

Pubblicato il 15/10/2020

N. 04528/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00919/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 919 del 2020, proposto da Alfa s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Ausiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Beta, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Nacca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- della determina n. 25 del 26.02.2020, PROT. GEN. NR. 83 del 26.2.2020, a firma del Responsabile dell'Area tecnica Arch., pubblicata in pari data all'Albo pretorio, di revoca/annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva disposta -con determina n. 266 del 29.12.2017- in favore della Alfa S.r.l., relativa alla gara per il servizio triennale di raccolta rifiuti, CIG 69028056E2- CUP 90511100 (di cui alla determina NR. 266 del 29.12.2017, adottata dal Settore Ambiente del Comune di Beta, Provincia di Caserta, a firma del R.U.P. nonché Responsabile dell'Area Tecnica Arch.);

- ove occorra, degli altri atti in ricorso compiutamente indicati;

e per la condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento danni in forma specifica, con l'ordine di proseguire il servizio/ affidamento de quo con la ricorrente aggiudicataria Alfa S.r.l. in virtù della determina n. 266 del 29.12.2017; nonché, se del caso, dell'indennizzo ex art. 21 quinquies L. 241/90;

nonché, altresì, per la declaratoria ex art. 31 comma 3 c.p.a. dell'obbligo del Comune di Beta (CE) di stipulare il contratto di appalto con la ricorrente, in ossequio all'art. 32, comma 8, D.Lgs. 50/2016, stante l'ampio decorso del termine di 60 giorni dall'aggiudicazione definitiva (29.12.2017), ovvero per l'illegittimo silenzio serbato dall'ente appaltante sulla diffida del 27.9.2019 e 19.11.2019.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Beta;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2020 la dott.ssa Viviana Lenzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - L'odierna ricorrente ha partecipato alla gara (CIG 69028056E2, bando di gara n. 88 del 6/5/2017) indetta dal Comune di Beta per l'affidamento del servizio triennale di raccolta integrata dei rifiuti.

Con determina n. 266 del 29/12/2017, il Responsabile dell'Area Tecnica ha aggiudicato in via definitiva il servizio alla ricorrente.

In data 22/1/2018 il servizio ha avuto inizio in via urgente ed anticipata.

1.1 - Con la gravata determina n. 25 del 26/2/2020, il Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Beta ha disposto "la revoca in autotutela dell'aggiudicazione definitiva ... con conseguente caducazione degli effetti del provvedimento di avvio anticipato del servizio", disponendo, tuttavia – in ragione della essenzialità dello stesso – che la società continui ad assicurare il servizio fino alla individuazione di altra azienda.

1.2 - Avverso tale determina è insorta Alfa s.r.l., articolando i seguenti motivi di ricorso:

- violazione di legge (violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *quinquies* e *nonies* l. 241/90 in relazione all'art. 3 legge 241/90) - violazione dei principi in materia del *contrarius actus* - eccesso di potere (arbitrarietà- carenza assoluta di motivazione e di istruttoria- erronea presupposizione di fatto e diritto - ingiustizia manifesta- sviamento- perplessità- difetto del presupposto- abnormità) - violazione del principio del legittimo affidamento - non discriminazione e massima partecipazione - violazione dei principi di buon andamento imparzialità e trasparenza. sproporzionalità: ad onta del richiamo all'istituto della revoca ex art. 21 *quinquies* l. 241/90, il provvedimento gravato è un atto di annullamento d'ufficio, adottato sul presupposto della carenza di un requisito di partecipazione, a distanza di 26 mesi dall'aggiudicazione e senza alcuna ponderazione degli interessi coinvolti (il tutto in palese violazione dell'art. 21 *nonies* l. 241/90);

- violazione di legge (violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *quinquies* e *nonies* in relazione all'art. 3 l. 241/90) - eccesso di potere (arbitrarietà – sviamento – travisamento- difetto del presupposto - contraddittoria e apparente motivazione - difetto di istruttoria - ingiustizia manifesta abnormità) - violazione del legittimo affidamento - sproporzionalità: ove il provvedimento sia, invece, qualificato come revoca, mancherebbe parimenti l'esternazione dei motivi posti alla base dello *jus poenitendi*;

- violazione di legge (violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *quinquies* e *nonies* in relazione all'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016) - violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione - eccesso di potere (arbitrarietà- carenza assoluta di motivazione e di istruttoria - erronea presupposizione di fatto e diritto - ingiustizia manifesta – sviamento - perplessità- difetto del presupposto- abnormità) - violazione del principio del legittimo affidamento - non discriminazione e massima partecipazione - violazione dei principi di buon andamento - imparzialità e trasparenza - sproporzionalità: la S.A. ha illegittimamente ritenuto di applicare una causa escludente non prevista né dal disciplinare né dal CSA; a tacere del fatto che Alfa aveva comunque opzionato l'area di cantiere a disposizione del Comune di Beta;

- violazione di legge (violazione ed omessa applicazione dell'art. 32 comma 8 d.lgs. 50/2016 in relazione all'art. 31 c.p.a.) - eccesso di potere (arbitrarietà- sviamento- ingiustizia manifesta- irragionevolezza) - violazione dei principi di buon andamento - imparzialità- trasparenza: la società sta svolgendo il servizio – pur in assenza di contratto – nonostante le reiterate diffide inoltrate alla S.A.

2 - Ha resistito al gravame il Comune di Beta.

3 - Con ordinanza n. 963/2020 il Tribunale ha accolto l'istanza cautelare.

4 – Con successiva ordinanza ex art. 73 c.p.a. n. 3612/20, il Tribunale ha assegnato alle parti termine per contraddire in ordine alla sussistenza della giurisdizione dell'adita A.G. sulle domande formulate in ricorso.

5 - Alla pubblica udienza del 7/10/2020 il ricorso è transitato in decisione.

6 - Necessita *in limine litis* verificare la sussistenza della giurisdizione dell'adito Tribunale, muovendo dal costante insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui “*la giurisdizione si determina non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche, e soprattutto, della causa petendi, ossia della oggettiva natura della situazione soggettiva giuridicamente tutelata dedotta in giudizio e individuata con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico di cui essi sono rappresentazione*” (ord. 20 novembre 2013 n. 26032; ord. 27 febbraio 2012, n. 2926, richiamate da Cons. Stato, A.P. n. 13/2014).

Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a., sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”.

6.1 – La tematica del riparto di giurisdizione in materia di “procedure di affidamento” è stata recentemente approfondita dal Consiglio di Stato, pervenuto alle seguenti condivisibili conclusioni:

“Nella tradizionale prospettiva bifasica che caratterizza la formazione dei contratti ad evidenza pubblica, le “procedure di affidamento” strutturano (nella fase propriamente pubblicistica) peculiari procedimenti amministrativi, che esitano nella determinazione conclusiva, con cui viene disposta l’aggiudicazione a favore dell’offerta selezionata, cui segue – con la “stipula del contratto” e la formale assunzione degli impegni negoziali – la fase esecutiva, che prefigura situazioni essenzialmente paritetiche, rimesse alla cognizione del giudice ordinario. [..omissis..] Se i due confini “esterni” (l’aggiudicazione e, rispettivamente, la stipula del contratto) non sono in discussione (tanto che il relativo criterio di riparto è del tutto consolidato nella elaborazione giurisprudenziale), a qualche dubbio (ed anche a qualche recente incertezza pretoria) hanno dato luogo gli atti compiuti nello spazio giuridico interinale che segue la prima e precede il secondo. [..omissis..] Occorre, tuttavia, considerare la possibilità che, in tale fase procedimentale, intervenga la c.d. esecuzione anticipata dello stipulando contratto, per solito giustificata da ragioni di urgenza: in tal caso, l’instaurazione di un rapporto contrattuale (che trae, comunque, titolo nell’esito della fase selettiva) prefigura, sia pure in termini di anticipazione rispetto alle ordinarie scansioni temporali e agli ordinari adempimenti formali, una fase propriamente esecutiva, che deve considerarsi rimessa alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto le relative vicende si strutturano in termini di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di responsabilità conseguente al loro inadempimento. Del resto, per questo profilo, è da tempo è acquisita l’idea che la responsabilità contrattuale discenda dalla violazione della lex contractus, cioè dal complesso delle obbligazioni giuridicamente impegnative, non essendo necessaria la formale stipula di un contratto.

Devono, allora, distinguersi – in relazione alle vicende che trovino collocazione, come nel caso di specie, tra l’aggiudicazione (definitiva ed efficace) e la stipula del contratto – tre diverse eventualità:

a) ove l’Amministrazione (come le è concesso: cfr., di nuovo, art. 30, comma 8) adotti misure intese alla rimozione, in prospettiva di autotutela, degli atti di gara, la relativa giurisdizione (trattandosi di “coda autoritativa” della fase pubblicistica, veicolata a determinazioni di secondo grado, in funzione di revisione o di riesame) spetterà, naturalmente, al giudice amministrativo (vantando il privato mere situazioni soggettive di interesse legittimo);

b) ove l’Amministrazione “receda” dal rapporto negoziale anticipatamente costituito, in presenza di fatti di inadempimento ad attitudine risolutiva od anche in forza della facoltà di unilaterale sottrazione al vincolo, ex artt. 109 d. lgs. n. 50/2016 e 21 sexies l. n. 241/1990, la giurisdizione spetterà al giudice del rapporto, cioè al giudice ordinario (essendo, come vale ripetere, indifferente il dato formale della avvenuta stipula del contratto);

c) ove, infine, l’Amministrazione si determini – non già per l’inadempimento alle “prestazioni” oggetto di impegno negoziale (artt. 1173 e 1218 c.c.), ma per l’inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati, in forza della lex specialis di procedura o di vincolante precetto normativo, alla verifica di correttezza della aggiudicazione – la giurisdizione (trattandosi propriamente di misura decadenziale, che incide, con attitudine rimotiva, sulla efficacia dell’aggiudicazione, legittimando il “rifiuto di stipulare” il contratto) spetterà ancora al giudice amministrativo” (per tutte, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 2/8/2019 n. 5498, ripreso da TAR Sicilia, sez. II, sent. 8/11/2019 n. 2574).

6.1.1 - Orbene, come anticipato, “Nonostante il provvedimento di aggiudicazione costituisca, di regola, l’atto amministrativo conclusivo del procedimento di scelta del contraente, l’amministrazione conserva il potere di negare, previa puntuale e congrua motivazione,

l'aggiudicazione in favore del miglior offerente, nonché mantiene poteri di autotutela, quali la revoca e l'annullamento dell'aggiudicazione, nel rispetto dei principi che presiedono tale attività.

Tanto può argomentarsi dalla lettura dell'art. 32 del d. lgs. n. 50/2016 che ricalca, salvo taluni necessari aggiustamenti, il vecchio art. 11 del d.lgs. n. 163 nel 2006. In particolare rimane fermo, al comma 8, l'inciso che, nel disciplinare la procedura di formazione del contratto, fa "salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti".

6.2 – Sussiste, dunque, la giurisdizione di questa A.G. nella fattispecie in esame, in cui – intervenuta l'aggiudicazione definitiva ed iniziata in via d'urgenza l'esecuzione del servizio oggetto di gara – il Comune ha proceduto al riesame della documentazione di gara, avvedendosi della mancanza nell'offerta della ricorrente della indicazione di un'area di cantiere nel Comune di Beta e "revocando" in ragione di ciò l'aggiudicazione definitiva, opinando che sussista una causa di esclusione dalla procedura di gara. L'azione amministrativa, per come esercitata e per come motivata nell'atto impugnato, lungi dal contestare all'aggiudicataria inadempimenti nell'esecuzione del servizio consegnato in via d'urgenza, si connota in termini di esercizio autoritativo di autotutela sulla precedente fase di affidamento, rientrando - come tale - nella giurisdizione del G.A.

7 - Venendo allo scrutinio del provvedimento impugnato, il Tribunale ritiene che la domanda caducatoria avente ad oggetto la determina n. 25/2020 sia meritevole di accoglimento.

Ad onta della sua "autoqualificazione" in termini di "revoca", il provvedimento de quo – incentrato com'è sull'omessa indicazione dell'area di cantiere (a detta del Comune integrante una causa escludente erroneamente non rilevata in sede di svolgimento della gara) - va qualificato come annullamento d'ufficio della illegittima aggiudicazione definitiva.

Scrutinato, quindi, alla luce del paradigma di cui all'art. 21 nonies l. 241/90, l'atto va annullato, risultando fondato e assorbente il primo motivo di impugnazione.

7.1 - L'art. 21 nonies l. n. 241 del 1990, infatti, dispone che l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo può intervenire entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi: tale norma si applica anche in caso di annullamento dell'aggiudicazione di un contratto pubblico.

Nella fattispecie è agevole rilevare che tale limite temporale è stato significativamente sfiorato dal Comune di Beta, che soltanto nel febbraio 2020 è intervenuto in autotutela su un provvedimento risalente al dicembre 2017, rimuovendolo per un vizio che (per quanto indicato dal Comune stesso) deve ritenersi fosse immediatamente conoscibile dall'Amministrazione fin dalle prime fasi della procedura selettiva. Né può, ovviamente, rilevare – in senso contrario - la circostanza che soltanto con l'insediamento della nuova amministrazione nel maggio 2019 sia iniziata la verifica sulla regolarità della procedura di gara e sullo svolgimento del servizio.

7.2 - In aggiunta a quanto appena argomentato, va evidenziato, altresì, che neppure è riscontrabile nella fattispecie l'illegittimità dell'aggiudicazione che ha spinto il Comune ad adottare il provvedimento de quo.

Ed invero, ai sensi dell'art. 13 CSA ... "i concorrenti partecipanti dovranno indicare nel progetto tecnico l'esatta ubicazione del cantiere relativa agli automezzi e personale da utilizzare ... Alla predetta relazione asseverata dovrà essere allegata una tavola grafica indicante la logistica del cantiere. A tal proposito si fa presente che il Comune di Beta dispone di un'area già destinata a sito di stoccaggio provvisorio e attualmente libera da persone e cose in disponibilità per l'azienda che

vorrà opzionare per l'utilizzo di tale area per uso ricovero automezzi e personale... Le opere da realizzarsi per l'adeguamento del cantiere secondo quanto previsto dal d. lgs. n. 81/08 saranno a carico dell'azienda".

Come evidenziato in ricorso, dunque, né il disciplinare di gara né il CSA prevedono quale causa escludente l'omessa indicazione dell'area di cantiere ovvero – in via generale - l'incompletezza del progetto tecnico migliorativo che forma parte dell'offerta tecnica.

7.2.1 – In argomento, è sufficiente richiamare la giurisprudenza secondo cui “spetta alla stazione appaltante delineare in modo palese (cioè con l'indicazione “a pena di inammissibilità dell'offerta”) ciò che ha natura essenziale per lo svolgimento del servizio, non potendosi ricavare ex post presunti requisiti ritenuti essenziali ma non qualificati come tali dall'Amministrazione; pertanto, ove la *lex specialis* di gara, nel declinare le modalità di esecuzione dell'appalto, riferendosi ad una determinata prestazione, non qualifichi espressamente l'elemento dell'offerta come requisito di ammissione alla procedura, l'eventuale mancanza o discordanza non può determinare l'esclusione del concorrente, a pena di violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione (cfr., ex multis, T.A.R. Veneto, Sez. I, 24 gennaio 2019, n. 84; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 24 luglio 2018, n. 445, TAR Veneto, Sez. I, 29 marzo 2019, n. 395)” – da ultimo, T.A.R. Veneto - Venezia, Sez. I, n. 364 del 24.4.2020.

7.3 – Coglie, altresì, nel segno parte ricorrente quando censura l'atto impugnato anche sotto il profilo della carente ponderazione degli interessi in conflitto.

Ed invero, “*Nelle gare pubbliche il potere di annullamento in autotutela può ben venire esercitato al fine di garantire il ripristino della legalità, ma questa finalità non può integrare ex se, e tantomeno esaurire, l'ambito delle più ampie e articolate valutazioni che l'Amministrazione pubblica è chiamata ad operare, essendo invece imprescindibile una compiuta comparazione tra l'interesse pubblico e quello privato, oltre alla ragionevole durata del tempo intercorso tra l'atto illegittimo e la sua rimozione*” (Tar Sardegna, sez. I, sent. 16/1/2019 n. 21), comparazione che sarebbe stata oltremodo necessaria nella fattispecie, tenuto conto che:

- il servizio risultava svolto – alla data di adozione dell'atto di autotutela – da due anni (a fronte della complessiva durata di anni tre);

- non constano (al di là di menzionate note di sollecito, non versate in atti) formali contestazioni da parte del Comune sulla correttezza dell'adempimento, anche in relazione allo specifico profilo dell'esistenza di idonea area di cantiere.

La lettura del provvedimento impugnato rivela – per contro - che l'Amministrazione ha ritenuto apoditticamente prevalente su quello privato l'interesse pubblico “atteso che si verte in materia di violazione di norme a presidio dell'ordine pubblico”.

8 - Né ad un differente esito della lite si perverrebbe qualificando il provvedimento impugnato, in conformità al *nomen iuris* indicato nell'atto stesso, in termini di revoca ex art. 21 *quinquies* l. 241/90.

Di tale istituto, infatti, come argomentato da parte ricorrente, difettano i presupposti stabiliti dalla norma, che ancora – infatti – la facoltà di revoca di un precedente atto amministrativo alternativamente alla sopravvenienza di motivi di pubblico interesse, al mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o ad una nuova valutazione

dell'interesse pubblico originario (salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici).

Siffatta classificazione si porrebbe, peraltro, in evidente contrasto con l'assunto ribadito nella memoria difensiva del Comune in base al quale la Alfa doveva essere esclusa dalla gara per mancato rispetto di quanto previsto dall'art. 13 CSA che è norma di carattere sostanziale che incide sulla par condicio dei partecipanti e dell'intera platea di potenziali concorrenti (ciò che conferma la natura di atto di annullamento della determina de qua).

8.1 - Ove, invece, si volesse porre mente alle dedotte "reiterate violazioni" relative all'individuazione di idonea area di cantiere, in base ai surriferiti arresti giurisprudenziali esse non costituirebbero comunque idonea ragione per la revoca dell'aggiudicazione, quanto – eventualmente – per il recesso dal rapporto negoziale in essere.

9 - Per le suesposte ragioni, la determina n. 25/2020 va annullata.

10 - Per quanto attiene all'esperita azione avverso il silenzio serbato dal Comune di Beta sulla diffida datata 27/9/2019 (avente ad oggetto la stipulazione del contratto), la stessa va dichiarata inammissibile, essendo l'adito Tribunale sfornito di giurisdizione sul punto.

10.1 - Alla luce delle coordinate ermeneutiche di cui si è dato conto al precedente punto 6.1, avendo le parti dato inizio all'esecuzione del rapporto, si è ormai al cospetto di un vincolo di matrice negoziale idoneo ad attrarre la controversia nell'alveo della giurisdizione ordinaria (cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, sent. 11 aprile 2016, n. 610 e sent. 26/2/18 n. 302/2018, nonché – in termini, TAR Sicilia, Catania, sez. I, sent. 6/3/2020 n. 572 e Consiglio di Stato, sent. 5498/2019 cit.).

Sul punto, recentemente, le SS.UU. della Corte di Cassazione hanno chiarito: *"2.1. – La giurisdizione del Giudice ordinario, quale giudice dei diritti, diviene pienamente operativa nella successiva fase contrattuale afferente l'esecuzione del rapporto, fase, aperta dalla stipula, nella quale si è entrati a seguito della conclusione – con l'aggiudicazione di quella pubblicistica: "in questa seconda fase, pur strettamente connessa con la precedente, e ad essa consequenziale, che ha inizio con l'incontro delle volontà delle parti per la stipulazione del contratto, e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione, infatti, i contraenti – p.a. e privato – si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto. Sicché' è proprio la costituzione di detto rapporto giuridico di diritto comune a divenire l'altro spartiacque fra le due giurisdizioni, quale primo atto appartenente a quella ordinaria, nel cui ambito rientra con la disciplina posta dagli articoli 1321 c.c. e ss.; e che perciò comprende non soltanto quella positiva sui requisiti (articoli 1325 c.c. e ss.) e gli effetti (articoli 1372 c.c. e ss.), ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute"* (Cass., S.U., n. 27169 del 2007). *Con la precisazione che ai fini del radicamento della giurisdizione del giudice ordinario non è indispensabile alla stipula del contratto tra amministrazione aggiudicatrice e appaltatrice, essendo a tal fine sufficiente che il contratto abbia avuto un principio di esecuzione (Cass., S.U., n. 6068 del 2009, che ha ritenuto idonea la consegna dei lavori)"* - sent. 25 maggio 2018, n. 13191.

Ed ancora: *"Con l'inizio concreto dei lavori (per l'avvenuta consegna urgente, in considerazione della necessità di poter disporre al più presto della struttura scolastica adeguata) le posizioni delle parti private - come descritte nella parte in fatto - non assumono profili e connotati di interesse legittimo ma si qualificano in termini di diritto soggettivo, in quanto le questioni attengono ormai alla fase "esecutiva" del rapporto con la rilevanza delle posizioni di adempimento/inadempimento*

delle obbligazioni assunte con la consegna dei lavori (sia in materia di sicurezza, sia in materia di buona esecuzione, sia in materia di obbligazione alla stipula del vincolo conseguente all'aggiudicazione –contratto)"/> TAR Sardegna, sez. II, sent. 20/6/2020 n. 316.

10.2 - Or dunque, ritenuto che – in ragione dell'anticipata esecuzione – non residui in capo alla ricorrente alcuna posizione di interesse legittimo, non resta a questo Giudice che dichiarare inammissibile – per tale parte - il ricorso.

Ed invero, “con la procedura di cui agli art. 31 e 117 c.p.a., in tema di silenzio serbato dalla P.A., sono tutelabili unicamente le pretese che rientrino nell'ambito della giurisdizione amministrativa, nel senso che le controversie sull'assetto degli interessi regolato dal mancato diniego espresso rientrano in una materia devoluta alla giurisdizione del plesso amministrativo; e siano giustiziabili, nel senso che sia ravvisabile un dovere della P.A. di provvedere (cfr. Cons Stato, sez. IV, 7 giugno 2017, n. 2751). E infatti, il rito speciale del silenzio non ha lo scopo di tutelare, come rimedio di carattere generale, la posizione del privato di fronte a qualsiasi tipo di inerzia comportamentale della P.A., bensì quello di apprestare una garanzia avverso il mancato esercizio di potestà pubbliche discrezionali, dal quale non può prescindere al fine di valutare la compatibilità con l'interesse pubblico di quello sostanziale dedotto dall'interessato (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 21 novembre 2017, n. 11489). Ed invero, la possibilità di contestare davanti al Giudice amministrativo il silenzio serbato dall'Amministrazione, costituendo uno strumento meramente processuale, non determina un'ulteriore ipotesi di giurisdizione esclusiva del plesso amministrativo, dovendosi avere riguardo, in ordine al riparto, alla natura della pretesa sostanziale cui si riferisce la dedotta inerzia amministrativa. Pertanto, anche nel caso del rito speciale instaurato per l'impugnazione del silenzio, il giudice adito dovrà preliminarmente verificare la propria giurisdizione in relazione alla natura della posizione sostanziale azionata e, se del caso, dichiarare l'inammissibilità del ricorso. E ciò, essendo un principio pacifico che il procedimento preordinato alla formazione del c.d. silenzio inadempimento è inammissibile qualora si tratti di controversie che soltanto apparentemente abbiano una situazione di inerzia, come nel caso di giudizi relativi all'accertamento di diritti soggettivi la cui eventuale lesione è direttamente accertabile dall'autorità giurisdizionale competente (cfr. Tar Campania, Napoli, sez. V, 3 febbraio 2017, n.713; idem, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2365; Tar Veneto, sez. III, 9 ottobre 2017, n. 897; Tar Umbria, 20 ottobre 2017, n. 659) - Tar Campania, Napoli, sez. I, sent. 30/7/2018, n. 5067 e, più di recente, ex multis, Tar Toscana, sez. I, sent. 30/1/2020 n. 120, Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 12/7/19 n. 4894.

11 – Il gravame va, infine, dichiarato inammissibile per la parte avente ad oggetto gli atti endoprocedimentali che hanno preceduto la determina n. 25/2019, siccome privi di autonoma lesività.

12 - La peculiarità della questione fattuale e la reciproca soccombenza inducono a compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto:

- annulla la determina n. 25/2020;

- dichiara inammissibile per carenza di interesse la domanda di annullamento degli altri atti impugnati;

- dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione la domanda ex art. 31 c.p.a.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente FF

Rosalba Giansante, Consigliere

Viviana Lenzi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Viviana Lenzi

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO