

# **Rilievo della distinzione tra subappalto e contratto continuativo di cooperazione, servizio o fornitura ai fini dell'iscrizione dell'aggiudicatario nella white list**

*di Antonio La Marca*

*Data di pubblicazione: 4-4-2025*

*Si condivide perciò la conclusione raggiunta dall'appellante, anche relativamente al testo dell'art. 119, comma 3, lett. d), del d.lgs. n. 36 del 2023, richiamato in sentenza, secondo cui mentre il subappalto ha ad oggetto l'affidamento dell'esecuzione di una parte delle prestazioni oggetto del contratto di appalto, con la conseguente sostituzione del subappaltatore all'affidatario, di converso, i contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura hanno ad oggetto prestazioni secondarie o accessorie dirette agli affidatari, a cui forniscono beni e servizi utili per lo svolgimento delle prestazioni affidate.*

*Peraltro tutto quanto sopra non sta a significare che dette prestazioni, pur secondarie nell'economia dell'appalto, tuttavia riconducibili ad attività la cui esecuzione è considerata per legge esposta a tentativi di infiltrazione mafiosa siano espletabili senza alcun controllo, ma soltanto che l'iscrizione alla c.d. white list è richiesta per il soggetto che effettivamente le esegue (come da comunicato del Presidente dell'ANAC del 17 gennaio 2023), senza quindi che l'iscrizione assurga a requisito soggettivo di partecipazione alla procedura di gara.*

*Ne consegue che, essendo l'attività di ristorazione compresa tra quelle indicate nell'art. 1, comma 53, della legge n. 190 del 2012 ed essendo, nell'affidamento per cui è giudizio, avente ad oggetto il servizio di asilo nido, una prestazione secondaria, è legittimo il suo sub-affidamento mediante contratto continuativo di servizio e fornitura ex art. 119, comma 3, lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023.*

*L'iscrizione nell'elenco prefettizio avrebbe dovuto essere posseduta soltanto dal sub-affidatario ed il presupposto - rilevante ai fini della sottoscrizione del contratto (arg. ex art. 119, comma 3, lett. d, secondo periodo, che impone la trasmissione dei contratti "prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto") - è stato positivamente verificato dalla stazione appaltante.*

## **Il Consiglio di Stato**

### **in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5940 del 2024, proposto da Prisma Società Cooperativa Sociale per Azioni - Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A0366537AB, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Annibali, Marco Orlando, Antonietta Favale, Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di S. Agnello, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Speciale Consortile per i Servizi alla persona "Penisola Sorrentina", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Lucio Perone, Paolo Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Boethia Società Cooperativa Sociale Onlus in proprio ed in qualità di mandante del costituendo r.t.i., non costituita in giudizio;

Consorzio Matrix Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Ceceri, Antonio Nardone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 04208/2024, resa tra le parti.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di S. Agnello, dell'Azienda Speciale Consortile per i Servizi alla persona "Penisola Sorrentina" e del Consorzio Matrix Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2025 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Matteo Valente, Fabrizio Perla in delega dell'avv. Ferdinando Pinto, Lucio Perone e Lucia Fava;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale della Campania ha respinto il ricorso proposto dalla Prisma Società Cooperativa Sociale per Azioni - *Onlus* contro il Comune di Sant’Agnello e l’Azienda Speciale Consortile Penisola Sorrentina e nei confronti del Consorzio Matrix Cooperativa Sociale per l’annullamento dell’aggiudicazione al r.t.i. con capogruppo quest’ultimo, e mandante Boethia Società cooperativa sociale *onlus*, della procedura per l’affidamento del servizio di nido d’infanzia del Comune di Sant’Agnello della durata di venti mesi.

1.1. Il ricorso della seconda classificata era basato sulla circostanza che, dalla verifica sul possesso dei requisiti effettuata dalla stazione appaltante nei confronti della prima classificata, era emerso che il costituendo r.t.i. Matrix -Boethia non risultava iscritto, né aveva presentato domanda di iscrizione, alla c.d. *white list* della Prefettura territorialmente competente; iscrizione obbligatoria per l’esecuzione delle prestazioni di cui all’articolo 1, comma 53 della legge n.190 del 2012, ivi compresi i servizi di “*ristorazione, gestione delle mense e catering*”, che, secondo la ricorrente, sarebbero state attività espressamente richieste all’aggiudicatario e, dunque, oggetto di affidamento.

La stazione appaltante aveva ritenuto di non escludere il costituendo r.t.i., primo classificato, nonostante il riscontro della mancata iscrizione alla c.d. *white list*, in forza di un contratto continuativo sottoscritto con un operatore economico iscritto, al fine di garantire il legittimo espletamento delle attività di ristorazione e di gestione del servizio di mensa, richieste dal disciplinare.

1.2. Il tribunale - dato atto dei motivi di ricorso e delle difese svolte dal Consorzio Matrix e dal Comune di Sant’Agnello - ha premesso che le parti “*controvertono, in particolare, sulla portata e sul rilievo da riconoscere all’attività di ristorazione prevista nell’ambito del servizio di asilo nido*”, atteso che per lo svolgimento di tale attività è prevista l’iscrizione nella c.d. *white list*.

Ha svolto quindi una disamina delle previsioni rilevanti del disciplinare di gara, in particolare dell’art. 2 (*Categoria di servizio e tipologia*), dell’art. 4 (*Natura dell’appalto e criteri di aggiudicazione*) e dell’art. 10 (*Direttive progettuali – [...] Caratteristiche, metodologia e gestione del Servizio*).

1.2.1. Constatato, tra l’altro, che “*significativamente, nessun riferimento viene fatto alla preparazione dei pasti*”, ha escluso che quest’ultima attività fosse “*caratterizzante il servizio oggetto della procedura di gara*” e quindi ha ammesso la possibilità che fosse resa da soggetto terzo affidatario per effetto di un contratto continuativo di cooperazione, come avvenuto nel caso in esame. A supporto di tale affermazione ha posto l’art. 119, comma 3, lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023 e l’interpretazione datane dall’ANAC.

1.2.2. Ha concluso che “*Nel caso in esame, l’aggiudicatario del servizio di gestione del nido d’infanzia è tenuto all’organizzazione del servizio di ristorazione che solo comprende la “fornitura” (e non dunque necessariamente anche la preparazione) dei pasti ai bambini accolti nell’asilo nido e il rispetto delle ulteriori precisazioni del disciplinare sopra menzionate. Non è, perciò, precluso all’aggiudicatario -mediante la stipula “in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell’appalto” di un contratto di cooperazione*

*continuativa - di rivolgersi ad un soggetto terzo, estraneo rispetto alla prestazione affidata con l'appalto, che si occupi della preparazione dei pasti, senza alcun tipo di coinvolgimento nell'attività oggetto di gara e successiva aggiudicazione."*

Avendo il r.t.i. aggiudicatario stipulato un contratto di cooperazione continuativa con la Itaca coop. soc. iscritta alla sezione IX della c.d. *white list* della Prefettura di Napoli a far data dal 27 aprile 2022, per la preparazione dei pasti, la scelta è stata ritenuta esente da vizi, *"così come la determinazione della stazione appaltante di aggiudicazione dopo aver ritenuto idoneo il riscontro ricevuto ai richiesti chiarimenti sul punto"*.

1.3. Respinto il ricorso nel merito, le spese processuali sono state compensate per la peculiarità delle questioni oggetto di controversia.

2. La Prisma Società Cooperativa Sociale per Azioni - Onlus ha proposto appello con due motivi.

2.1. Il Comune di Sant'Agnello, l'Azienda Speciale Consortile per la gestione dei servizi alla persona "Penisola Sorrentina" e il Consorzio Matrix Cooperativa Sociale si sono costituiti per resistere all'appello.

2.2. Con ordinanza cautelare del 30 agosto 2024, n. 3206 è stata respinta l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata.

2.3. All'udienza pubblica del 9 gennaio 2025 l'appello è stato discusso e assegnato a sentenza, previo deposito di memorie e repliche.

3. Col primo motivo (*Error in iudicando. Violazione dell'art. 94 e ss., 99, 100 e 119 del d.lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, co. 52 e ss. della l. 190/2012. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere per illogicità manifesta. Sviamento. Ingiustizia manifesta. Difetto di motivazione e/o motivazione apparente. Violazione dell'art. 97 della Costituzione*) l'appellante sostiene anche in appello che il contratto continuativo di cooperazione non avrebbe potuto essere utilizzato nell'appalto *de quo* per l'attività di ristorazione, perché quest'ultima sarebbe una prestazione oggetto diretto dell'affidamento; censura quindi la sentenza di primo grado per avere invece ritenuto che il servizio di ristorazione non fosse ricompreso nel perimetro dell'affidamento e che il detto contratto fosse legittimo perché riguardante una prestazione "esterna" all'affidamento.

3.1. Nell'illustrazione del motivo l'appellante s'intrattiene sulle seguenti questioni:

I) *sulla necessaria iscrizione nella "White List" quale requisito di partecipazione;*

II) *sull'istituto del contratto continuativo di cooperazione;*

III) *sulla tesi dell'odierno appellante;*

IV) *sulla "tesi" del primo giudice.*

3.2. Relativamente a tale ultimo aspetto la sentenza è criticata in diversi punti; e precisamente:

1) in punto di interpretazione letterale del disciplinare, essendo irragionevole ritenere, come avrebbe fatto il T.a.r., che il termine “*organizzazione del servizio*” equivalga a “*supervisione*”; secondo l’appellante, spetterebbe invece all’appaltatore la gestione complessiva del servizio di ristorazione;

2) in punto di interpretazione letterale di altra parte del disciplinare, dove, dopo aver previsto a carico dell’appaltatore “*l’organizzazione del servizio di ristorazione*”, aggiunge “*compresa la fornitura dei pasti principali, delle merende e delle bevande, accesso del pasto*”; secondo l’appellante, il disciplinare dovrebbe essere inteso nel senso che demanda al soggetto selezionato di “*provvedere all’alimentazione dei bambini*”, secondo quanto meglio specificato nel ricorso in appello;

3) in punto di offerta dello stesso aggiudicatario, il cui contenuto dimostrerebbe come sarebbe di competenza dell’appaltatore il complesso delle attività rientranti nel concetto di ristorazione; in proposito, l’appellante denuncia un’omessa pronuncia da parte del T.a.r., in quanto non si sarebbe espresso in merito alla corrispondente argomentazione della parte ricorrente in primo grado (basata su quanto previsto alle pagine 6, 9, 11, 12, 16, 22 dell’offerta tecnica, nonché in diverse pagine della Carta dei Servizi);

4) in punto di affermazione da parte del T.a.r. che il perimetro del contratto “*comprende la fornitura*” (e non dunque necessariamente anche la preparazione) dei pasti ai bambini accolti nell’asilo nido”; secondo l’appellante, anche a voler ritenere che l’affermazione sia esatta, l’iscrizione nella c.d. *white list* sarebbe stata necessaria anche soltanto per la “fornitura” dei pasti, ai sensi dell’art. 1, comma 53, della legge n. 190 del 2012.

4. Il motivo è infondato.

4.1. Vanno condivise, in linea di principio, le argomentazioni svolte dall’appellante a proposito della necessaria iscrizione nella c.d. *white list* quale requisito soggettivo di partecipazione alle procedure di gara che hanno ad oggetto principale le specifiche attività considerate ad alto rischio di infiltrazioni mafiose dalla legge n. 190 del 2012.

Per quanto rileva ai fini della decisione, l’art. 1, comma 53, di questa legge individua fra tali attività quelle di “*ristorazione, gestione delle mense e catering*”.

Negli appalti aventi ad oggetto tali attività, la sua incontestata qualificazione come requisito soggettivo di partecipazione alle gare (cfr. tra le altre, Cons. Stato, V, 27 ottobre 2023, n. 9284) comporta che la mancata iscrizione all’apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori tenuto presso la prefettura (c.d. appunto *white list*) determina l’inammissibilità della partecipazione alla gara dell’operatore economico e quindi la sua necessaria esclusione per incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione (cfr., tra le altre, Cons. Stato, III, 14 dicembre 2022, n. 10935).

4.2. Parimenti condivisibili sono le argomentazioni in tema di contratto continuativo di

cooperazione, disciplinato già dall'art. 105, comma 3, lett. c- bis), del d.lgs. n. 50 del 2016, introdotta dal d.lgs. n. 56 del 2017, al fine di distinguerne la fattispecie (di "*prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto*") da quella del contratto di subappalto.

L'art. 119, comma 3, lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023 ha precisato i tratti distintivi della fattispecie, avvalendosi della giurisprudenza che si era venuta formando sulla precedente disposizione del Codice dei contratti pubblici, per come si ricava anche dalla Relazione illustrativa del nuovo Codice. Ne è quindi risultata una più compiuta definizione dei contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura: in base a tale definizione viene mantenuta la destinazione soggettiva delle prestazioni "*in favore dei soggetti affidatari*", ma viene precisato che deve trattarsi di prestazioni "*secondarie, accessorie o sussidiarie*".

La tipologia contrattuale, d'altronde, era stata, come detto, già delineata in termini conformi dalla giurisprudenza che aveva sottolineato doversi trattare di prestazioni, per un verso, rese in favore dell'operatore economico aggiudicatario del contratto di appalto, quindi non direttamente nei confronti della stazione appaltante (cfr., fra le altre, Cons. Stato, V, 22 aprile 2020, n. 2553) e, per altro verso, di prestazioni a carattere accessorio e secondario, oggettivamente diverse dalle prestazioni da rendersi da parte dell'appaltatore alla stazione appaltante sulla base del contratto di appalto (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 17 aprile 2023, n. 3856).

Si condivide perciò la conclusione raggiunta dall'appellante, anche relativamente al testo dell'art. 119, comma 3, lett. d), del d.lgs. n. 36 del 2023, richiamato in sentenza, secondo cui mentre il subappalto ha ad oggetto l'affidamento dell'esecuzione di una parte delle prestazioni oggetto del contratto di appalto, con la conseguente sostituzione del subappaltatore all'affidatario, di converso, i contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura hanno ad oggetto prestazioni secondarie o accessorie dirette agli affidatari, a cui forniscono beni e servizi utili per lo svolgimento delle prestazioni affidate.

4.3. La prospettazione della Prisma Società Cooperativa si rivela tuttavia infondata proprio applicando al caso di specie i principi e le norme suddetti, in tema di attività considerate ad alto rischio di infiltrazioni mafiose ai sensi della legge 6 novembre 2012, n. 190 e di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura.

Secondo la prospettazione dell'appellante infatti, pur non essendo previsto dalla *lex specialis* il requisito soggettivo generale dell'iscrizione alla c.d. *white list* dell'operatore economico concorrente, questo si sarebbe dovuto ritenere necessario facendo ricorso al meccanismo della eterointegrazione della *lex specialis* di gara (come affermato, tra i diversi precedenti, da Cons. Stato, III, 14 dicembre 2022, n. 10935) perché l'attività afferente alla "organizzazione del servizio di ristorazione", come individuata dal primo giudice, rientrando nell'oggetto del contratto *de quo*, sarebbe riconducibile all'attività di ristorazione. L'assunto non trova riscontro nel contenuto delle regole di gara e nel disciplinare.

4.4. Invero, le conclusioni raggiunte dalla sentenza di primo grado vanno confermate, pur

necessitando alcuni passaggi della motivazione delle precisazioni ed integrazioni di cui appresso, svolte seguendo l'ordine delle critiche del motivo di appello.

4.4.1. Le disposizioni del disciplinare di gara riportate in sentenza descrivono e circoscrivono l'oggetto principale dell'appalto costituito dal "servizio di nido d'infanzia", come "servizio educativo per le bambine e i bambini dai 3 ai 36 mesi" (artt. 2 e 4) avente le caratteristiche e le finalità specificate all'art. 10, coerenti con la sua qualificazione di "servizio sociale" (CPV 85312100-0).

Questo essendo il servizio principale (cui sono riferiti: la descrizione e gli obiettivi dell'appalto; le figure professionali da impiegare; i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale; i criteri di valutazione e i relativi punteggi), sono poi menzionati dal disciplinare, come "azioni o attività richieste all'aggiudicatario", i servizi definiti "aggiuntivi e/o accessori", nonché i seguenti servizi:

<<- *la cura e l'igiene personale del bambino;*

- *il servizio di lavanderia, per la biancheria dei letti e di tutta quella di uso quotidiano al nido;*

- *la fornitura delle attrezzature, del materiale didattico e di tutto il materiale necessario a garantire l'igiene dell'ambiente, il materiale igienico-sanitario per il personale, i pannolini. Tutto il materiale fornito dovrà rispettare le norme vigenti in materia di sicurezza;*

- *l'organizzazione del servizio di ristorazione per i bambini e gli operatori del Nido, compresa la fornitura dei pasti principali, delle merende e delle bevande, accesso del pasto.>>.*

Come significativamente evidenziato dalle parti appellate, per nessuna di tali attività è previsto alcun punteggio aggiuntivo nella valutazione dell'offerta tecnica, a conferma della natura secondaria dei relativi servizi.

In particolare, ha natura secondaria e complementare, rispetto all'elaborazione del modello educativo nel quale si concreta il servizio di asilo nido, l'organizzazione del servizio di ristorazione per i bambini e gli operatori del Nido.

Pur potendosi riconoscere che l'organizzazione del servizio di ristorazione, come ritenuto dal tribunale, sia prestazione, non principale, ma comunque richiesta direttamente all'appaltatore, il significato letterale dell'espressione adoperata dal disciplinare non è affatto coincidente con quello di "servizio di ristorazione".

Quest'ultimo attiene alla preparazione ed anche alla fornitura/somministrazione dei pasti.

La prestazione di "organizzazione del servizio di ristorazione" richiesta all'appaltatore è invece specificata nello stesso disciplinare, col contenuto già riportato in sentenza, vale a dire che "Il soggetto selezionato deve, infatti, provvedere all'alimentazione dei bambini, alla distribuzione e somministrazione del cibo, secondo un regime alimentare approvato dall'Azienda Sanitaria Locale, in modo da garantire un'alimentazione equilibrata e completa

sotto il profilo nutrizionale e calibrata in relazione alle diverse fasce di età. Devono essere garantiti i pasti necessari a coprire l'intera fascia oraria di permanenza dei bambini al servizio.

È dunque a carico dell'appaltatore anche la raccolta e comunicazione di tutte le informazioni relative ai menù e alle diete personalizzate, il rispetto ed il controllo secondo il sistema HACCP di tutte le fasi relative al servizio di ristorazione. Il Soggetto aggiudicatario, infatti, si rende disponibile alla somministrazione di diete speciali, per rispondere alle esigenze nutrizionali di bambine e bambini che presentino problemi di alimentazione o esigenze collegate alle convinzioni religiose delle famiglie, debitamente certificate”.

Evidente è il profilo organizzativo del servizio, rispetto a quello meramente esecutivo della preparazione e della fornitura/somministrazione dei pasti: non si tratta della “supervisione” di un servizio totalmente affidato ad altri (come enfatizzato con l'atto di appello quasi a significare una sorta di “estraneità” che si finirebbe per attribuire all'appaltatore rispetto ad un servizio comunque a lui affidato), bensì della predisposizione e del coordinamento di un'attività secondaria rispetto al servizio educativo, per organizzare la quale l'appaltatore è abilitato a rivolgersi ad un proprio fornitore. Questo è il soggetto contrattualmente incaricato dall'appaltatore - nel rispetto delle condizioni e delle finalità poste dalla stazione appaltante, sopra riportate - della preparazione ed anche della fornitura/somministrazione dei pasti, cioè del vero e proprio servizio di ristorazione.

Atteso che la legge di gara non fornisce alcuna indicazione né impone alcun vincolo in merito alle forme organizzative del servizio di ristorazione, le dette prestazioni esecutive ben possono essere affidate a terzi e fornite da costoro in via diretta all'appaltatore (quale loro controparte contrattuale), fermo restando che, per il tramite dell'organizzazione dall'appaltatore predisposta, le stesse prestazioni sono destinate pur sempre a soddisfare le esigenze (complementari rispetto al servizio di asilo nido) della stazione appaltante.

Inteso nel suo significato letterale e sistematico, il *dictum* del disciplinare sta ad indicare, non che la preparazione (o la fornitura/somministrazione) dei pasti vada eseguita direttamente dall'appaltatore, ma che la relativa attività forma oggetto di un servizio che l'appaltatore deve organizzare, anche legittimamente ricorrendo ad un contratto continuativo di servizio e fornitura stipulato con un soggetto terzo, alle condizioni previste dall'art. 119, comma 3, lett. d), del Codice dei contratti attualmente vigente, senza che si abbia affidamento in subappalto delle relative prestazioni (essendo appunto il subappalto – che è pur sempre “*il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto*” – caratterizzato dalla “*organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore*”: arg. ex art. 119, comma 2, primo periodo; “*organizzazione di mezzi e rischi*” che, invece, nella fattispecie del successivo comma 3, lett. d) dello stesso art. 119 restano a carico dell'appaltatore).

Giova ribadire che svolgere detta attività organizzativa non significa occuparsi materialmente della ristorazione (cioè della produzione e preparazione dei pasti, e/o della loro fornitura/somministrazione), di modo che essa può essere affidata all'appaltatore senza che egli stesso sia iscritto nella c.d. *white list*.



4.4.2. Sussistono con evidenza i due tratti peculiari tipici della fattispecie delineata dall'art. 119, comma 3, lett. d), del d.lgs. n. 36 del 2023: la prestazione di preparazione (e fornitura/somministrazione) dei pasti non forma oggetto principale dell'appalto, così come peraltro non è prestazione principale - secondo quanto detto - nemmeno l'organizzazione del servizio di ristorazione; la prima però è resa dal terzo, in forza di apposito contratto, all'affidatario del servizio di assistenza all'infanzia, al quale compete lo svolgimento della seconda inserita nella complessiva attività di gestione del nido d'infanzia destinata alla stazione appaltante.

Siffatta conclusione è perfettamente in linea con la giurisprudenza che, in riferimento all'antecedente normativo dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, ha chiarito che *“a prescindere dalla natura ancillare, sussidiaria e secondaria di quelle attività rispetto a quelle propriamente rientranti nell'oggetto dell'appalto, ciò che rileva al fine di escludere la ricorrenza di un affidamento (non dichiarato né autorizzato) in subappalto, è la direzione delle prestazioni in esame a favore dell'appaltatore e non direttamente della stazione appaltante”* (Cons. Stato, V, 21 maggio 2020, n. 3211).

Con la precisazione che l'espressione normativa secondo cui la prestazione deve essere resa in favore dei soggetti affidatari non consente affatto l'interpretazione restrittiva della norma sottesa ad alcune argomentazioni di parte appellante. In proposito, anche nella vigenza dell'art. 119, comma 3, lett. d), del d.lgs. n. 36 del 2023, va data continuità all'affermazione giurisprudenziale secondo cui: *“[...] la necessità di garantire l'effetto utile della previsione [...] non consente di attribuire ad essa, ai fini della delimitazione del suo perimetro applicativo, un significato tale da abbracciare prestazioni che, in mancanza della stessa, sarebbero state comunque acquisibili dal soggetto affidatario [...]. A tale risultato si porrebbe, ad avviso della Sezione, qualora si ritenesse di circoscrivere l'utilizzazione dell'istituto, come preteso dalla parte appellante, con riferimento alle prestazioni “secondarie” e/o “sussidiarie”, ovvero a quelle non direttamente rivolte alla stazione appaltante e non coincidenti contenutisticamente con la prestazione dedotta in contratto: prestazioni che, anche a prescindere dalla previsione suindicata, sarebbero state comunque e legittimamente acquisibili ab externo dal soggetto affidatario, rivolgendosi ai propri fornitori, indipendentemente dall'epoca di stipula dei relativi contratti e senza essere tenuto al deposito degli stessi presso la stazione appaltante. Del resto, l'istituto de quo, proprio perché si configura come derogatorio rispetto alla generale disciplina del subappalto, è evidentemente ancorato ai medesimi presupposti applicativi, a cominciare dalla determinazione contenutistica della prestazione eseguibile mediante il ricorso all'impresa “convenzionata”. In tale ottica, il riferimento della disposizione alle “prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari” non assume valenza restrittiva (della portata applicativa della previsione), come avverrebbe se si ritenesse che esso implica la necessità che l'utilità della prestazione ridondi ad esclusivo vantaggio, in senso materiale, dell'impresa affidataria (piuttosto che dell'Amministrazione), ma allude alla direzione “giuridica” della prestazione [...]”* (Cons. di Stato, III, 18 luglio 2019 n. 5068), fermo restando che, agli effetti della connessa responsabilità, la relazione rilevante è quella esistente tra stazione appaltante e soggetto affidatario, stante che quest'ultimo assume su di sé l'organizzazione e i rischi del servizio.

4.4.3. Del tutto privi di rilevanza, ai fini della decisione, risultano i riferimenti ai pasti contenuti nell'offerta dell'aggiudicataria, soprattutto se estrapolati –come fatto dall'appellante – dal

contesto di una relazione esplicativa del servizio complessivo che l'operatore economico propone di rendere alla stazione appaltante e che si giustifica proprio in ragione del fatto che l'organizzazione del servizio di ristorazione è comunque affidata all'appaltatore, secondo quanto sopra specificato.

4.4.4. Piuttosto, rileva che nel caso di specie si sia in presenza di un tipico appalto di servizio di nido d'infanzia, che attiene ai servizi educativi alla persona, per i quali non vi è alcun obbligo di iscrizione agli elenchi tenuti dalle prefetture.

Quest'ultima non rappresenta perciò un requisito soggettivo di partecipazione e correttamente non è stata prevista come tale nel bando *de quo*; né opera alcuna eterointegrazione perché il servizio principale oggetto di appalto non rientra tra le attività imprenditoriali dell'elenco dell'articolo 1, comma 53, della legge n. 190 del 2012.

La preparazione dei pasti ed anche la fornitura/somministrazione di questi sono come detto riconducibili alle nozioni di "servizio di ristorazione" o di "gestione di mensa", ai sensi della norma predetta, ma né l'una né l'altra - al di là delle speciose distinzioni terminologiche dell'appellante (in parte favorite da un'imprecisione contenuta nel su riportato passaggio della sentenza di primo grado) - sono oggetto principale dell'appalto, come lo sarebbe un servizio di ristorazione o di mensa direttamente affidato, come tale, dalla stazione appaltante (come è per il servizio di refezione scolastica cui è assegnato il CPV 55523100-3 diverso da quello assegnato ai servizi sociali, sopra riportato).

4.5. Peraltro tutto quanto sopra non sta a significare che dette prestazioni, pur secondarie nell'economia dell'appalto, tuttavia riconducibili ad attività la cui esecuzione è considerata per legge esposta a tentativi di infiltrazione mafiosa siano espletabili senza alcun controllo, ma soltanto che l'iscrizione alla c.d. *white list* è richiesta per il soggetto che effettivamente le esegue (come da comunicato del Presidente dell'ANAC del 17 gennaio 2023), senza quindi che l'iscrizione assurga a requisito soggettivo di partecipazione alla procedura di gara.

Ne consegue che, essendo l'attività di ristorazione compresa tra quelle indicate nell'art. 1, comma 53, della legge n. 190 del 2012 ed essendo, nell'affidamento per cui è giudizio, avente ad oggetto il servizio di asilo nido, una prestazione secondaria, è legittimo il suo sub-affidamento mediante contratto continuativo di servizio e fornitura ex art. 119, comma 3, lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023.

L'iscrizione nell'elenco prefettizio avrebbe dovuto essere posseduta soltanto dal sub-affidatario ed il presupposto - rilevante ai fini della sottoscrizione del contratto (arg. ex art. 119, comma 3, lett. d, secondo periodo, che impone la trasmissione dei contratti "*prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto*") - è stato positivamente verificato dalla stazione appaltante nei confronti della Itaca soc. coop., regolarmente iscritta alla c.d. *white list* della Prefettura di Napoli dal 27 aprile 2022, legata al r.t.i. aggiudicatario da un contratto continuativo di fornitura e servizio nello specifico settore della ristorazione e del catering socioassistenziale nei nidi d'infanzia, sottoscritto il 19 aprile 2022.

4.6. Il motivo di appello va quindi respinto.

5. Col secondo motivo (*Error in iudicando e error in procedendo. Violazione e falsa applicazione dell'art. 42 Cpa. Omessa pronuncia. Violazione dell'art. 94 e ss., 99, 100 e 119 del d.lgs. n.36/2023. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1, co.52 e ss. della L. 190/2012. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere per illogicità manifesta. Sviamento. Ingiustizia manifesta. Difetto di motivazione e/o motivazione apparente. Violazione dell'art. 97 della Costituzione*) l'appellante tende a dimostrare l'idoneità, quale requisito soggettivo di partecipazione alla gara, della (sola) istanza di iscrizione alla c.d. *white list*, dalla Prisma avanzata prima della pubblicazione del bando.

5.1. Il motivo è stato formulato per impugnare la sentenza nella parte in cui ha affermato la sufficienza della domanda di iscrizione a fondare l'interesse della Prisma al ricorso, pur avendo il T.a.r. dichiarato di non pronunciarsi espressamente sul possesso del requisito in capo alla società ricorrente.

5.2. L'appellante ha subordinato l'impugnazione - basata su due ordini di ragioni per le quali è sufficiente fare rinvio all'atto di appello - all'eventualità che "*nel corso del giudizio di appello dovesse essere riproposta l'eccezione già avanzata in primo grado*".

Si tratta dell'eccezione di inammissibilità o improcedibilità del ricorso per carenza di interesse (per essere la società ricorrente priva dell'iscrizione alla c.d. *white list*, ove ritenuta necessaria), che le parti appellate hanno riproposto in secondo grado.

5.3. Tuttavia, così come in primo grado, a maggior ragione in appello, ogni eccezione in rito è da reputarsi assorbita dal rigetto del ricorso nel merito.

Il rigetto del primo motivo di appello comporta quindi l'assorbimento delle eccezioni riproposte dagli appellati e l'improcedibilità del secondo motivo di appello per carenza di interesse.

6. In conclusione, l'appello va respinto.

6.1. Considerata la novità delle questioni poste dal gravame, sussistono giusti motivi per compensare interamente tra le parti anche le spese del grado di appello.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

## Guida alla lettura

La sentenza in commento delinea la distinzione tra **subappalto e contratto continuativo di cooperazione, servizio o fornitura**, evidenziando anche il rilievo che assume tale differenza negoziale ai fini **dell'iscrizione nella *white list***.

Secondo l'appellante, infatti, la mancata iscrizione dell'aggiudicatario nell'elenco prefettizio avrebbe dovuto comportare l'annullamento dell'aggiudicazione, poiché la gara era diretta all'affidamento - anche - del servizio di ristorazione, attività considerata dalla L. 190/2012 ad alto rischio di infiltrazione mafiosa e implicante, dunque, quale requisito soggettivo di partecipazione, l'iscrizione nell'elenco sopra richiamato; il ricorrente, inoltre, riteneva che priva di rilievo fosse la circostanza che l'affidatario, in forza di un contratto continuativo di cooperazione, avesse demandato la preparazione dei pasti, dunque un'attività sussumibile nel servizio di ristorazione, ad altro operatore economico iscritto nella *white list*.

Il Consiglio di Stato ha, innanzitutto, condiviso la tesi esposta nel ricorso in appello sul *discrimen* tra subappalto e contratto continuativo di cooperazione: il primo implica l'affidamento ad altra impresa delle prestazioni **principali** del contratto, **rese in favore direttamente della stazione appaltante**; il secondo, invece, **prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie, eseguite in favore dell'appaltatore**. Eseggesi che trova **conferma normativa nell'art. 119, comma 3, lett. d), D. Lgs. 36/2023**.

La **seconda delle due ipotesi negoziali menzionate**, dunque, **postula l'esecuzione di prestazioni** esulanti il nucleo delle obbligazioni dell'appaltatore e, pertanto, distinte dall'oggetto del contratto pubblico, ma **ancillari e propedeutiche** rispetto allo stesso. In ipotesi siffatte, dunque, **il servizio fornito dall'impresa "cooperante", se ad alto rischio di infiltrazione mafiosa, non impone l'iscrizione nella *white list* anche dell'aggiudicatario**.

Ebbene, nella fattispecie concreta il Supremo Consesso, pur aderendo alla premessa giuridica dell'appellante, ha ritenuto le relative coordinate interpretative non applicabili. La procedura ad evidenza pubblica, infatti, era diretta all'affidamento del servizio scolastico, quindi l'attività di ristorazione non costituiva l'oggetto dell'affidamento; la stessa *lex specialis* statuiva che l'affidatario avrebbe dovuto- esclusivamente- fornire i pasti, il che, quindi, *a contrario* consentiva al suddetto di affidarne la preparazione ad altro soggetto. Per tali ragioni, pertanto, nella vicenda scrutinata dal Collegio non veniva in rilievo l'affidamento di un servizio di ristorazione o comunque di altri servizi "rischiosi" ai sensi della L. 190/2012, sicché non

potrebbe ritenersi l'iscrizione nella *white list* requisito soggettivo di partecipazione, essendo sufficiente che tale requisito fosse posseduto dall'operatore economico a cui l'aggiudicatario aveva demandato con il contratto continuativo di cooperazione la prestazione ancillare all'appalto.

L'esito sarebbe stato differente in caso di subappalto, ossia se la "delega di prestazioni" avesse riguardato le obbligazioni principali del contratto pubblico. La sentenza, quindi, esprime un **perfetto contemperamento tra l'esigenza di controllare le attività a rischio di infiltrazione mafiosa e la fissazione di requisiti coerenti con l'oggetto della gara pubblica**. In caso di prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie, infatti, sarebbe sproporzionato richiedere l'iscrizione nell'elenco prefettizio anche dell'aggiudicatario che non esegue le stesse.