alla preparazione e alla somministrazione di alimenti e bevande, con o senza cucina. Rientrano in tale categoria, a titolo esemplificativo, i servizi di ristorazione a clienti, con servizio al tavolo o self-service, che consumino il pasto in loco o da asporto, i servizi di bar, pub, birrerie, caffetterie o enoteche che contemplano attività di preparazione e somministrazione di alimenti e bevande per il consumo immediato nei locali, nonché i servizi di catering per eventi o banqueting;

RITENUTO che il servizio secondario di "*gestione bar/paninoteca/pizzeria/friggitoria*" rientra nella nozione di ristorazione come sopra enunciata. Va, infatti, considerato che l'art. 7.2.2, lett. c) del bando richiede espressamente il possesso di una "*valutazione di conformità del proprio sistema di gestione alla norma UNI EN ISO 9001:2015 nel settore IAF 30, idonea, pertinente e proporzionata al seguente ambito di attività: servizi di ristorazione*". Inoltre, il capitolato tecnico, nel disciplinare il servizio bar/paninoteca/pizzeria/friggitoria, prevede la fornitura di pasti, che devono consistere in generi alimentari di prima qualità (art. 5), con previsione anche di un'area esterna con almeno 500 tavoli e 2.000 sedie, precisando che "*durante tutto il ciclo produttivo*" il concessionario dovrà "*munire e far indossare al personale addetto alla manipolazione e distribuzione, appositi copricapo, mascherine e guanti monouso*" (art. 10, lett. E);

RITENUTO, pertanto, che non può nutrirsi alcun dubbio sulla riconducibilità del servizio di bar/paninoteca/pizzeria/friggitoria, all'interno della gestione di uno stabilimento elioterapico, al settore di mercato della ristorazione di cui all'art. 1, comma 53, lett. i-ter) della L. n. 190/2012, non ostando a



tale conclusione (come argomentato in precedenza), la circostanza che tale attività sia prevista come secondaria rispetto allo svolgimento dei servizi di balneazione.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che:

- l'obbligo di iscrizione nelle *white list* della Prefettura competente territorialmente sorge per effetto dello svolgimento, anche solo in via secondaria o strumentale, di attività ricomprese nell'elenco di cui all'art. 1, comma 53, della L. n. 190/2012;
- si tratta di un requisito di partecipazione di ordine generale che deve essere posseduto dall'operatore fin dal momento della presentazione della domanda, per tutta la durata della procedura e nel corso della fase di esecuzione del contratto, senza soluzione di continuità, anche se non espressamente previsto dalla *lex specialis* di gara, che viene eterointegrata *ex lege*;
- il servizio di bar/paninoteca/pizzeria/friggitoria, all'interno della gestione di uno stabilimento elioterapico, afferisce al settore di mercato della ristorazione di cui all'art. 1, comma 53, lett. i-ter) della L. n. 190/2012.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 aprile 2023
Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente