

APPALTI - CONTRATTI - AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA - RISOLUZIONE DEL CONTRATTO - ISTANZA DEL PRIVATO - INERZIA DELLA P.A. - OBBLIGO DI PROVVEDERE - SILENZIO INADEMPIMENTO - ESCLUSO

Sono escluse dalla sfera di applicazione dell'istituto del silenzio le situazioni in cui si solleciti all'amministrazione di agire in autotutela per la risoluzione del contratto stipulato con l'aggiudicataria.

Consiglio di Stato, sez. V sentenza n. 1850 del 2025

Pubblicato il 04/03/2025

N. 01850/2025REG.PROV.COLL.

N. 07661/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7661 del 2024, proposto da [REDACTED] consortile a responsabilità limitata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato [REDACTED], con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

L'accertamento del silenzio inadempimento dell'amministrazione sulla sua istanza notificata a mezzo pec in data 28 novembre 2023 con cui aveva chiesto alla stazione appaltante di avviare un procedimento per accertare i presupposti per la risoluzione del contratto di appalto - stipulato il 16 aprile 2020 - per grave inadempimento del gestore del servizio [REDACTED] rispetto all'offerta tecnica presentata in gara.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, ha dichiarato inammissibile il ricorso con sentenza n. 481 del 2024, appellata da [REDACTED] per i seguenti motivi di gravame:

I) error in iudicando, errata valutazione in materia di legittimazione e interesse ad agire, violazione e falsa applicazione artt. 103, 111 e 113 della Costituzione, art. 100 c.p.c., artt. 39 e 117 c.p.a., erronea valutazione dei presupposti per l'esperibilità dell'azione relativa al silenzio inadempimento, motivazione erronea e/o contraddittoria, travisamento dei fatti;

II) error in iudicando sotto diverso profilo, errata valutazione in materia di legittimazione e interesse ad agire, violazione e falsa applicazione artt. 103, 111 e 113 della Costituzione, art. 100 c.p.c., artt. 39 e 117 c.p.a., erronea valutazione dei presupposti per l'esperibilità dell'azione relativa al silenzio inadempimento, motivazione erronea e/o contraddittoria, travisamento dei fatti;

III) riproposizione del primo motivo di ricorso di primo grado: violazione e falsa applicazione della legge 241 del 1990 (correttezza e buona fede), e sulla partecipazione al procedimento amministrativo e conclusione, dell'art. 108 del d.lgs. n. 50 del 2016, dei principi e del codice civile in materia di obbligazione, violazione dei principi in materia imparzialità e buon andamento (art. 97 della Costituzione), eccesso di potere anche per sviamento;

IV) riforma del capo relativo alla condanna alle spese.

L'appellante ha chiesto, in conclusione:

- di accertare e dichiarare l'illegittimità del silenzio-inadempimento serbato dal comune di Frosinone in ordine alla richiesta di avvio del procedimento per la risoluzione del contratto di appalto per il servizio di TPL stipulato con [REDACTED]
- di accertare e dichiarare il conseguente obbligo dell'amministrazione intimata di provvedere sull'istanza;
- di ordinare alla medesima amministrazione di provvedere sull'istanza, entro un termine non superiore a trenta giorni oppure nel diverso termine ritenuto congruo e di concluderlo nel termine previsto dal codice degli appalti, vigente *ratione temporis*;
- di disporre sin da ora la nomina di un Commissario *ad acta*, per l'ipotesi di ulteriore inerzia dell'amministrazione oltre il termine stabilito.

Si sono costituiti per resistere all'appello il comune di Frosinone e Cialone Tour S.p.a.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

Alla camera di consiglio del 20 febbraio 2025 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da [REDACTED] per la riforma della sentenza del Tar Lazio, sezione staccata di Latina, n. 481 del 2024, che ha dichiarato inammissibile il suo ricorso proposto ai sensi dell'art. 117 c.p.a. con cui, nella qualità di seconda classificata nella gara per l'aggiudicazione del servizio di trasporto pubblico locale del comune di Frosinone, aveva lamentato il silenzio inadempimento dell'amministrazione sulla sua istanza, con cui aveva chiesto alla stazione appaltante di avviare un procedimento per accertare i presupposti per la risoluzione del contratto di appalto stipulato il 16 aprile 2020 per grave

inadempimento del gestore del servizio ██████████ rispetto all'offerta tecnica presentata in gara.

Per la sentenza: *“Nel caso di specie, anche a prescindere dalla posizione dell'istante – seconda classificata nella graduatoria conclusiva della procedura di affidamento – in relazione al potere di risoluzione del contratto di cui l'amministrazione è titolare, ..., è del tutto pacifico che la cognizione in merito all'esercizio dello stesso è sottratta alla giurisdizione amministrativa ..., con conseguente insussistenza degli stessi presupposti per la configurazione di un silenzio avverso il quale sia esperibile il rimedio di cui all'art. 117 c.p.a. ed emersione di un primo profilo di inammissibilità del ricorso.*

6.2. Inoltre, ... l'esercizio del potere di autotutela – anche con riferimento alla peculiare tipologia di quest'ultima, denominata “privatistica” (cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2014 n. 6), riguardante la risoluzione del contratto di appalto (comunque devoluta, per quanto detto, alla giurisdizione ordinaria) – è sempre e comunque soggetto alla valutazione discrezionale dell'amministrazione circa la ricorrenza dei relativi presupposti.

6.2.1. Lo stesso, pertanto, non è coercibile, con la conseguenza che non è ammissibile, in caso di mancato riscontro dell'istanza con la quale il privato ne solleciti l'esercizio, l'attivazione del rimedio di cui all'art. 117 c.p.a.”.

Per l'appellante, l'impugnazione aveva ad oggetto il silenzio inadempimento del comune di Frosinone avverso l'istanza del 28 novembre 2023, con la quale sollecitava l'amministrazione ad avviare un procedimento per la revoca, decadenza e risoluzione dell'affidamento del servizio in favore della controinteressata Cialone Tour S.p.a.

A suo parere, l'aggiudicataria della gara non aveva rispettato quanto dichiarato nell'offerta tecnica, con riferimento, in particolare, ai requisiti di ammissione (possesso di un sistema AVM in grado di fornire certificazione del servizio svolto non modificabile), ai requisiti premiali (quali servizi di trasporto aggiuntivi gratuiti pari a km annui 101.831,40, incrementando il servizio da km anno 1.056.416,00 a

km anno 1.158.247,00, con creazione di una nuova linea di collegamento da Frosinone ai centri termali e cure e zone limitrofe a Frosinone - cfr. verbale di gara del 24 settembre 2019), e agli altri elementi migliorativi dell'offerta tecnica, che avrebbero consentito l'attribuzione di un maggior punteggio, ma non sarebbero stati mai effettivamente realizzati ed eseguiti, e la cui verifica era possibile solo *ex post* in sede di esecuzione.

Tali elementi, per l'appellante, contrariamente a quanto affermato dal Tar, attengono alla fase di qualificazione e di aggiudicazione del servizio, con la peculiarità che la verifica sul possesso di tali requisiti di ammissibilità dell'offerta, di qualificazione e di premialità sono verificabili solo *ex post*, e la cui mancanza, anche se accertata in fase esecutiva, comporta la decadenza dell'affidamento con conseguente caducazione del contratto di appalto. Tuttavia, tale posteriorità non determina lo spostamento della giurisdizione in favore del giudice ordinario, rimanendo la questione ancorata alla fase della qualificazione e dell'aggiudicazione. Per l'appellante, inoltre, la distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione fa capo alla previsione di cui all'art. 100, d.lgs. n. 50 del 2016 che – nel dare recepimento alla normativa eurounitaria e, segnatamente, alla previsione di cui all'art. 70 della direttiva 2014/24 e all'art. 87 della direttiva 2014/25 – facoltizza le stazioni appaltanti a richiedere agli operatori concorrenti, in aggiunta al possesso dei “requisiti” e delle “capacità” oggetto di valutazione selettiva di cui all'art. 83, ulteriori “requisiti particolari”. Di norma, i requisiti di esecuzione sono condizioni per la stipulazione del contratto di appalto; ciò, tuttavia, non escluderebbe, come verificatosi nel caso di specie, che il mancato possesso di un requisito essenziale dell'offerta (sistema AVM in grado di fornire certificazione del servizio svolto non modificabile) comporti l'esclusione dell'offerta e la decadenza dell'aggiudicazione. Fra i requisiti idonei all'attribuzione di un punteggio premiale rientrano, invece, nel caso di specie, i servizi di trasporto gratuiti pari a km annui 101.831,40, che

incrementano il servizio da km anno 1.056.416,00 a km anno 1.158.247,00, con creazione di una nuova linea di collegamento da Frosinone ai centri termali e cure e zone limitrofe a [REDACTED]. Gli stessi, offerti da [REDACTED] le hanno consentito di ottenere l'aggiudicazione del servizio.

Per l'appellante, quindi, i requisiti di esecuzione potrebbero essere considerati dalla stazione appaltante come: a) elementi essenziali dell'offerta; b) condizioni per la stipulazione del contratto di appalto; c) elementi utili all'attribuzione di un punteggio premiale; d) condizioni per il concreto avvio dell'esecuzione, non impedienti la stipulazione del contratto. Se richiesti come elementi essenziali dell'offerta, la loro mancanza al momento della partecipazione alla gara comporta l'esclusione del concorrente; laddove, invece, valevoli per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro carenza comporta la mancata attribuzione del punteggio; se introdotti alla stregua di condizione per la stipulazione del contratto, la loro assenza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario; se imposti per il concreto svolgimento della prestazione, la mancata organizzazione di beni e mezzi impedisce l'avvio dell'esecuzione del contratto.

L'appellante sostiene, dunque, che la propria posizione rispetto all'inerzia dell'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti conseguenti all'inadempimento contrattuale della controinteressata dovrebbe qualificarsi in termini di interesse legittimo, riguardo sia all'eventuale subentro nel contratto che alla possibile indizione di una nuova procedura di affidamento alla quale potrebbe partecipare, dovendosi in ogni caso ritenere doverosa una pronuncia espressa sulla propria istanza alla luce dei principi di trasparenza e buona amministrazione, essendo, inoltre, l'esercizio del potere amministrativo doveroso, perché

strumentale alla cura dell'interesse pubblico, con conseguente sussistenza della giurisdizione amministrativa in ordine alla materia del contendere.

Le controparti, invece, aderiscono alle statuizioni rese dal Tar nella sentenza impugnata.

In particolare, il comune di [REDACTED] sostengono l'inammissibilità del ricorso di primo grado - in ragione sia della devoluzione di ogni questione inerente l'esecuzione del contratto alla giurisdizione ordinaria, sia della discrezionalità attribuita all'amministrazione in ordine alla valutazione dei presupposti per disporre la risoluzione del contratto – nonché l'infondatezza del ricorso nel merito.

L'appello è infondato.

Ed invero, nonostante l'appellante si fosse classificata seconda in graduatoria nella procedura di specie e la *lex specialis* di gara prevedesse la possibilità di subentro della seconda classificata nel caso di esclusione della prima, l'oggetto dell'istanza proposta all'amministrazione e in relazione alla quale l'appellante sostiene essersi formato il silenzio inadempimento consisteva comunque nell'accertamento da parte della stazione appaltante della regolare esecuzione delle prestazioni del contratto di appalto. Si tratta, dunque, di questione che attiene all'esecuzione, all'esercizio (o meglio al mancato esercizio) del potere privatistico di monitoraggio dell'amministrazione in sede esecutiva.

Il parametro di valutazione, su cui si basa il monitoraggio, consiste sempre nelle prestazioni contrattuali che riflettono il contenuto dell'offerta, atteso che il controllo della stazione appaltante attiene proprio alla rispondenza della prestazione eseguita con quanto offerto. E la situazione non cambia nell'ipotesi in cui si contesti l'effettuazione di migliorie promesse per le quali l'operatore economico ha conseguito un incremento premiale aggiudicandosi la gara.

Nella specifica materia dei contratti pubblici, la giurisprudenza è costante nell'affermare che sono devolute alla cognizione del giudice amministrativo solo le controversie relative alla procedura di affidamento dell'appalto, sorte in una fase antecedente e prodromica alla stipula del contratto, mentre quelle successive alla stipulazione del contratto e aventi ad oggetto la fase di esecuzione dello stesso sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto concernenti un rapporto di natura privatistica caratterizzato dalla posizione di parità delle parti.

“In tema di appalti pubblici, questa Corte, anche a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 104 del 2010, ha costantemente affermato che sono devolute alla cognizione del Giudice amministrativo le controversie relative alla procedura di affidamento dell'appalto, mentre quelle aventi ad oggetto la fase di esecuzione del contratto spettano alla giurisdizione del Giudice ordinario, in quanto riguardanti un rapporto di natura privatistica caratterizzato dalla posizione di parità delle parti, titolari di situazioni giuridiche qualificabili come diritti ed obblighi (cfr. Cass., Sez. Un., 31/01/2017, n. 2482; 3/05/2013, n. 10301; 6/09/2010, n. 19049).

Tra queste controversie vanno annoverate quelle aventi ad oggetto, come nella specie, la risoluzione anticipata del contratto autoritativamente disposta dall'Amministrazione committente a causa dell'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dello appaltatore: anch'esse, infatti, attengono alla fase esecutiva, implicando la valutazione di un atto avente come effetto tipico lo scioglimento del contratto, e quindi incidente sul diritto soggettivo dell'appaltatore alla prosecuzione del rapporto” (cfr., fra le tante, Cass. civ., Sez. Un., ordinanza 10 gennaio 2019, n. 489).

“La stipulazione del contratto, che segue l'aggiudicazione, segnerebbe il discrimine tra “la fase della scelta del contraente con la pubblica amministrazione, retta da norme cc.dd. “di azione” che involgono un sindacato proprio della discrezionalità amministrativa devoluto a questo giudice [amministrativo], e la fase dell'esecuzione del contratto conseguente a tale scelta, concettualmente non diversa dai contratti stipulati tra i soggetti privati e – pertanto – naturalmente ricadente nella giurisdizione del giudice ordinario” (Cons. Stato, V, 30 luglio 2014, n. 4025).

Inoltre, restano escluse dalla sfera di applicazione dell'istituto del silenzio le situazioni in cui si solleciti all'amministrazione di agire in autotutela, come nel caso di specie, in cui l'appellante ha formulato istanza alla stazione appaltante affinché procedesse alla risoluzione del contratto stipulato con l'aggiudicataria.

Ed invero, per orientamento costante della giurisprudenza amministrativa: *“Il silenzio-inadempimento rappresenta una condizione patologica del procedimento amministrativo, che si verifica nel caso in cui l'Amministrazione ometta di provvedere entro i termini stabiliti dalla legge sull'istanza di avvio del procedimento (ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 5417/2019). L'inerzia della Pubblica Amministrazione rileva, ai fini del silenzio in parola, solo nel caso in cui viga in capo all'Amministrazione l'obbligo di provvedere attraverso un atto tipizzato, gravitante nella sfera autoritativa della Pubblica Amministrazione, volto ad incidere in maniera positiva o negativa sulla posizione giuridica e differenziata del ricorrente (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 5206/2023).*

In altre parole, l'azione avverso il silenzio inadempimento ha quali presupposti, da un lato, l'esistenza di uno specifico obbligo di provvedere, dall'altro lato, la natura provvedimento dell'attività oggetto dell'istanza. Restano escluse dalla suddetta area degli obblighi di provvedere le istanze di autotutela (che rappresentano una mera denuncia ovvero sollecitazione ma che non generano un obbligo giuridico di provvedere), [...].” (Cons. Stato, III, 12 marzo 2024, n. 2357).

Non coglie nel segno neppure il pur suggestivo parallelismo con l'istituto dell'accesso a cui fa riferimento l'appellante (concesso anche al secondo classificato per i profili di esecuzione per il più recente orientamento inaugurato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio n. 10 del 2020).

In proposito, il Collegio condivide le statuizioni della sentenza impugnata, secondo cui: *“in definitiva, pur se ben avrebbe potuto, il legislatore del codice del processo amministrativo non ha costruito un'azione contro l'inerzia “pura”, vale a dire indipendente dalla situazione sottostante o dal bene della vita richiesto, volta a censurare la semplice violazione dell'obbligo di*

adozione di un provvedimento qualsiasi, bensì, come detto, ha previsto una necessaria correlazione del silenzio, come esposto supra con plurimi richiami alla pertinente giurisprudenza, con una posizione qualificata di interesse legittimo dell'istante”.

I due istituti dell'accesso e del silenzio sono differenti: il primo è indipendente dalla situazione sottostante ed è sempre devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre il secondo è intimamente connesso ad una posizione di interesse legittimo su cui si fonda e di cui è titolare chi lo aziona, e presuppone, quindi, la giurisdizione del giudice amministrativo.

In proposito è stato affermato che: *“Dato atto che costituisce ormai pacifica acquisizione giurisprudenziale, in tema di silenzio-inadempimento, che l'articolo 31 c.p.a. non ha inteso creare un rimedio di carattere generale, esperibile in tutte le ipotesi di comportamento inerte della pubblica amministrazione e, pertanto, sempre ammissibile indipendentemente dalla giurisdizione del giudice amministrativo sulla questione sottostante, come si verificherebbe qualora il giudice amministrativo fosse stato configurato come giudice del silenzio della pubblica amministrazione, ma ha solo codificato un istituto giuridico di elaborazione giurisprudenziale, relativo all'esplicitazione di potestà pubblicistiche correlate alle sole ipotesi di mancato esercizio dell'azione amministrativa, tanto che, anche nel caso del rito speciale instaurato per l'impugnazione del silenzio, quindi, il giudice adito deve preliminarmente verificare la propria giurisdizione in relazione alla natura della posizione sostanziale esercitata e, se del caso, dichiarare l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e con l'ulteriore conseguenza che lo speciale rito sul silenzio non configura una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva o per materia del giudice amministrativo, ma costituisce un particolare strumento processuale volto a rendere più efficace la tutela dell'interessato nei confronti del comportamento inerte della p.a. nell'emanazione di un provvedimento amministrativo, a fronte di una posizione di interesse legittimo in capo al cittadino (cfr., amplius, Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2017 n. 3585); [...].”* (Cons. Stato, VI, 31 gennaio 2018, n. 650).

Nel caso di specie, il silenzio inadempimento attiene a questioni sorte dopo la stipula del contratto, che sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.

Dall'inammissibilità del ricorso di primo grado consegue, altresì, la legittimità della statuizione sulle spese.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza appellata di inammissibilità del ricorso di primo grado.

Sussistono, tuttavia, per le peculiarità della controversia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata di inammissibilità del ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO