Pubblicato il 10/12/2021

N. 12812/2021 REG.PROV.COLL.
N. 07068/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 7068 del 2021, proposto da

S.A.R.I.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabrizio Tigano, Bruno Tassone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Frascati, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Caterina Albesano, Massimiliano Graziani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Tekneko Sistemi Ecologici S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Marcello Collevecchio, Giuseppe Carlomagno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Marcello Collevecchio in Roma, via di Porta Pinciana n. 6;

per la declaratoria di illegittimità

del silenzio serbato nei confronti della diffida trasmessa il 20.5.2021, prot. n. 26431, con la quale Sarim s.r.l., seconda classificata nella procedura di gara per l'affidamento dei servizi di igiene urbana e correlati nel comune di Frascati per 7 annualità (CIG 7980238CB7), aggiudicata alla controinteressata con determina n. 816 del 17.06.2020 Settore Ambiente del Comune di Frascati ha chiesto al Comune di Frascati di disporre ogni opportuna verifica in merito alla validità ed attendibilità dell'offerta tecnica di Tekneko s.r.l., nonchè in ordine alla reale capacità di quest'ultima di eseguire correttamente il servizio con i sistemi tecnologici a sua disposizione,

e per l'accertamento

dell'obbligo di provvedere in modo espresso in relazione alla menzionata istanza, constatata l'inerzia illegittimamente serbata dal Comune di Frascati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Frascati e di Tekneko Sistemi Ecologici S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2021 il dott. Marco Bignami e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Con ricorso ritualmente notificato l'8 luglio 2021 e tempestivamente depositato la ricorrente agisce, ai sensi dell'art. 117 cpa, perché sia accertata l'illegittimità del silenzio che il Comune di Frascati avrebbe osservato sull'istanza depositata da Sarim srl stessa in data 20 maggio 2021, e perché, di conseguenza, l'amministrazione sia condannata a pronunciarsi, con nomina fin d'ora di un commissario ad acta per il caso di inottemperanza.

La vicenda nella quale si inserisce l'azione trova il proprio retroterra nella gara con la quale il Comune ha aggiudicato alla controinteressata Tekneko srl il servizio di igiene urbana per 7 anni, con provvedimento del 17 giugno 2020.

L'odierna ricorrente, classificatasi seconda in graduatoria, ha impugnato tale aggiudicazione, con ricorso che questa Sezione ha respinto con sentenza n. 11309 del 2020, confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 3481 del 2021.

Sarim srl espone che, nelle more del giudizio di appello, sarebbe stata raggiunta la prova di un grave vizio attinente all'offerta tecnica di Tekneko srl.

In particolare, quest'ultima si era basata sulla disponibilità del software concesso da una terza società, software di cui, in realtà, la aggiudicataria non avrebbe avuto la disponibilità.

La circostanza è stata resa oggetto di censura innanzi al Consiglio di Stato, che ne ha ritenuto inammissibile l'esame, perché, in ogni caso, tardiva rispetto alla cognizione, da parte dell'appellante, dei documenti dai quali evincere il presunto vizio.

Pochi giorni dopo la pubblicazione della decisione definitiva sul ricorso avverso l'aggiudicazione, Sarim srl ha inoltrato al Comune la nota del 20 maggio, con la quale, ricostruiti i fatti, lo sollecita a "disporre ogni opportuna verifica in merito alla validità ed attendibilità dell'offerta tecnica di Tekneko srl (…), nonché in ordine alla reale capacità di eseguire correttamente il servizio con i sistemi tecnologici a sua disposizione".

L'8 giugno successivo il Comune ha comunicato che "si conferma la determina dirigenziale di aggiudicazione n. 816 del 17.6.2020".

La ricorrente reputa tale nota "sleale" e "omissiva", sia perché essa "si sofferma esclusivamente sulla legittimità dell'aggiudicazione", senza considerare il fatto sopravvenuto concernente la pretesa indisponibilità del software, sia perché essa trascura ogni accertamento sulla "capacità di esecuzione del contratto da parte dell'aggiudicataria".

2. Il Tribunale osserva che l'istanza proposta da Sarim srl, e dalla quale muove l'azione ex art. 117 cpa, può essere scomposta in due tronconi, come si deduce ulteriormente da quanto precisato a pag. 8 del ricorso.

In primo luogo, la ricorrente vanta il proprio interesse ad accertarsi che il Comune abbia assunto in considerazione il profilo attinente alla disponibilità del software "sul versante dell'aggiudicazione".

Sotto tale profilo, sono fondati i rilievi svolti dalla difesa comunale e della controinteressata, quanto al fatto che non sussiste alcun silenzio.

L'amministrazione ha infatti tempestivamente risposto alla ricorrente, con la nota dell'8 giugno sopra citata, manifestando la propria volontà di "confermare" l'aggiudicazione, e, quindi, di addivenire alla stipula del contratto.

Tale riscontro alla istanza della ricorrente concerne, quindi, sia l'aggiudicazione, sia la posteriore fase della verifica dei requisiti prescritti e dei controlli, che deve precedere la stipula del contratto, e che, a propria volta, concerne l'efficacia dell'aggiudicazione (artt. 32 e 33 del d.lgs. n. 50 del 2016).

Ne segue che, pronunciandosi sulla "conferma" dell'aggiudicazione, alla luce dei fatti rappresentati nella nota del 20 maggio 2021, il Comune ha preso posizione anche con riferimento alla rilevanza di essi, quali condizioni preliminari alla stipula del contratto: il silenzio lamento da Sarim srl, per tale parte, non ricorre.

Esula, ovviamente, dall'oggetto del presente giudizio sul silenzio ogni valutazione concernente la legittimità di tale manifestazione di volontà del Comune, e degli atti con i quali essa è stata concretizzata.

3. Va solo aggiunto, per mera completezza, che, con riferimento alla fase della aggiudicazione, è altresì fondato il rilievo, svolto dalle parti resistenti, secondo il quale la ricorrente si è valsa impropriamente dell'azione di silenzio per indurre l'amministrazione ad adottare un atto di autotutela, nonostante il giudicato abbia ormai coperto ogni valutazione in ordine alla presunta illegittimità dell'offerta tecnica di Tekneko srl.

Come si è visto, infatti, la sentenza n. 3481 del 2021 del Consiglio di Stato ("probabilmente errando", afferma impropriamente la ricorrente) ha già reputato tardiva, con ampia motivazione, ogni censura concernente la

illegittimità dell'offerta tecnica della aggiudicataria a causa della denunciata indisponibilità del software, precisando che "a seguito di accesso agli atti successivo alla stessa aggiudicazione, e precisamente il 13 luglio del 2020, la società Sarim ha ottenuto dalla stazione appaltante la copia delle giustificazioni dell'offerta della Tekneco, nonché la copia del provvedimento di valutazione di congruità effettuata dal Responsabile unico del procedimento sia in merito all'offerta economica che all'offerta tecnica, per cui, sotto questo profilo, i motivi aggiunti proposti in appello sono anche tardivi, essendo l'istante in possesso già dalla data indicata dei documenti che le avrebbero consentito di svolgere approfondimenti immediati circa tutti gli aspetti dell'offerta dell'aggiudicataria ed eventualmente di sottoporre i vizi aggiuntivi, in modo rituale, al giudice di primo grado".

È perciò evidente che l'auspicata verifica in ordine alla "validità" dell'offerta tecnica di Tekneko srl, come si afferma nella istanza che si vorrebbe inevasa, si traduce, per tale parte, nella domanda ad attivare il potere di annullamento in autotutela della aggiudicazione, ovvero in una domanda alla quale l'amministrazione non ha neppure l'obbligo giuridico di rispondere (fattispecie per la quale il Tribunale reputa più corretta una pronuncia di infondatezza della pretesa, piuttosto che di inammissibilità della domanda, pur dando atto della pluralità di soluzioni offerte sul punto dalla giurisprudenza).

4. In secondo luogo, l'istanza del 20 maggio 2021 si proietta oltre l'aggiudicazione, e raggiunge la fase di "corretta esecuzione del contratto".

Su quest'ultima, il Comune ha in effetti serbato il silenzio, atteso che la risposta offerta alla ricorrente concerne la sola aggiudicazione.

Nella sostanza, la ricorrente vorrebbe che l'amministrazione si pronunci su ipotetici profili di inadempimento contrattuale da parte della aggiudicataria, cagionati dalla carenza del software promesso con l'offerta tecnica, verosimilmente allo scopo di conseguire l'annullamento del contratto, e, perlomeno, una nuova gara.

Sul punto, bisogna considerare che, come è noto, l'amministrazione può liberarsi dal vincolo contrattuale, anzitutto nelle sole ipotesi in cui sia ammesso l'esercizio della autotutela decisoria sugli atti di gara prodromici al contratto, ovvero nei casi per i quali, specularmente, sussiste la giurisdizione amministrativa. Viceversa, l'esercizio delle facoltà proprie della parte creditrice di un'obbligazione contrattuale sollevano problemi che non involgono l'esercizio del potere, e perciò appartengono alla cognizione del giudice ordinario (da ultimo, Cons. Stato, sez. III, n. 1084 del 2020).

Ora, ove l'istanza del 20 maggio 2021 fosse indirizzata a sollecitare l'attivazione del potere di autotutela, ad essa sarebbe anche in tal caso opponibile che su di essa il Comune non ha l'obbligo giuridico di provvedere, posto che sarebbe stato onere della odierna ricorrente, semmai, impugnare tempestivamente gli atti che dovrebbero divenire oggetto dell'annullamento di ufficio (se del caso, esercitando l'accesso per prenderne contezza).

Qualora, invece, l'istanza cada sull'auspicato impiego degli strumenti di diritto comune con i quali l'amministrazione può conseguire l'annullamento del contratto, o recederne, a causa dell'inadempimento della parte debitrice, essa travalica i limiti propri dell'azione ex art. 117 cpa.

Quest'ultima è infatti preordinata a conseguire l'attivazione di una potestà amministrativa incidente su interessi legittimi, e il cui esercizio appartenga alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Nel caso di specie, viceversa, verrebbe chiesto al Comune di muoversi iure privatorum per tutelare la propria posizione contrattuale, ciò che esula dal perimetro del potere autoritativo della pubblica amministrazione, al cui esercizio la parte può vantare un interesse legittimo.

5. È vero che, in tema di accesso documentale agli atti concernenti la fase di esecuzione del contratto, la giurisprudenza prevalente postula la fondatezza della domanda proposta in tal senso da chi abbia preso parte alla gara (in disparte ogni considerazione sul distinto tema dell'accesso civico), "laddove funzionale, ad esempio, a dimostrare, attraverso la prova dell'inadempimento

delle prestazioni contrattuali, l'originaria inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara, contestata dall'istante nel giudizio promosso contro gli atti di aggiudicazione del servizio" (Ad. Plen. n. 10 del 2020).

Nel caso di specie, incidentalmente si può rilevare che la ricorrente non ha domandato di accedere agli atti conseguenti alla aggiudicazione, a fini conoscitivi (come, invece, sembrerebbe postulato a pag. 2 della "memoria difensiva"), ma è ricorsa allo strumento previsto dall'art. 117 cpa, allo scopo di invitare il Comune, quindi, all'adozione di un provvedimento (come è noto, l'art. 31 cpa qualifica l'oggetto dell'azione quale "accertamento dell'obbligo di provvedere").

Ciò premesso, va considerato che un conto sono le condizioni per accedere ad atti che permettano, appunto, di sollecitare l'attivazione dei poteri o delle prerogative attribuite alla stazione appaltante per risolvere il vincolo contrattuale, ferma la discrezionalità amministrativa sull'an stesso di tale soluzione; altro conto è l'obbligo giuridico dell'amministrazione di valutare con un provvedimento espresso, invocato dai partecipanti alla gara, l'opportunità di agire in autotutela, o persino di esercitare le facoltà attribuitele dal diritto comune: obbligo, in difetto del quale l'azione relativa al silenzio è priva di fondamento.

In altri termini: salve le ipotesi eccezionali in cui la legge renda doveroso l'esercizio del potere di recesso, i principi che presidiano l'azione ex art. 117 cpa rendono infondata sia una domanda volta a conseguire l'esercizio della discrezionale autotutela decisoria, sia una domanda avente ad oggetto l'impiego non già di un potere in senso proprio, ma di una facoltà privatistica, per quanto correlata all'interesse pubblico (che, ovviamente, permea di sé l'intero agire del soggetto pubblico, senza con questo rendere provvedimentale ogni manifestazione di esso).

6. In conclusione, il ricorso è infondato, senza che abbia in questa sede alcun rilievo la disputa intercorsa tra le parti, in ordine alla effettiva acquisizione, da

parte di Tekneko srl, del software oggetto dell'offerta tecnica (acquisizione ribadita dal Comune e dalla controinteressata, e negata dalla ricorrente).

7. Le spese seguono la soccombenza, e si liquidano in euro 1500,00, oltre accessori di legge, a favore del Comune, e in uguale somma a favore della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

Rigetta il ricorso.

Condanna la ricorrente a rifondere le spese, che liquida in euro 1500,00, oltre accessori di legge, a favore sia del Comune, sia di Tekneko srl.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Donatella Scala, Presidente

Mario Alberto di Nezza, Consigliere

Marco Bignami, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Marco Bignami

IL PRESIDENTE
Donatella Scala

IL SEGRETARIO