



DELIBERA N. 407

11 settembre 2024

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 presentata da [OMISSIS] – Procedura aperta per l'affidamento dei servizi presso la Residenza Sanitaria Assistita (RSA) dell'ASL Napoli 2 Nord, sita nel comune di Pozzuoli nel Rione Troiano (NA) – Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: Euro 5.196.456,90 – S.A.: Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord.

UPREC - PREC 179-2024-S

Riferimenti normativi

Art. 94 del d.lgs. n. 36/2023; art. 1, commi 52-53, della l. n. 190 del 2012.

Parole chiave

White list, requisiti di ordine generale, eterointegrazione, servizi di ristorazione, servizi ambientali, smaltimento dei rifiuti, deposito temporaneo, subappalto.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Requisiti di ordine generale – Iscrizione nelle white list – Nuovo Codice – Etero-integrazione – Sussiste.

Appalto pubblico – Servizi – Servizi di ristorazione socioassistenziale – Scelta del contraente – Requisiti – Requisiti di ordine generale – Iscrizione nelle white list – Subappalto – Obbligo – Sussiste.

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Procedura – Gara – Bando di gara – Contrasto con capitolato – Prevalenza del bando – Sussiste.

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Requisiti di ordine generale – Iscrizione nelle white list – Servizi ambientali – Smaltimento dei rifiuti – Deposito temporaneo dei rifiuti – Differenze – Disciplina di settore.



Il requisito di iscrizione nelle white list, per gli operatori economici che svolgono una delle prestazioni elencate nel comma 53 dell'art. 1 della L. n. 190/2012, rientra tra le cause di esclusione obbligatorie di carattere automatico di cui all' 94, comma 2, del nuovo Codice che – ancora più chiaramente rispetto al D.lgs. n. 50/2016 – stabilisce che costituisce motivo di esclusione la sussistenza (a carico dei soggetti di cui all'art. 94, comma 3) di tentativi di infiltrazione mafiosa o l'adozione di comunicazioni antimafia, a cui il legislatore ha equiparato l'iscrizione nelle white list. Tale requisito va posseduto dagli operatori economici che svolgono una delle prestazioni elencate nel comma 53 dell'art. 1 della L. n. 190/2012, anche se non espressamente previsto nella legge di gara.

La ristorazione socioassistenziale, che include anche il servizio di preparazione e somministrazione dei pasti all'interno di una casa di riposo comunale o di una RSA (residenza sanitaria assistita), rientra nell'alveo dei servizi di ristorazione di cui alla lett- i-ter) del comma 1 della L. n. 190/2012. In caso di ricorso al subappalto, è, pertanto, necessario il possesso dell'iscrizione nella white list per erogare tale servizio in capo al subappaltatore.

Il contrasto tra il bando di gara e il capitolato speciale, con riferimento all'ammissibilità del subappalto, va risolto in favore del bando di gara (nel caso in esame, peraltro, il bando prevedeva espressamente la prevalenza delle sue clausole rispetto agli atti di gara e richiamava la disciplina sul subappalto dell'art. 119 del D.lgs. n. 36/2023, che non contiene più limiti quantitativi al subappalto).

Il deposito temporaneo dei rifiuti, prima della raccolta, di cui all'art. 185-bis del Codice dell'Ambiente è attività estranea al perimetro della gestione dei rifiuti in senso tecnico e non rientra nell'alveo della nozione di "servizi ambientali" di cui alla lett. i-quater) del comma 1 della L. n. 190/2012, per cui non è richiesta l'iscrizione nella white list ai fini del suo espletamento. Tale iscrizione è, invece, necessaria ex lege laddove agli operatori economici competano anche l'attività di raccolta e di smaltimento dei rifiuti prodotti nella RSA, che rientrano nell'alveo dei servizi ambientali.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 11 settembre 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 66369 del 13 giugno 2024, con la quale [OMISSIS]ha contestato la proposta di aggiudicazione della gara in favore della Innotec Società Cooperativa Sociale, per carenza di iscrizione alla *white list*, considerata un requisito essenziale in quanto, tra le attività oggetto dell'appalto rientrano anche il servizio di ristorazione e quello di smaltimento dei rifiuti. L'istante ha chiesto all'Autorità se: *i) alla luce di quanto previsto nella lex specialis (art. 8 e 10 del Capitolato) i concorrenti devono essere iscritti nella white list relativamente alle attività di "ristorazione, gestione delle mense e catering" e "smaltimento dei rifiuti"; ii) la sanzione dell'esclusione nei confronti degli operatori carenti di tale requisito si applica anche in mancanza di una espressione previsione nella legge di gara, nelle gare disciplinate dal D.lgs. n. 36/2023;*

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento di cui alla nota prot. 72136 del 25 giugno 2024;

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



RILEVATO che la controinteressata (con memoria acquisita al prot. n. 74630 del 1° luglio 2024) ha rappresentato che nel caso concreto è irrilevante la sua mancata iscrizione nelle *white list*, in quanto *i)* per le prestazioni di ristorazione ha fatto ricorso al subappalto, individuando un subappaltatore iscritto nella *white list* della Prefettura di Roma, invece *ii)* per le attività definite nel c.s.a. come "smaltimento dei rifiuti" l'iscrizione non è necessaria, dal momento che tale termine sarebbe utilizzato nel c.s.a. in senso a-tecnico, atteso che all'aggiudicatario viene solo attribuito il compito di depositare temporaneamente i rifiuti nei cassonetti, prima della loro raccolta (attribuita ad altro gestore). La controinteressata sostiene, inoltre, che l'iscrizione nelle *white list* non era richiesta nella *lex specialis* e che il meccanismo di etero-integrazione non può trovare applicazione in vigenza del D.lgs. n. 36/2023, che ha notevolmente irrigidito la tassatività delle cause di esclusione, limitandole a quelle espressamente previste negli artt. 94 e 95 del Codice (che, secondo la controinteressata, non contemplerebbero tale requisito), con la conseguenza si tratterebbe di una condizione di esecuzione del contratto e non di un requisito di partecipazione;

VISTA la memoria presentata dalla Società istante (acquisita al prot. n. 75643 del 2 luglio 2024), nella quale viene, in sintesi, eccepito che: *i)* il DGUE prodotto dall'aggiudicatario non è valutabile, perché privo di firma digitale, in formato editabile e con l'erronea indicazione di altra SA; *ii)* il ricorso al subappalto delle prestazioni di ristorazione non è ammissibile perché vietato dall'art. 28 del c.s.a. e perché la dichiarazione di subappalto è generica, priva degli adempimenti previsti dal disciplinare; *iii)* per quanto riguarda lo smaltimento dei rifiuti, l'attività richiesta all'appaltatore rientra nell'ambito delle attività di "raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti" che l'art. 1, comma 53-*quater* della L. n. 190/2012 sottopone ad obbligo di iscrizione nelle *white list*; *iv)* tale obbligo assume carattere cogente ed etero-integra la *lex specialis* di gara anche in vigenza del D.lgs. n. 36/2023;

VISTA la nota prot. n. 79652 del 9 luglio 2024, con la quale l'Autorità ha chiesto alla SA di chiarire in cosa consistono le prestazioni di smaltimento dei rifiuti poste a carico dell'aggiudicatario e di trasmettere il DGUE di quest'ultimo, firmato digitalmente;

RILEVATO che, in riscontro a tale richiesta istruttoria, sono pervenute:

- una nota del Provveditorato della ASL (acquisita al prot. n. 83056 del 15 luglio 2024) con la quale è stato rappresentato che: *i)* le prestazioni di smaltimento dei rifiuti "consistono solo nel deposito temporaneo all'interno della RSA (stoccaggio all'interno di locale idoneo) di rifiuti prodotti nella RSA, in attesa che si provveda al trasporto ed allo smaltimento in discarica da parte di altro soggetto, individuato ed a carico del soggetto aggiudicatario"; *ii)* il subappalto è ammesso per le attività non strettamente assistenziali, mentre è vietato solo per le prestazioni rivolte a soggetti particolarmente deboli; *iii)* la Società Innotec ha integrato il DGUE in sede di soccorso istruttorio;
- una nota del Direttore Generale della ASL (acquisita al prot. n. 84994 del 18 luglio 2024), con la quale è stata trasmessa una informativa riservata da parte del Responsabile della UOC Affari Legali aziendale, nella quale veniva riportata la notizia di un ricorso al TAR proposto da un operatore escluso dalla procedura e venivano trasmessi i verbali di gara e un parere rilasciato dal medesimo Ufficio Legale;

VISTA l'ulteriore documentazione trasmessa dalla ASL (con nota della Direzione Generale del 26 luglio 2024), in seguito a richiesta istruttoria di ANAC del 24 luglio 2024;

RITENUTO preliminarmente che l'istanza sia ammissibile, in quanto il ricorso pendente dinanzi al TAR Campania ha un oggetto diverso rispetto al presente precontenzioso e riguarda altre parti. Il ricorso è stato, infatti, promosso da altro operatore (inizialmente collocato al primo posto della graduatoria) e ha



ad oggetto l'impugnativa della propria esclusione dalla gara per carenza del requisito di ordine speciale di cui all'art. 6.3 del Disciplinare (svolgimento pregresso di servizi presso Residenze Sanitarie Assistite). L'istanza in trattazione riguarda, invece, la necessità o meno di possedere il requisito di iscrizione nelle *white list* per l'erogazione di alcuni servizi rientranti nell'oggetto di gara;

CONSIDERATO che la presente procedura ha ad oggetto l'affidamento di una serie di servizi di assistenza infermieristica e di supporto da svolgersi presso la RSA (Residenza Sanitaria Assistita) di Pozzuoli sita nel rione Troiano della ASL Napoli 2 Nord (struttura residenziale che fa parte della rete dei servizi sanitari e sociosanitari per soggetti adulti non autosufficienti). Nelle premesse del c.s.a. viene precisato che l'assistenza è rivolta a soggetti adulti con patologie croniche, parzialmente o totalmente non autosufficienti, con ridotta completa perdita dell'autonomia e a soggetti adulti con patologie neurodegenerative, disturbi cognitivi e diagnosi di demenza. Le attività a carico dell'aggiudicatario sono eterogenee e sono elencate nell'art. 8 del c.s.a. il quale, *inter alia*, richiede la "fornitura e distribuzione dei pasti, compresa la fornitura di carrelli termici, della biancheria da tavola, tovaglioli, pentolame, stoviglie e quant'altro necessario per l'espletamento di tale attività" (art. 8, lett. h), disciplinata poi nel dettaglio nell'art. 10 c.s.a. (servizio ristorazione) e lo "smaltimento dei rifiuti solidi urbani e rifiuti speciali" (art. 8, lett. s) c.s.a.). Accanto a tali attività sono richiesti servizi di pulizia, fornitura di beni di consumo, attività di manutenzione ordinaria e straordinaria dell'immobile, assistenza infermieristica e attività tutelare, attività ricreative e occupazionali, servizio di lavanderia, servizio di parrucchiere-barbiere e podologo, che concorrono all'assolvimento dell'esigenza di assistenza sanitaria manifestata dalla SA;

RILEVATO che la *lex specialis* di gara (formata da bando di gara, disciplinare e capitolato speciale) non richiede espressamente l'iscrizione nelle *white list* tra i requisiti di partecipazione e che tale circostanza è pacifica tra le parti (al punto che la Commissione di gara ha ritenuto di chiedere un parere all'Ufficio legale aziendale, cui tuttavia non pare avervi dato seguito);

RITENUTO che, per risolvere la questione controversa, alla luce del contrasto tra le parti, occorre stabilire se: *i)* l'iscrizione nelle *white list*, per le attività imprenditoriali di cui al comma 53 dell'art. 1 della L. n. 190/2012, è obbligatoria anche alla luce del nuovo Codice, nonostante l'omessa previsione nella *lex specialis*; *ii)* in caso di risposta, se, nel caso in esame, tale requisito sia necessario sia per le prestazioni di ristorazione che per quelle di smaltimento dei rifiuti previste nel c.s.a.; *iii)* se è ammissibile il ricorso al subappalto per l'attività di ristorazione e se è valida la dichiarazione in tal senso resa dalla Società Innotec; *iv)* se tale iscrizione è obbligatoria anche per le prestazioni definite nel c.s.a. come "smaltimento dei rifiuti" ovvero se tale circostanza vada esclusa trattandosi propriamente di attività di deposito temporaneo dei rifiuti;

CONSIDERATO che su tale tematica possono dirsi ormai consolidati i seguenti principi sanciti sia dall'Autorità che dalla giurisprudenza:

- l'art. 1, comma 52, della L. 190/2012 per alcune attività, elencate dall'art. 1, comma 53, della stessa Legge, prescrive l'obbligo di iscrizione all'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa (c.d. *white list*);
- l'art. 1, comma 52-*bis*, della L. 190/2012 prevede che l'iscrizione nel suddetto elenco tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta;
- il requisito dell'iscrizione nelle *white list* istituite presso le prefetture competenti territorialmente, in quanto requisito di ordine generale attinente alla moralità professionale, deve essere posseduto al



- momento della partecipazione alla procedura di gara, con la conseguenza che la mancata iscrizione (o la mancata dichiarazione di aver presentato idonea domanda di iscrizione nel predetto elenco) determina l'inammissibilità dell'impresa e la sua esclusione dalla gara;
- nel caso in cui la legge di gara non prevede espressamente tale iscrizione si verifica un meccanismo di eterointegrazione (TAR Piemonte, sez. II, 22 marzo 2024, n. 299; Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10935; Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2022, n. 8558; Id., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903);
 - il criterio prescelto dal legislatore per l'individuazione dei soggetti tenuti all'iscrizione nelle *white list* è quello della tipologia di attività esercitata;
 - le vigenti disposizioni non operano alcun distinguo tra le attività principali e le attività secondarie o accessorie svolte dalle imprese, né istituiscono un regime differenziato in ragione della natura dell'impresa o della tipologia di utenza che beneficia dell'attività; prevedono, piuttosto, che laddove l'operatore economico operi in uno dei settori ritenuti particolarmente sensibili, sia tenuto a richiedere l'iscrizione alle *white list* della Prefettura territorialmente competente;
 - l'operatore economico che partecipa in forma singola ad una procedura di gara per l'affidamento di un complesso di servizi, parzialmente riconducibili all'elenco di attività cui all'art. 1, comma 53, della L. 190/2012, è tenuto al possesso del requisito dell'iscrizione alle *white list* della prefettura territorialmente competente, anche quando l'attività maggiormente esposta a rischio di infiltrazione mafiosa sia da questi svolta in via secondaria o strumentale rispetto all'attività principale;
 - per la medesima ragione, quando il bando di gara preveda l'esecuzione di servizi, anche solo parzialmente rientranti nell'elenco di cui all'art. 1, comma 53, della L. 190/2012, la stazione appaltante è tenuta ad accertare che l'impresa che vi partecipa e che dichiara di eseguirla risulti iscritta nella *white list* (cfr. Delibera ANAC n. 5 del 22 febbraio 2023);
 - nel caso in cui le suddette lavorazioni siano affidate in subappalto o costituiscano oggetto di una subfornitura, è il subappaltatore o il subfornitore a dover risultare iscritto nelle *white list* (Delibera ANAC n. 29 del 17 gennaio 2024);
 - l'iscrizione alla *white list* dovrà essere posseduta soltanto dal soggetto che effettivamente andrà a svolgere la prestazione rientrante all'interno dell'elenco di cui all'art. 1, comma 53, della L. 190/2012;

CONSIDERATO che tali principi sono stati ribaditi dal Presidente dell'Autorità con Comunicato 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*"). Nel Comunicato è stato sottolineato che "*Trattandosi di un requisito ex lege a presidio di diritti e principi di ordine costituzionale, quali la salvaguardia dell'ordine pubblico, della concorrenza e del buon andamento della Pubblica Amministrazione, esso non può essere derogato dalla stazione appaltante nell'elaborazione dei documenti di gara. Ed infatti, i commi 52, 52 bis e 53 dell'articolo 1 della legge n. 190 del 2012, nonché, il d.P.C.M. del 18 aprile 2013, costituiscono una valida base giustificativa a supporto della previsione degli adempimenti previsti dalle prefate disposizioni come requisito di partecipazione alla procedura di gara a pena di esclusione, tra cui rientra proprio l'iscrizione alla white list. Le eventuali clausole di segno contrario o l'assenza della clausola che imponga, a pena di esclusione, detta iscrizione sono suscettibili di essere sostituite o colmate, attraverso l'eterointegrazione degli atti di gara e ciò in considerazione della natura imperativa e cogente della disciplina relativa agli accertamenti antimafia nei settori a rischio di infiltrazione mafiosa*";



RITENUTO che i medesimi principi vadano ribaditi anche in vigore del D.lgs. n. 36/2023. L'art. 94, comma 2, del nuovo Codice richiama espressamente, tra le cause di esclusione obbligatorie di carattere automatico, il rispetto della disciplina del Codice Antimafia, precisando – ancora più chiaramente rispetto al D.lgs. n. 50/2016 – che costituisce motivo di esclusione la sussistenza (a carico dei soggetti di cui all'art. 94, comma 3) di tentativi di infiltrazione mafiosa o l'adozione di comunicazioni antimafia (*"Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia"*);

RITENUTO che, contrariamente a quanto sostiene la controinteressata, il mancato richiamo testuale, da parte del citato art. 94, anche all'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 1, comma 52, della L. n. 190/2012 non sia rilevante, atteso che è il legislatore a sancire l'equivalenza tra la disciplina sulla iscrizione nelle *white list* e quella sulle comunicazioni e sulla informativa antimafia, prevedendo che *"l'iscrizione nell'elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta"* (art. 1, comma 52-bis, della L. n. 190/2012, introdotto dall'art. 29, comma 1, del D.l. n. 90/2014, conv. con la L. n. 114/2014). Come ha avuto modo di chiarire il Consiglio di Stato (sez. V, 14 maggio 2023, n. 4308), *"le disposizioni relative all'iscrizione nella c.d. white list formano un corpo normativo unico con quelle dettate dal codice antimafia per le misure antimafia (comunicazioni e informazioni)"*, precisando che *"l'unicità e l'organicità del sistema normativo vietano all'interprete una lettura atomistica, frammentaria e non coordinata dei due sottosistemi – quello della c.d. white list e quello delle comunicazioni antimafia – che, limitandosi ad un criterio formalisticamente letterale e di c.d. stretta interpretazione, renda incoerente o addirittura vanifichi il sistema dei controlli antimafia (Cons. Stato, sez. III, 24 gennaio 2018, n. 492). Del resto, l'iscrizione nelle white list è ricollegata ad attività istruttoria della medesima tipologia e contenuto di quelle previste ai fini della relazione dell'informativa antimafia"*. Pertanto, il richiamo effettuato espressamente dall'art. 94, comma 2, del D.lgs. n. 36/2023 alla disciplina della comunicazione e informativa antimafia di cui al D.lgs. n. 159/2011 va inteso in modo dinamico e organico, anche con riferimento agli accertamenti e alle iscrizioni in elenchi equiparati dal legislatore alla comunicazione e alla informativa antimafia, come l'iscrizione prevista nei commi 52-53 dell'art. 1 della L. n. 190/2012 (*white list*) o quella prevista nell'art. 30 del D.l. n. 186/2016 (Anagrafe antimafia degli esecutori di interventi di ricostruzione post-sisma). Una diversa interpretazione si tradurrebbe in una disapplicazione delle richiamate disposizioni legislative, nonché in una elusione della funzione di prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata in settori considerati particolarmente a rischio dal legislatore;

CONSIDERATO, peraltro, che anche il Bando-tipo n. 1/2023 dell'ANAC (approvato con Delibera n. 309 del 27 giugno 2023), alla voce "requisiti generali", statuisce che in caso di servizi o forniture rientranti in una delle attività di cui all'art. 1, comma 53, della L. 190/2012, 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 (c.d. *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;

RITENUTO, pertanto, che anche con il nuovo Codice il requisito di iscrizione nelle *white list* non sia incompatibile con il principio di tassatività delle cause di esclusione (cfr. Cons. Stato, n. 10935/2022, cit.) e che tale requisito vada posseduto dagli operatori economici che svolgono una delle prestazioni elencate



nel comma 53 dell'art. 1 della L. n. 190/2012, anche se non espressamente previsto nella legge di gara (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. II, 27 aprile 2024, n. 532);

RILEVATO che, nel caso di specie, tale requisito vada certamente posseduto dall'operatore economico incaricato di svolgere il servizio di ristorazione di cui all'art. 10 del c.s.a., che comprende preparazione e cottura dei pasti, distribuzione presso la sala da pranzo della struttura o nella camera dell'ospite, fornitura di carrelli termici porta vivande, fornitura di biancheria da tavola, tovaglioli, pentolame e stoviglie, predisposizione. Tali prestazioni rientrano nella lettera *i-ter*) dell'art. 1, comma 53 della L. 190/2012, introdotta dal D.l. n. 23/2020, convertito con la L. n. 40/2020, con cui è stato ampliato l'elenco delle attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa. Come stabilito dall'Autorità, nella Delibera n. 127 del 16 marzo 2022 (che si richiama integralmente), nella citata lett- *i-ter*) rientra anche la ristorazione socioassistenziale, che costituisce un ramo della ristorazione collettiva, e che include anche il servizio di preparazione e somministrazione dei pasti all'interno di una casa di riposo comunale o, come nel caso in esame, di una RSA;

RITENUTO che il possesso dell'iscrizione nella *white list* per erogare il servizio di ristorazione all'interno della RSA vada richiesto e verificato dalla SA in capo all'operatore individuato come subappaltatore dalla società Innotec, atteso che, come precisato dall'Autorità nella Delibera ANAC n. 29 del 17 gennaio 2024, *"nel caso in cui le suddette lavorazioni siano affidate in subappalto o costituiscano oggetto di una subfornitura, è il subappaltatore o il subfornitore a dover risultare iscritto nelle white list"*;

RITENUTO che sono destituite di fondamento le censure dell'istante volte a dimostrare l'inammissibilità del ricorso al subappalto nel caso in esame. Al riguardo, si ritiene che il contrasto tra il bando di gara e il disciplinare (che consentivano il subappalto) e il capitolato speciale (che all'art. 28 vietava il subappalto *"in ragione della complessità e della peculiarità dell'appalto, le cui prestazioni sono rivolte a soggetti particolarmente deboli"*), vada risolto in favore del bando di gara e del disciplinare. Costituisce, infatti, principio consolidato che *"benché il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto abbiano ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, tutti insieme costituiscono la lex specialis della gara (Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; id., sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981; id. 25 maggio 2010, n. 3311; id. 12 dicembre 2009, n. 7792), in tal modo sottolineandosi il carattere vincolante che (tutte) quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97). Quanto agli eventuali contrasti (interni) tra le singole disposizioni della lex specialis ed alla loro risoluzione, è stato osservato che tra i ricordati atti sussiste nondimeno una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; id. 23 giugno 2010, n. 3963), laddove le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime (Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; id. 11 luglio 2013, n. 3735; id., sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439)"* (Cons. Stato sez. V, 17 gennaio 2023, n. 565; in termini cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1813; Delibere ANAC n. 369 del 26 luglio 2023 e n. 159 del 24 febbraio 2021);

RITENUTO, peraltro, che la tesi dell'istante (della prevalenza del divieto di subappalto di cui all'art. 28 c.s.a.), contrasta espressamente con la clausola riportata nel bando di gara che, tra le disposizioni generali, prevede che il subappalto è disciplinato dall'art. 119 del D.lgs. n. 36/2023 e che *"In caso di contrasto tra gli Atti di gara prevalgono le disposizioni del presente Bando e successivamente del Disciplinare di gara"*. Tale tesi, inoltre, si porrebbe in contrasto con la disciplina del subappalto contenuta nell'art. 119 del nuovo Codice ha eliminato il limite quantitativo del ricorso al subappalto, prevedendo che



le SA possono indicare "le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto" previa "adeguata motivazione nella decisione di contrarre", che non risulta nel caso di specie;

RILEVATO, per completezza, che non si ravvisano i profili di non valutabilità del DGUE della Innotec che sono stati eccepiti dalla Società istante. Dalla produzione documentale della SA risulta che la Innotec – sia nel DGUE presentato all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa, sia in quello presentato in sede di soccorso istruttorio – ha dichiarato la propria volontà di ricorrere al subappalto per il servizio mensa, pulizia e lavanderia. Non emergono, inoltre, i profili di irregolarità lamentati dall'istante, che, quand'anche fossero stati riscontrati, avrebbero condotto alla richiesta di regolarizzazione da parte della SA in sede di soccorso istruttorio e non all'esclusione della ditta dalla gara. Con riferimento all'attività di ristorazione di cui all'art. 10 c.s.a., spetta, pertanto, alla SA verificare se il subappaltatore a cui la Società Innotec intende affidare tali prestazioni, in caso di aggiudicazione della gara e di stipula del contratto, risulta iscritto nelle *white list* della Prefettura territorialmente competente;

RITENUTO che, con riferimento alle prestazioni di smaltimento dei rifiuti, valgono le medesime considerazioni sopra riportate sulla necessità di iscrizione nelle *white list* da parte del soggetto incaricato della loro esecuzione, nel caso in cui si tratti di prestazioni riconducibili nella lettera i-*quater*) dell'art. 1, comma 53, della l. 190/2012, testualmente riferita ai "servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti". Tuttavia, nel caso di specie, occorre stabilire se le prestazioni richieste all'aggiudicatario vanno qualificate come "smaltimento dei rifiuti" in senso tecnico, per la cui esecuzione è richiesta *ex lege* l'iscrizione nelle *white list*, oppure come "deposito temporaneo" dei rifiuti che, non rientrando nel ciclo della gestione dei rifiuti in senso tecnico, sembra esclusa dalla nozione di servizi ambientali di cui alla citata lett. i-*quater*) del comma 53 della Legge Anticorruzione;

CONSIDERATO che in mancanza di una definizione normativa della nozione di "servizi ambientali" di cui alla citata lett. i-*quater*), l'Autorità ha fornito criteri ermeneutici nella Delibera n. 1113 del 16 dicembre 2020, statuendo che "la lett. i-*quater* dell'art. 1, comma 53, della l. 190/2012, introdotta dall'art. 4bis della l. 40/2020 di conversione del d.l. 23/2020, non può che essere interpretata nel senso che tra i servizi ambientali maggiormente esposti a rischio di infiltrazione mafiosa ed in relazione ai quali vige l'obbligo di iscrizione nelle *white list* delle Prefetture territorialmente competenti rientrano le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti, ovvero quelle attività individuate dai Codici Ateco 38 (Raccolta dei rifiuti) e 39 (Attività di risanamento e altri servizi di gestione dei rifiuti)". L'Autorità ha sottolineato che "la novella legislativa appare volta ad estendere l'obbligo di iscrizione a tutte le attività connesse alla gestione dei rifiuti, sia attraverso l'inclusione della raccolta e del trasporto effettuato in conto proprio - e non solo per conto terzi - sia mediante l'aggiunta delle nuove categorie del risanamento, della bonifica e degli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti", precisando, inoltre, che una interpretazione più ampia, volta cioè ad assoggettare all'obbligo di iscrizione nelle *white list* tutti i servizi ambientali, contemplati nel D.lgs. n. 152/2006, renderebbe superflua e ridondante la precisazione contenuta nella stessa i-*quater*);

CONSIDERATO che lo smaltimento dei rifiuti è definito nell'art. 183, lett. z) del D.lgs. n. 152/2006 come "qualsiasi operazione diversa dal recupero anche quando l'operazione ha come conseguenza secondaria il recupero di sostanze o di energia. L'Allegato B alla parte IV del presente decreto riporta un elenco non esaustivo delle operazioni di smaltimento". Secondo l'Allegato B della Parte IV del Codice dell'Ambiente



sono operazioni di smaltimento quelle indicate dal punto D1 al punto D15 ed in quest'ultimo si fa riferimento al "*Deposito preliminare prima di una delle operazioni di cui ai punti da D1 a D14 (escluso il deposito temporaneo, prima della raccolta, nel luogo in cui sono prodotti)*". Invece, il "*deposito temporaneo prima della raccolta*" è definito nell'art. 183, lett. bb) del D.lgs. 152/2006, come "*il raggruppamento dei rifiuti ai fini del trasporto degli stessi in un impianto di recupero e/o smaltimento, effettuato, prima della raccolta ai sensi dell'articolo 185-bis*". Come chiarito dalla giurisprudenza (cfr. di recente Cass., sez. III, 28 maggio 2024, n. 20841), il deposito temporaneo è estraneo al perimetro della "gestione" dei rifiuti che, ai sensi della lettera n) dell'art. 183 cit., concerne "*la raccolta, il trasporto, il recupero, compresa la cernita, e lo smaltimento dei rifiuti, compresi la supervisione di tali operazioni e gli interventi successivi alla chiusura dei siti di smaltimento, nonché le operazioni effettuate in qualità di commerciante o intermediari) e prodromico allo svolgimento delle relative attività*". La Cassazione ha evidenziato che "*Posto che l'attività di «raccolta» è definita come «il prelievo dei rifiuti, compresi la cernita preliminare e il deposito preliminare alla raccolta, ivi compresa la gestione dei centri di raccolta di cui alla lettera "mm", ai fini del loro trasporto in un impianto di trattamento», è evidente che se è già stata fatta una cernita dei rifiuti non può parlarsi di deposito temporaneo ma già di «gestione» dei rifiuti (e, in particolare, se si tratta di operazioni finalizzate al recupero, a quelle di cui alla lettera R12 dell'Allegato C), il che significa che il raggruppamento secondo categorie omogenee di rifiuti deve avvenire nel luogo ove si effettua il deposito temporaneo, e non prima*". Occorre, inoltre, considerare che, secondo consolidata giurisprudenza (CGUE, 5 ottobre 1999, C-175/98 e C-177/98), la nozione di "*deposito temporaneo*" deve interpretarsi in modo restrittivo e deve rispettare tutte le condizioni richieste dall'art. 185-*bis* del Codice dell'Ambiente, che *inter alia* richiede che tale deposito sia effettuato nel luogo in cui i rifiuti sono prodotti, nel rispetto delle norme tecniche che regolano lo stoccaggio e l'imballaggio dei rifiuti contenenti sostanze pericolose e gestiti conformemente al regolamento (CE) 850/2004, con cadenza almeno trimestrale, raggruppando i rifiuti per categorie omogenee, nel rispetto delle relative norme tecniche, nonché, per i rifiuti pericolosi, nel rispetto delle norme che disciplinano il deposito delle sostanze pericolose in essi contenute;

RILEVATO che, nel caso in esame, il capitolato speciale, pur elencando lo "*smaltimento dei rifiuti solidi urbani e rifiuti speciali*" tra gli oneri a carico dell'aggiudicatario (art. 8, lett. s), non riporta una descrizione analitica delle attività richieste. Tale attività risultano meglio descritte nel DUVRI (Informativa preliminare per la successiva redazione del Documento Unico di Valutazione dei Rischi ex art. 26 del D.lgs. 81/2008 e s.m.i., allegato dalla ASL in data 15 luglio 2024), nel quale tra gli oneri a carico della ditta appaltatrice viene previsto di: differenziare rifiuti ed eliminarli nei contenitori idonei onde evitare la perforazione e/o danneggiamento degli stessi; differenziare rifiuti ed eliminarli nei contenitori idonei (separare i taglienti dai non taglienti); adottare comportamenti precauzionali nella "manipolazione" dei contenitori dei rifiuti verificando sempre la completa chiusura al fine di evitare lo spandimento accidentale e/o fuoriuscita; al momento della chiusura dei contenitori provvedere alla decontaminazione utilizzando soluzioni idonee e a minore rischio; in caso di spandimento accidentale ambientale provvedere alla inattivazione chimica e alla pulizia dell'ambiente;

TENUTO CONTO che la ASL, con nota del Provveditorato del 15 luglio 2024, in riscontro alla richiesta di ANAC, ha rappresentato che "*le prestazioni di smaltimento dei rifiuti solidi urbani e rifiuti speciali, di cui all'art. 8, lett. s) del c.s.a., poste a carico dell'aggiudicatario, consistono solo nel deposito temporaneo all'interno della RSA (stoccaggio all'interno di un locale idoneo) di rifiuti prodotti nella RSA, in attesa che si provveda al trasporto e allo smaltimento in discarica da parte di altro soggetto*";



RITENUTO che, alla luce di quanto rappresentato nella citata nota aziendale e dalla descrizione delle attività evincibili dal DUVRI, sembra che le prestazioni richieste all'aggiudicatario consistano solo nel deposito temporaneo dei rifiuti, nello stesso luogo in cui sono prodotti, prima della loro raccolta e del loro smaltimento affidato altro soggetto, per cui sembrerebbe non necessario il possesso di iscrizione nella *white list* per svolgere tale attività, in quanto estranea al perimetro della gestione dei rifiuti in senso tecnico. Tuttavia, in assenza di una chiara descrizione di tale prestazione contenuta negli atti di gara e, considerata la primaria esigenza di prevenire l'insorgere di fenomeni di infiltrazione mafiosa in settori particolarmente sensibili (sottesa alla richiesta di iscrizione nella *white list*), si ritiene che spetti alla SA verificare se in concreto le prestazioni incumbenti sull'aggiudicatario sono limitate al deposito temporaneo dei rifiuti ex art. 185-*bis* del Codice dell'Ambiente oppure consistono anche nella raccolta e nello smaltimento dei rifiuti prodotti nella RSA; in quest'ultimo caso, trattandosi di servizi ambientali (lett.i-*quater*) l'aggiudicatario dovrà possedere sia l'autorizzazione per espletare tali attività sia l'iscrizione nella *white list*, a pena di esclusione dalla gara, non avendo dichiarato nel DGUE la volontà di ricorrere al subappalto per tali attività.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che:

- anche con il nuovo Codice il requisito di iscrizione nelle *white list* vada posseduto dagli operatori economici che svolgono una delle prestazioni elencate nel comma 53 dell'art. 1 della L. n. 190/2012, anche se non espressamente previsto nella legge di gara;
- nel caso in esame, con riferimento all'attività di ristorazione di cui all'art. 10 c.s.a., spetta alla SA verificare se il subappaltatore a cui la Società Innotec intende affidare tali prestazioni risulta iscritto nelle *white list* della Prefettura territorialmente competente;
- con riferimento alle attività definite nell'art. 8 c.s.a. di "smaltimento dei rifiuti", spetta alla SA verificare se le prestazioni incumbenti sull'aggiudicatario sono limitate al deposito temporaneo dei rifiuti prima della raccolta ex art. 185-*bis* del Codice dell'Ambiente, estraneo al perimetro della gestione dei rifiuti in senso tecnico, oppure se viene richiesta anche la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti prodotti nella RSA; in quest'ultimo caso l'aggiudicatario dovrà possedere sia l'autorizzazione per espletare tali attività sia l'iscrizione nella *white list*, a pena di esclusione dalla gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 settembre 2024

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente