

Pubblicato il 30/07/2025

N. 00618/2025REG.PROV.COLL.

N. 00031/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 31 del 2025, proposto da Società Cooperativa l'OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Scimeca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Mistretta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Starvaggi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

OMISSIS a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Mangano e Giovanni Barraja, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Seconda) n. 4293 del 30 dicembre 2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS Soc. Coop. a r.l. e di Comune di Mistretta;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2025 il Cons. Giuseppe Chinè e uditi per le parti gli avvocati come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso dinanzi al TAR Sicilia – Catania, OMISSIS Società Coop. Sociale a r.l. ha esposto:

- con determina dirigenziale n. 434 del 02.09.2024, e relativi atti approvati (lettera d'invito, disciplinare e capitolato), il Comune di Mistretta ha indetto una procedura negoziata, senza pubblicazione di bando e previa consultazione di almeno cinque operatori economici, per l'affidamento del "*Servizio di asilo comunale e servizio pomeridiano con annessa mensa per n. 20 bambini di età compresa tra anni 1 ed anni 3...*", da aggiudicarsi con il criterio OEPV ex art. 108, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 36 del 2023. L'importo dell'appalto, fissato per la durata di un anno, era pari ad euro 134.824,03 (IVA inclusa al 5%) di cui 119.716,51 per oneri di personale incompressibili ed euro 28.887,33 per spese di gestione su cui applicare il ribasso percentuale;
- concluso l'esame della documentazione amministrativa (verbali n. 1 e 2) la Commissione di gara ha proceduto all'attribuzione del punteggio tecnico (verbale n. 2) rinviando la seduta al 19.09.2024 h. 08.00, per l'apertura e l'attribuzione del punteggio relativo alle offerte economiche;
- con verbale n. 3 del 19.09.2024 la Commissione, dopo avere escluso uno dei quattro concorrenti che avevano presentato offerta per mancato superamento della c.d. soglia di sbarramento dell'offerta tecnica (fissata in 30/70), dava lettura dei ribassi economici offerti dai rimanenti tre concorrenti e sulla base dei punteggi complessivamente ottenuti, predisponendo la graduatoria finale che vedeva la Cooperativa Arca al primo posto in graduatoria, la OMISSIS Soc. Coop. Sociale a r.l. al secondo posto e un altro concorrente al terzo posto;
- lo stesso giorno del 19.09.2024, la OMISSIS Soc. Coop. Sociale a r.l. presentava una diffida al Comune di Mistretta nella quale, premettendo che ancora alla data del 18.09.2024 (e quindi certamente alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte del 15.09.2024) la Cooperativa Arca non risultava iscritta (né risultava tra le ditte che avevano presentato la relativa istanza di iscrizione) nella c.d. *white list* di cui all'art. 1, commi 52 e ss., della l. 190/2012 s.m.i. tenuta presso la Prefettura di Palermo con riferimento all'attività di "*gestione mensa*", prevista quale prestazione del servizio messo a gara insieme al servizio di asilo nido, e ricordando che per pacifica e recente giurisprudenza amministrativa l'iscrizione delle imprese nella c.d. *white list* per i c.d. "*settori sensibili*" previsti dall'art. 1, commi 52 e ss., della legge n. 190/2012 s.m.i. (tra cui: Ristorazione, gestione di mense e *catering*) è requisito soggettivo che deve essere obbligatoriamente posseduto dalle imprese al fine di partecipare alla procedure a evidenza pubblica e per la stipula dei contratti pubblici, pena l'esclusione delle stesse dalla procedura di gara, anche nelle ipotesi in cui tale requisito non sia espressamente indicato negli atti di gara, invitava la stazione appaltante a procedere all'esclusione della Cooperativa Arca, e allo scorrimento della graduatoria con conseguente aggiudicazione dell'appalto in favore della istante, avvertendo che, diversamente, avrebbe agito in giudizio per la tutela dei propri interessi legittimi;
- il giorno successivo al ricevimento della suindicata diffida, con determina n. 481 del 20.09.2024 avente ad oggetto "*Provvedimento di revoca in autotutela della Determina Dirigenziale n. 434 del 02.09.2024*", il Presidente della Commissione di gara e Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 ha annullato d'ufficio la determina n. 434 del 2.09.2024; con successiva determina dirigenziale n. 497 del 27.09.2024, il medesimo Responsabile del procedimento, acquisito un parere legale secondo cui l'Amministrazione aveva correttamente proceduto all'annullamento in autotutela della gara ed era legittimata ad accedere a qualunque procedura prevista per tipologia di servizi ed importo a disposizione, sottolineando "*la necessità di avviare il servizio dell'asilo comunale entro tempi brevi*", affidava in via diretta il servizio alla Cooperativa Arca ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 36/2023.

2. Con lo stesso mezzo, la OMISSIS Soc. Coop. a r.l. impugnava ambedue i provvedimenti indicati in precedenza, ritenendoli viziati da violazione degli artt. 1, 2, 3, 4, 5 e 94 del d. lgs. n. 36/2023, degli artt. 3 e 21-*nonies* della legge n. 241/1990, del d. lgs. n. 159/2011., dell'art. 1, commi 52 e 53, della legge n. 190/2012, del D.P.C.M. del 18 aprile 20143 e ss. mm. e ii., dell'art. 97 Cost., della Determina ANAC n. 127 del 16/03/2022, nonché da eccesso di potere per carenza di motivazione, difetto di istruttoria, irrazionalità, illogicità, contraddittorietà e violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

3. Nel primo giudizio si sono costituiti, per resistere all'impugnazione, sia la controinteressata Cooperativa Arca, sia il Comune di Mistretta.

4. Con la sentenza n. 4293 del 2024, il TAR Sicilia – Catania ha accolto il ricorso ed ha:

a) annullato le determinazioni dirigenziali nn. 481 del 20.09.2024 e 497 del 27.09.2024;

b) dichiarato la inefficacia del contratto illegittimamente stipulato dall'Amministrazione soccombente con la Cooperativa Arca;

c) accertato il diritto al subentro della società ricorrente nel contratto *“alle stesse condizioni economiche di cui alla propria offerta, entro il termine di giorni 5 dalla data di comunicazione o notificazione della presente sentenza, e previa verifica di tutti gli ulteriori requisiti (diversi dalla iscrizione all'interno della cd. White List) previsti dalla lex specialis e/o dalle fonti normative sovraordinate per l'affidamento del <<Servizio di asilo comunale e servizio pomeridiano con annessa mensa per n. 20 bambini di età compresa tra anni 1 ed anni 3...>>”*.

d) condannato il Comune intimato e la società controinteressata alla refusione delle spese di lite nei confronti della società ricorrente.

5. In particolare, la decisione di prime cure ha così argomentato: *“Dato allora che il mancato richiamo alle previsioni dei commi 52 e 53 dell'art. 1 della L. n. 190/2012 non vizia la lex specialis - che è invece da essi eterointegrata -, manca il primo presupposto per la legittimità di un intervento in autotutela a norma dell'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990 sulla Determina Dirigenziale n. 434 del 02.09.2024: ovvero una causa di invalidità della stessa, cui l'atto di ritiro avrebbe dovuto porre rimedio. La illegittimità della determina n. 481 del 20.09.2024, facendo venir meno il “vuoto” che costituiva il presupposto per l'esercizio dei poteri di cui alla lettera b) del primo comma dell'art. 50 del D. Lgs. n. 36/2023, vizia di conseguenza (anche) la determina dirigenziale n. 497 del 27.09.2024, inverando così la sussistenza, con riguardo ad essa, dei vizi di irrazionalità ed irragionevolezza (oltre che di violazione dei commi 52 e 53 dell'art. 1 della L. n. 190/2012 e del D.P.C.M. del 18 aprile 20143 e ss. mm. e ii.) dedotti in gravame.*

In definitiva la stazione appaltante, come da tesi attorea, avrebbe dovuto:

ritenere eterointegrata dai commi 52 e 53 dell'art. 1 della L. n. 190/2012 la lex specialis;

in conseguenza di ciò, procedere alla esclusione della Coop. Arca, la quale, pur avendo presentato l'offerta migliore per la stazione appaltante, non risultava iscritta (né aver presentato domanda per conseguire l'iscrizione) nella cd. White List presso la Prefettura di Palermo alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

affidare alla OMISSIS Soc. Coop. a r.l., presentatrice della seconda migliore offerta come da verbale n. 3 del 19 settembre 2024, il “Servizio di asilo comunale e servizio pomeridiano con annessa mensa per n. 20 bambini di età compresa tra anni 1 ed anni 3...” messo a gara”.

6. Tale sentenza è appellata, per la integrale riforma, previa sospensione in via cautelare dell'efficacia, dalla Cooperativa l'Arca, articolando un'unica complessa doglianza così rubricata:

Sulla legittimità e fondatezza della determinazione n. 497 del 27/09/2024 del Comune di Mistretta e di tutti gli atti ad essa presupposti, ivi compresa la determinazione n. 481 del 20/09/2024, e consequenziali.

L'odierna appellante, da un lato, ha rispettato tutti i requisiti di partecipazione alla gara, osservando pedissequamente tutti vincoli indicati dalla stazione appaltante, dall'altro, l'obbligo di iscrizione nella *white list* avrebbe dovuto essere specificato posto che il servizio prevalente messo a gara è la gestione della struttura scolastica, non il servizio mensa per il quale ultimo soltanto è prevista dalla legge l'iscrizione alla *white list*.

Nel caso controverso, il Comune di Mistretta ha correttamente esercitato il diritto di autotutela in presenza di un interesse pubblico prevalente, procedendo all'annullamento d'ufficio degli atti di gara, in quanto viziati per l'assenza di previsione di iscrizione nella *white list*, requisito obbligatorio di partecipazione, seppur limitatamente al solo servizio di mensa.

Dopo l'intervento in autotutela, il medesimo Comune ha legittimamente deciso di affidare direttamente il servizio in favore della odierna appellante in ossequio all'art. 50, comma 1, del d. lgs. n. 36 del 2023.

Di qui le conclusioni di integrale riforma della sentenza di prime cure, con conseguente aggiudicazione definitiva del "*Servizio dell'asilo comunale e del servizio pomeridiano con annessa mensa, per n. max di 20 bambini di età compresa tra anni 1 ed anni 3*" di cui alla gara bandita con determina n. 434 del 02/09/2024 (CIG n. B2D18D7C10) all'odierna appellante, in favore della quale disporre, altresì, il subentro nell'esecuzione del servizio, previa declaratoria di inefficacia del contratto in ipotesi stipulato con l'odierna controinteressata; i subordinate, richiesta di condanna del Comune di Mistretta al risarcimento del danno per equivalente pari all'utile di impresa ricavabile dall'offerta presentata dalla appellante nella gara originaria, bandita con la determina n. 434 del 02.09.2024.

7. Per resistere all'atto di gravame, si è costituita nel presente giudizio di secondo grado la Cooperativa OMISSIS a r.l. (atto di mera forma in data 9 gennaio 2025, seguito da memoria depositata in data 17 febbraio 2025).

Si è altresì costituito, per aderire sostanzialmente all'appello, sebbene eccependo l'inammissibilità della sola domanda risarcitoria, il Comune di Mistretta, depositando memoria in data 17 febbraio 2025.

8 Con ordinanza n. 44 del 24 febbraio 2025, emessa alla camera di consiglio del 19 febbraio 2025, la Sezione ha respinto la istanza cautelare della appellante, ritenendo l'assenza del presupposto del *periculum in mora*.

9. In prossimità della udienza pubblica fissata per la trattazione dell'appello, entrambe le parti appellate costituite hanno depositato memorie.

Il Comune di Mistretta ha depositato memoria ex art. 73 c.p.a. in data 9 giugno 2025; la Cooperativa OMISSIS a r.l. ha depositato memoria di replica in data 13 giugno 2025.

10. All'udienza pubblica del 26 giugno 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

11. L'appello si palesa infondato.

11.1. Con l'unico motivo di gravame, parte appellante censura la sentenza di primo grado, in quanto:

- l'iscrizione alla c.d. *white list* non era prevista dalla *lex specialis* come requisito di partecipazione alla gara;
- il servizio mensa, l'unico per il quale la legge prevede l'obbligo di iscrizione alla *white list*, "*è marginale ed eventuale, in quanto oggetto del bando è l'affidamento del servizio dell'asilo comunale e del servizio pomeridiano con annessa mensa per n. max 20 bambini di età compresa tra 1 e 3 anni*";

- il Comune di Mistretta *“ha esercitato correttamente il diritto di autotutela in presenza di un interesse pubblico prevalente”*, tenuto conto che gli atti di gara erano viziati *“per l’assenza di previsione di iscrizione nella white list, requisito obbligatorio di partecipazione, seppur limitatamente all’annesso servizio di mensa”* e altrettanto legittimamente ha ritenuto di affidare direttamente il servizio all’odierna appellante, ai sensi dell’art. 50, comma 1, lett. b), del d. lgs. n. 36 del 2023;

- l’odierna appellante, dopo la prima aggiudicazione, annullata d’ufficio dall’Amministrazione, ha comunque richiesto ed ottenuto la iscrizione nella *white list* presso la Prefettura di Palermo, da considerare come requisito per l’esecuzione del servizio e non alla stregua di un requisito di partecipazione alla gara come erroneamente ritenuto dal primo giudice.

11.2. Le predette censure non sono condivise dal Collegio.

11.3. Si premette che, per orientamento sufficientemente consolidato presso il giudice amministrativo di ultima istanza (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2025, n. 1345), *“il possesso dell’iscrizione nella white list costituisce requisito di ordine generale di partecipazione alle gare, ragion per cui la mancata iscrizione dell’operatore economico nell’apposito registro per le attività riconducibili a quelle di cui all’art. 1, comma 53, della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione) è motivo di esclusione dalla gara”* (Cons. Stato, V, n. 1068 del 2024; Cons. Stato, V, n. 3266 del 2024). *Né assume rilievo contrario il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all’art. 10, comma 1, del d. lgs. n. 36/2023, ai sensi del quale “I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice”. L’esclusione per mancata iscrizione alla white list è, infatti, ben riconducibile fra le cause stabilite dal codice e, segnatamente, dall’art. 94, comma 2, cui espressamente la legge (i.e., art. 1, comma 52, l. n. 190 del 2012, cit.) la equipara: si è in presenza evidentemente di un meccanismo legale che espressamente equipara la fattispecie a quella codicistica, così ben ricomprendendola fra le cause di esclusione tipiche, ammesse ai sensi dell’art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 (Cons. Stato, V, n. 9664 del 2024)”*.

In base a tale orientamento, la mancata iscrizione alla *white list* di un operatore economico che partecipi ad una gara per l’affidamento di un servizio ricompreso tra le attività indicate dall’art. 1, comma 53, della legge n. 190 del 2012 ne comporta l’esclusione ai sensi dell’art. 94, comma 2, del d. lgs. n. 36 del 2023.

11.4. Sebbene nel caso controverso, come correttamente dedotto da parte appellante, l’oggetto principale del contratto oggetto di affidamento fosse quello di *“Gestione dell’asilo comunale”* (v. art. 2 del Disciplinare di gara), avendo il servizio di gestione della mensa natura accessoria e secondaria nell’ambito delle prestazioni contrattuali a carico dell’appaltatore, per orientamento consolidato (cfr. Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10935; delibere ANAC n. 127 del 16 marzo 2022; n. 5 del 22 febbraio 2023; n. 407 dell’11 settembre 2024), qui integralmente condiviso in quanto aderente alla piana lettera dell’art. 1, comma 53, della legge n. 190 del 2012, oltre che alla sua *ratio*, l’iscrizione alla *white list* è obbligatoria in virtù della tipologia di attività esercitata dall’operatore economico. Ed invero, il comma 52 dell’art. 1 della legge n. 190 del 2012 stabilisce che per le attività imprenditoriali *“di cui al comma 53”*, la comunicazione e l’informazione antimafia liberatoria è obbligatoriamente acquisita attraverso la consultazione di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa. Il successivo comma 53 contiene l’elenco delle attività maggiormente esposte a tentativi di infiltrazione mafiosa, mentre il comma 54 indica le modalità di aggiornamento dell’elenco.

Ciò posto, le suddette 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 delle attività stesse: esse impongono soltanto all’operatore economico che svolga la propria attività in uno dei settori indicati nel comma 53, in quanto particolarmente sensibili ai tentativi di infiltrazione mafiosa, di richiedere l’iscrizione alla *white list* della prefettura territorialmente competente in virtù della sede legale

dell'impresa. Con il corollario che l'operatore economico che svolga, sebbene soltanto in parte, nell'ambito di un contratto di appalto, un servizio rientrante nell'elenco di attività di cui al comma 53, per ciò solo è tenuto a richiedere e ottenere l'iscrizione alla *white list* (in tal senso, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2025, n. 2622, su controversia concernente proprio l'esecuzione del servizio di ristorazione accessorio rispetto al servizio di asilo nido).

Altrimenti opinando si determinerebbe la situazione, palesemente elusiva del dettato legislativo, che un operatore non iscritto alla *white list* sarebbe ammesso a svolgere attività rientranti nell'elenco di cui al comma 53 sulla base di una valutazione quantitativa, e non qualitativa, concernente il peso di tale attività nell'ambito delle prestazioni contrattuali complessivamente considerate.

Traslando i superiori principi alla presente controversia, ne discende l'infondatezza del profilo di doglianza denunciato da parte appellante, in quanto la natura residuale e accessoria del servizio di mensa non escludeva l'obbligo di iscrizione alla *white list*.

11.5. Gli argomenti che precedono inducono l'accertamento della infondatezza anche delle residue doglianze formulate da parte appellante, in quanto, da un lato, lo svolgimento del servizio di mensa imponeva nel caso di specie l'iscrizione dell'operatore economico nella *white list*, dall'altro, a fronte dell'assenza di tale requisito di ordine generale di partecipazione alle gare, la stazione appaltante avrebbe dovuto adottare la sanzione espulsiva dell'esclusione dalla procedura selettiva.

E ciò anche a fronte della mancata previsione nel bando di detta sanzione espulsiva, tenuto conto dell'indirizzo giurisprudenziale consolidato sopra richiamato in materia di eterointegrazione della *lex specialis* in virtù delle norme di legge che impongono l'iscrizione alla *white list* come misura di prevenzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa nei contratti pubblici di appalti, servizi e forniture.

In particolare, focalizzando l'attenzione sul profilo di doglianza riferito all'intervenuta iscrizione, seppure tardiva (i.e. dopo la prima aggiudicazione), di parte appellante nella *white list* tenuta dalla Prefettura di Palermo, il Collegio è ovviamente consapevole che l'interesse perseguito dal legislatore – in quanto riferito all'esecuzione dell'appalto – potrebbe essere ritenuto ugualmente soddisfatto da una iscrizione intervenuta prima della stipula del contratto, sebbene dopo l'aggiudicazione; ma detta conclusione, oltre a porsi in contrasto con il più volte menzionato indirizzo giurisprudenziale, ormai sufficientemente consolidato, non eliderebbe il problema della consentita partecipazione alla gara di un soggetto privo della iscrizione alla *white list* e, pertanto, carente di un requisito di ordine generale. E ciò in contrasto con l'art. 94, comma 2, del d. lgs. n. 36 del 2023, applicato in combinato disposto con l'art. 1, comma 52, della legge n. 190 del 2012.

11.6. In definitiva, le considerazioni che precedono evidenziano come la sentenza appellata sfugga alle proposte doglianze, in quanto:

- il mancato richiamo alle previsioni dell'art. 1, commi 52 e 53 della legge n. 190 del 2012 non configurava alcun profilo di illegittimità della *lex specialis*, di talché la stazione appaltante non avrebbe potuto intervenire in autotutela sugli atti di gara, mancando il principale presupposto previsto dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990;

- a fronte della accertata illegittimità della determina n. 481 del 20 settembre 2024 recante annullamento d'ufficio degli atti di gara, la stazione appaltante non avrebbe potuto conseguentemente affidare direttamente il servizio ai sensi della lettera b) del primo comma dell'art. 50 del d. lgs. n. 36 del 2023, con conseguente illegittimità della determina dirigenziale n. 497 del 27 settembre 2024.

12. In conclusione, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

13. In virtù della natura della *res* controversa e della novità delle questioni scrutinate le spese del grado possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Michele Pizzi, Consigliere

Giuseppe Chinè, Consigliere, Estensore

Paola La Ganga, Consigliere

Antonino Lo Presti, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppe Chinè

IL PRESIDENTE

Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO