

La portata cogente dell'iscrizione nella "white list" prescinde dalla quota della commessa da svolgere

di Federico Muzzati

Data di pubblicazione: 25-1-2024

La funzione svolta dall'elenco contenuta nell'art. 53, l. n. 190/2012 – in quanto strumento di contrasto al fenomeno criminale mafioso, con funzione preventiva – conduce a ritenere che "alcuna gradazione possa ammettersi – neppure in via interpretativa – rispetto alla "quantità di attività" ricomprese nell'elenco di cui all'articolo 1 comma 53 della legge n. 190 del 2012; bastando, all'evidenza, che una quota qualsiasi del totale delle lavorazioni richieste dalla commessa sia costituita anche da una sola delle attività individuate dalla norma di contrasto al fenomeno criminale".

N. 03106/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01909/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex articolo 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1909 del 2023, proposto da Rondinella Romilda, titolare dell'omonima ditta individuale, in relazione alla procedura CIG 9868544422, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Di Lieto e Monica Natale Avolio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Mercogliano (AV), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Grazia De Vito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Depac Società Cooperativa Sociale a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Pennacchio e Gianluca Pennacchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione,

- dell'atto n. 20897 del 3.11.2023 del RUP del Settore IV Tecnico – Servizio 2 del Comune di Mercogliano, col quale la ditta ricorrente, prima classificata nella procedura di gara per l'affidamento dei “servizi cimiteriali, di manutenzione e cura delle aree a verde del cimitero comunale”, è stata esclusa dalla gara perché “non risulta iscritta nella white list della Prefettura di Avellino e né risulta in corso la relativa iscrizione e quindi non in possesso del requisito di legge fondamentale per l'affidamento del servizio che trattasi”;

- della determinazione n. 210 del 7 novembre 2023, r.g. n. 789, del Responsabile del Settore Tecnico Lavori Pubblici del Comune di Mercogliano, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione della gara per l'affidamento dei “servizi cimiteriali, di manutenzione e cura delle aree a verde del cimitero comunale”, alla DEPAC soc. coop. sociale a r.l., invece che all'impresa ricorrente;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compreso l'atto n. 20898 del 3 novembre 2023 del RUP, di comunicazione alla seconda graduata dello scorrimento della graduatoria e dell'attivazione delle procedure di verifica nei suoi confronti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Mercogliano (AV) e di Depac Società Cooperativa Sociale a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2023 la dott.ssa Rosa Anna Capozzi e uditi per le parti i difensori Di Lieto Andrea, Natale Avolio Monica, De Vito Maria Grazia e La Gloria Alberto (in dichiarata sostituzione degli avvocati Pennacchio);

Sentite le stesse parti ai sensi dell'articolo 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con atto notificato il 4 dicembre 2023 e depositato il successivo 12 dicembre 2023, Rondinella Romilda, titolare dell'omonima ditta individuale, premettendo di essersi già in passato aggiudicata l'affidamento dei servizi cimiteriali, di manutenzione e cura delle aree a verde del cimitero comunale presso il Comune di Mercogliano, ha impugnato gli atti in epigrafe indicati, esponendo che:

- il Responsabile del Settore Tecnico IV Lavori Pubblici del Comune di Mercogliano con la determina a contrarre R.G. n. 409 del 6 giugno 2023 ha avviato la procedura per l'affidamento dell'appalto relativo ai "servizi cimiteriali, di manutenzione e cura delle aree a verde del cimitero comunale", per

la durata di tre anni, da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa, ex articolo 95, comma 2, del D.lgs. 50/2016, dell'importo complessivo a base di gara di euro 136.812,00, iva esclusa;

- alla scadenza del termine stabilito per la presentazione delle offerte (3 luglio 2023, ore 12:00), risultava la presentazione di sei offerte, tra le quali anche quella della ditta individuale Rondinella Romilda;

- al termine della valutazione delle offerte tecniche ed economiche la Commissione di gara -verbale n. 7 del 16 ottobre 2023- ha proposto l'affidamento del servizio alla ditta individuale Rondinella Romilda, risultata migliore offerente con punti 90,11, mentre seconda classificata è risultata la DEPAC soc. coop. sociale a r.l.;

- il RUP, dopo aver chiesto "giustificazioni" di anomalia dell'offerta, con nota n. 19726 del 17 ottobre 2023, con successivo atto n. 20897 del 3 novembre 2023 ha disposto l'esclusione dalla gara dell'impresa di Rondinella perché essa *"non risulta iscritta nella white list della Prefettura di Avellino e né risulta in corso la relativa iscrizione e quindi non in possesso del requisito di legge fondamentale per l'affidamento del servizio che tratta"*;

- con l'atto n. 20898 del 3 novembre 2023, poi, il RUP ha comunicato alla seconda graduata, DEPAC soc. coop. sociale a r.l., lo scorrimento della graduatoria e l'attivazione delle procedure di verifica nei suoi confronti;

- con la determinazione n. 210 del 7 novembre 2023, r.g. n. 789, il Responsabile del Settore Tecnico Lavori Pubblici del Comune di Mercogliano ha disposto l'affidamento dei "servizi cimiteriali, di manutenzione e cura delle aree a verde del cimitero comunale", alla DEPAC soc. coop. sociale a r.l.

1.1. A sostegno del ricorso ha dedotto: - I. l'illegittimità dell'atto di esclusione alla gara e, quindi, l'illegittimità derivata degli altri atti impugnati, in quanto l'iscrizione nella *"white list"* della Prefettura di Avellino o l'aver in corso la relativa iscrizione non era prescritta quale requisito di partecipazione, né era prevista la sanzione dell'esclusione in caso di mancanza; - II. la non applicabilità, nel caso di specie, della norma di cui all'articolo 1, comma 53, della legge 6

novembre 2012, n. 190, come modificato dall'articolo 4- bis del d.l. 23/2020, conv. in l. 40/2020, che si riferisce ai "servizi funebri e cimiteriali", invocando l'affidamento maturato rispetto alle precedenti aggiudicazioni del medesimo servizio; - III. l'illegittimità dell'atto di esclusione dalla gara per violazione delle garanzie procedurali e dell'atto con il quale è stato disposto lo scorrimento della graduatoria in luogo della riedizione della gara.

1.2. Si sono costituiti in giudizio la controinteressata Depac Società Cooperativa sociale a r.l. e il Comune di Mercogliano che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

1.3. All'udienza del 20 dicembre 2023, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso di possibile definizione del giudizio con sentenza ex articolo 60 c.p.a. alle parti, che nulla hanno obiettato sul punto.

2. Il ricorso è infondato.

2.1. In ordine al primo e secondo motivo di ricorso, che vanno esaminati congiuntamente data la loro stretta connessione, va ricordato che costituisce principio giurisprudenziale consolidato quello secondo cui *«la disciplina delle white list introdotta dall'articolo 1, commi 52 e segg., della legge 6 novembre 2011, n. 190, fa tutt'uno con quella delle informative interdittive antimafia e la integra»* (cfr. Consiglio di Stato, sezione III, 3 aprile 2019, n. 2211; *id.*, 20 febbraio 2019, n. 1182). Ed ancora, è stato ulteriormente affermato che *«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 ed informazioni), tanto che la predetta iscrizione 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 la quali essa è stata disposta»* (si v. Consiglio di Stato, sezione I, 18 giugno 2021, n. 1060). L'assimilazione dei due documenti antimafia (la comunicazione antimafia e l'informazione antimafia) non si limita, però, ai soli effetti interdittivi, ma si estende anche alla sua natura di requisito soggettivo di partecipazione alle gare, sicché la giurisprudenza ha chiarito che *«non è dirimente che l'articolo 80, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, richiami solo le informative "classiche", dovendosi tener conto del disposto del comma 52 dell'articolo 1, l. n. 190/2012, da cui emerge chiaramente che la white list altro non è che una modalità particolare di effettuazione delle verifiche antimafia, prevista dalla legge in relazione a particolari settori, di modo che il richiamo alle informative prefettizie deve intendersi sempre riferito anche alla iscrizione a tali liste»*. In applicazione di tale principio, le stazioni appaltanti non possono *«sottrarsi alla forza cogente della previsione, e segnatamente nella parte in cui viene richiesto a pena di esclusione che gli operatori economici fossero iscritti - o avessero presentato domanda di iscrizione prima della presentazione della domanda di partecipazione - in appositi elenchi (cd. white list) istituiti presso la Prefettura del luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale così come indicato dall'articolo 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. Né è possibile ritenere [...] che tale esegesi normativa concreti una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ex articolo 83, comma 8, del Dl.gs. n. 50/2016»*. Ne discende che *«la necessità di ricorrere alla eterointegrazione dalla legge di gara, presidiata dalla sanzione espulsiva, si rivela funzionale ad esigenze di prevenzione che permeano, alla stregua della legislazione di settore, anche la disciplina della gara e che condizionano la possibilità di*

aggiudicazione e di stipula dei contratti pubblici» (in questi termini, v. Consiglio di Stato, sezione III, 14 dicembre 2022, n. 10935). Si tratterebbe di una legittima eterointegrazione della *lex specialis* che ha omesso di prevedere elementi considerati come obbligatori dall'ordinamento giuridico (Consiglio di Stato, Sezione V, 6 ottobre 2022, n. 8558; Consiglio di Stato, sezione III, 24 ottobre 2017, n. 4903).

2.2. Una volta chiarita la portata cogente di tale disciplina, va individuata la sua portata applicativa. Occorre, infatti, precisare che l'articolo 1, comma 53, della legge 190/2012 elenca analiticamente quali sono le attività "maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa" che richiedono la preventiva consultazione da parte delle stazioni appaltanti della menzionata "white list", con l'ulteriore precisazione che l'iscrizione in tale "white list" è operata a cura della Prefettura della Provincia in cui ha sede il soggetto richiedente. Nel dettaglio, il sopra richiamato comma 53, alla lettera *i-bis*), introdotta dall'articolo 4-*bis* del d.l. 23/2020, conv. in L. 40/2020, individua i "servizi funerari e cimiteriali".

2.3. Orbene, la procedura di gara indetta dal Comune di Mercogliano ha ad oggetto l'affidamento dei "servizi cimiteriali, di manutenzione e cura delle aree a verde del cimitero comunale" e, come tali, attengono a pieno titolo ai "servizi funerari e cimiteriali", ricompresi nell'elenco del sopra richiamato comma 53 dell'articolo 1 della legge n. 190 del 2012.

2.4. Ed invero, non persuade la tesi avanzata dalla ricorrente della non riconducibilità dei servizi oggetto dell'appalto in questione alla lettera *i-bis*), in quanto relativi anche alla manutenzione e cura delle aree a verde del cimitero comunale. Per confutare tale tesi è sufficiente precisare che proprio la funzione svolta dall'elenco contenuta nella citata normativa di cui al comma 53- in quanto strumento di contrasto al fenomeno criminale mafioso, con funzione preventiva - conduce a ritenere che *«alcuna graduazione possa ammettersi - neppure in via interpretativa - rispetto alla "quantità di attività" ricomprese nell'elenco di cui all'articolo 1 comma 53 della legge n. 190 del 2012; bastando, all'evidenza, che una quota qualsiasi del totale delle lavorazioni richieste dalla commessa sia costituita anche da una sola delle attività individuate dalla norma di contrasto al fenomeno criminale»* (T.A.R. Veneto, Venezia, sezione I, 27 luglio 2023, n. 1127; T.A.R. Lazio, Roma, sezione II, 18 gennaio 2022, n. 535; cfr., altresì, T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sezione I, 16 maggio 2022, n. 230, confermata sul punto da Consiglio di Stato, sezione III, 14 dicembre 2022, n. 10935).

2.5. Ne deriva che la *lex specialis* risulta affetta da una vera e propria "lacuna" consistente nella mancata previsione del requisito di ordine generale dell'iscrizione nella "white list" della Prefettura per la partecipazione ad una gara avente ad oggetto l'affidamento di servizi certamente ricompresi nell'elenco di cui al comma 53 dell'articolo 1 della legge 190/2012. Tale lacuna, però, può essere legittimamente eterointegrata secondo il meccanismo previsto dalla giurisprudenza sopra richiamata.

3. Alla luce del quadro normativo e dei principi giurisprudenziali formati in relazione allo stesso, deve ritenersi pienamente legittimo l'operato della stazione appaltante di verifica del possesso del requisito dell'iscrizione della ditta individuale ricorrente nella "white list" della Prefettura di Avellino e, quindi, di successiva esclusione dalla gara, proprio per l'assenza del requisito in questione.

3.1. Né risulta fondata la censura in ordine al momento in cui la stazione appaltante ha disposto l'esclusione dalla gara, ovvero sia dopo che la Commissione di gara l'aveva graduata al primo posto e ne aveva proposto l'aggiudicazione, in quanto, come sostenuto dalla giurisprudenza *«la mancanza, al momento della presentazione della domanda di partecipazione ad una procedura di gara concernente un settore sensibile, dell'iscrizione alla white list prefettizia (ovvero anche soltanto della presentazione della domanda di iscrizione prima della presentazione della domanda di partecipazione) concreta una legittima causa di esclusione, giacché si tratta di un requisito di ordine generale considerato come obbligatorio dall'ordinamento giuridico, che deve essere posseduto con continuità dal momento della presentazione della domanda e per tutta la fase di esecuzione del contratto»* (T.A.R. Liguria, Sezione I, 8 maggio 2023, n. 490; cfr., altresì, T.A.R. Sardegna, Sezione II, 20 aprile 2022, n. 259; id., 3 novembre 2020, n. 609; T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II, 18 gennaio 2022, n. 535).

3.2. Parimenti infondata è la censura relativa alla asserita violazione dei principi di affidamento, correttezza e imparzialità della P.A., per non aver la stazione appaltante richiesto il requisito dell'iscrizione nella "white list" prefettizia per l'affidamento dei medesimi servizi negli anni precedenti. Non poteva, infatti, costituire vincolo per la stazione appaltante l'esempio di altre procedure di gara, caratterizzate da illegittimità sotto il profilo della mancata verifica del possesso di un requisito di ordine generale da parte degli operatori economici che vi avevano preso parte, né, tantomeno, oggetto di un legittimo affidamento da parte di questi ultimi.

3.3. Sul punto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, con affermazione di carattere generale, ha statuito che l'affidamento *«è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività»* (Consiglio di Stato, sezione VI, 13 agosto 2020, n. 5011). Tale affidamento, però, per essere tutelabile deve essere ragionevole, *id est* incolpevole. Secondo una regola di carattere generale in ambito civile la buona fede "non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave" (articolo 1147, comma 2, cod. civ.), per cui un affidamento incolpevole non è pertanto predicabile se l'illegittimità del provvedimento era evidente ed avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario (così Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2021, n. 19). Nel caso in esame, non possono, infatti, sorgere dubbi sulla coerenza della disciplina antimafia ad una attività inerente servizi cimiteriali, individuata quale attività a rischio di infiltrazione mafiosa sin dal 2020, a seguito dell'inserimento operato nell'articolo 1, comma 53, della legge 6 novembre 2012, n. 190, dall'articolo 4-bis del d.l. 23/2020, convertito con modificazioni in Legge 5 giugno 2020, n. 40.

4. Quanto all'ultimo motivo di ricorso, esaminati e valutati come infondati i primi due motivi di ricorso preordinati a ottenere l'annullamento del provvedimento di esclusione, poiché la ricorrente è stata correttamente esclusa dalla gara, la stessa non risulta legittimata a proporre censure avverso gli altri atti di gara.

4.1. Ne consegue che anche il terzo motivo di ricorso, svolto in via graduata e finalizzato a ottenere il soddisfacimento di un preteso interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara, non è suscettibile di positiva valutazione. Ed invero, costituisce orientamento giurisprudenziale consolidato quello secondo cui l'interesse strumentale del partecipante ad

ottenere la riedizione della gara non può ritenersi sussistente in capo al soggetto legittimamente escluso poiché egli, per effetto dell'esclusione, rimane privo non solo del titolo che lo legittima a partecipare alla gara, ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, sezione V, 01 febbraio 2021, n. 937; Consiglio di Stato, sezione V, 28 marzo 2019, n. 2065).

5. In conclusione, il ricorso va rigettato, in quanto infondato.

6. Le spese di lite seguono la soccombenza di parte ricorrente e sono liquidate, come in dispositivo, sia in favore del Comune di Mercogliano, sia in favore della controinteressata, tenendo conto dell'avvenuta definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare, ai sensi dell'articolo 60 c.p.a.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore del Comune di Mercogliano, liquidandole in euro 1.000,00 (mille/00) oltre spese generali nella misura del 15%, oltre IVA e CPA come per legge;

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore di Depac Società Cooperativa Sociale a r.l., liquidandole in euro 1.000,00 (mille/00) oltre spese generali nella misura del 15%, oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario

Rosa Anna Capozzi, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

La prima sezione del T.A.R. Salerno, attraverso il pronunciamento della sentenza n. **3106**, pubblicata il 27 dicembre u.s., **ha avuto modo di chiarire la portata e il perimetro applicativo della disposizione di cui all'art. 1, comma 53, della l. n. 190/2012**, riguardante la disciplina della c.d. "*white list*", introdotta al fine di scongiurare infiltrazioni mafiose e criminali nelle procedure ad evidenza pubblica.

In particolar modo, nel caso di specie, il “*punctum pruriens*” derivava dal fatto che, all’interno della *lex specialis* di gara, non era previsto come necessario requisito partecipativo l’iscrizione alla *white list*, poiché solamente una quota dell’attività da affidare rientrava nell’ambito di applicazione di cui alla l. n. 190/2012.

Il Collegio salernitano, sulla scorta di un ampio e consolidato orientamento del Supremo Consesso Amministrativo (cfr. – *ex multis* – Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10935), ha apertamente sconfessato la succitata prospettazione, in quanto completamente impingente con il quadro positivo e giurisprudenziale stratificatosi sul punto.

Di talché, *in primis*, **il Giudice Amministrativo** investito della questione, **ha avuto modo di rammentare come la regolamentazione delle “white list”, introdotta dalla l. n. 190/2012, deve necessariamente essere considerata e applicata in combinato disposto con quella delle informative interdittive antimafia** (così costituendo un “*corpus normativo*” unico), in un reciproco e continuo rapporto di integrazione biunivoca.

Dunque, se ne può ben inferire come **le Amministrazioni precedenti non possano mai sottrarsi alla forza cogente delle testè menzionate disposizioni di legge, in special modo (*id est*) per quanto afferisce alla previsione secondo cui la previa iscrizione degli Operatori economici in appositi elenchi (le *white list*) costituisca “*condicio sine qua non*”** per la partecipazione ad una procedura di gara pubblica.

Se ciò non accadesse, infatti, si verrebbe ad integrare appieno una tipica ipotesi di elusione del principio di tassatività delle cause di esclusione, ex art. 8, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016.

Pertanto, **se anche una minima parte delle attività oggetto di gara (nel caso *de quo*, involgente i servizi cimiteriali, funerari e di cura del verde di tali aree, che sono appieno sussunti nel *genus* della normativa di cui commento) rientra tra quelle previste tipicamente e tassativamente sancite dall’art. 1, comma 53, della l. n. 190/2012, la Stazione appaltante è tenuta a procedere in tal senso, tanto in fase (preliminare) di redazione della documentazione di gara**, quanto successivamente, dovendo, conseguentemente, escludere dalla procedura ad evidenza pubblica ogni concorrente che non integri e rispetti tale requisito.

In conclusione, l’adito giudice di *prime cure*, è giunto ad affermare che, se quanto appena detto non viene rispettato, la *lex specialis* risulta evidentemente affetta da una vera e propria lacuna strutturale e funzionale, inerente alla mancata previsione (al suo interno) del requisito di iscrizione presso la *whit list* prefettizia, necessaria per la partecipazione alla procedura di affidamento, evidenziando, però, come tale grave “*vulnus procedimentale*” possa essere emendato, eterointegrando legittimamente la disciplina di gara, grazie al ricorso ai generali principi espressi sul punto dalla giurisprudenza amministrativa (tra cui, il principio del legittimo affidamento).

