

**APPALTI: Pubblica amministrazione – Contratti della P.A. – Bando – Vincolatività per la stazione appaltante.**

**Cons. Stato, Sez. III, 30 settembre 2022, n. 8432**

- in *Il Foro amm.*, 9, 2022, pag. 1099

*“[...] E’ [...] ius receptum nella giurisprudenza anche di questa Sezione “la pacifica vigenza del principio per il quale quando l’Amministrazione, nell’esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all’osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell’autovincolo determina l’illegittimità delle successive determinazioni (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502). L’autovincolo, com’è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l’amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell’individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l’ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in executivis l’utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell’autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti” [...].”*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Cooperativa Multiservice Sud - Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 settembre 2022 il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune appellante chiede la riforma della sentenza n. 134, pubblicata il 15 febbraio 2022 e notificata il successivo 1° marzo 2022, con la quale il TAR per la Basilicata ha accolto il ricorso proposto dalla Multiservice Sud Soc. Coop. Sociale avverso l'aggiudicazione della gara avente ad oggetto il servizio di mensa scolastica e servizio pasti a domicilio per anziani del Comune di Calvello (PZ) a.s. 2021/2022 – 2022/2023 e 2023/2024, indetta con determinazione n. 07 del 09/01/2021.
2. Vale premettere che il ricorso si basava, in sintesi, su quattro motivi: l'omessa redazione del verbale di verifica dell'anomalia, la mancata iscrizione del direttore tecnico in camera di commercio, l'omessa iscrizione della aggiudicataria nelle white list e, infine, l'anomalia dell'offerta presentata in relazione ai profili di costo del personale da impiegare.
3. Il giudice di prime cure, nell'economia del proprio *decisum*, ha assegnato rilievo dirimente alla rilevata violazione dell'art. 3.6 del bando di gara, nella parte in cui richiedeva, 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 (c.d. 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.
- 3.1. Il TAR ha, altresì, escluso che la clausola qui in rilievo 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 il Comune appellante deduce la nullità della clausola in argomento a mente dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 e insiste sulla necessità di disapplicarla, non operando, a suo dire, il principio sotteso alla disciplina di settore come una limitazione alla partecipazione selettiva e integrando piuttosto una condizione per la stipula del contratto, tanto più che, nella specie, non si sarebbe riscontrata alcuna causa di decadenza, sospensione o divieto ex art. 67, D. lgs 159 del 2011.
5. Resiste in giudizio la società Cooperativa Multiservice.
6. Questa Sezione, all'esito dell'udienza camerale del 26 maggio 2022, ha respinto l'istanza del Comune appellante di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata.

7. L'appello è infondato e, pertanto, va respinto.

E, invero, come già anticipato in sede cautelare, la decisione appellata riflette un'ampia capacità di resistenza alle doglianze veicolate con l'appello in epigrafe avendo il giudice di prime cure fatto corretta applicazione dei principi predicabili in *subiecta materia*.

8. E', infatti, *ius receptum* nella giurisprudenza anche di questa Sezione “*la pacifica vigenza del principio per il quale quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502). L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in executivis l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti” (Cons. Stato, Sez. III, 20 aprile 2021, n. 3180).*

8.1. In applicazione del suindicato principio l'Autorità procedente non poteva sottrarsi alla forza cogente del precetto contenuto all'art. 3.6 del bando di gara, nella parte in cui richiedeva, 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.

9. Né è possibile ritenere, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, che la disposizione sopra richiamata 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. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.*

Tale disposizione, pur mitigando l'ampia discrezionalità di cui gode l'Amministrazione nell'individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (così, Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9), non vale di per sé ad infirmare la legittimità delle clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, § 6.4; successivamente 16 ottobre 2020, n. 22), dal momento che il relativo potere conformativo della singola competizione non risulta escluso ma solo regolamentato (Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22).

9.1. Orbene, nel solco delle tracciate coordinate coglie nel segno la statuizione del giudice di prime cure nella parte in cui rileva che la richiamata prescrizione si rivela “(..) *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”*”.

E, invero, la clausola introdotta dalla legge di gara, e 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; l'emissione dell'informazione antimafia, ai sensi dell'art. 84, comma 4, del d. lgs. n. 159 del 2011, rientra tra le cause di esclusione dalla gara e comporta ineluttabilmente l'impossibilità di stipulare i contratti con la pubblica amministrazione di guisa che, in presenza di un'informazione antimafia negativa, l'impossibilità di contrarre con la pubblica amministrazione comporterebbe la immediata revoca dell'aggiudicazione e/o l'immediato recesso dal contratto.

Vale soggiungere che i commi 52, 52 bis e 53 dell'art. 1 della legge 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. 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.

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 come requisito di partecipazione alla procedura di gara a pena di esclusione (in tal senso cfr. delibera ANAC n. 127 del 16.03.2022; TAR FVG n. 230 del 16 maggio 2022; TAR Piemonte, sez. I, 4 gennaio 2019, n. 19).

9.2. In ragione di ciò, la previsione in via anticipata di oneri dimostrativi che si dispiegano nel senso di comprovare la ricorrenza di tale indefettibile requisito, in conformità alle previsioni di cui all'art. 1, co. 53, della l. n. 190/2012, riferite peraltro proprio al settore sensibile qui in rilievo, rende la clausola in questione immune dai sopra richiamati rilievi censorei.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, l'appello va respinto con conferma della decisione appellata, dovendo per l'effetto il Comune di Calvello conformarsi alla presente sentenza portando a compimento il procedimento in ossequio ai *dicta* in essa compendiate.

Quanto alle aggiuntive richieste qui avanzate dall'appellata sulla richiesta di una declaratoria di inefficacia del contratto, non disposta dal giudice di prime cure in mancanza di puntuali notizie sull'avvenuta stipula, deve rilevarsi come ancora in questa sede non vi sia alcuna certezza dell'esistenza di un contratto valido ed efficace (vi è un generico cenno nell'appello principale ripreso nelle memorie difensive dell'appellata).

E, infatti, il servizio non è in corso di esecuzione (in tale senso cfr. la stessa memoria di discussione dell'appellata), non risulta depositata in giudizio una copia del presunto contratto stipulato né vi è prova della relativa ufficiale comunicazione all'appellata ai sensi dell'art. 76 comma 5 lett.d) del D.lgs. 50/2016. D'altro canto, nello stesso costruito di parte appellata, si tratterebbe di una sopravvenienza rispetto alla sentenza di primo grado che eventualmente potrebbe emergere, nel caso di violazione o elusione del giudicato, in sede di ottemperanza.

Le spese della presente fase seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il Comune appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, liquidate complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Massimiliano Nocelli, Presidente FF

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

Fabrizio Di Rubbo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Umberto Maiello**

**IL PRESIDENTE**

**Massimiliano Nocelli**

**IL SEGRETARIO**

---