



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 della Campania**

**(Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4663 del 2016, proposto da Leno Romeo, rappresentato e difeso dall'avvocato Carmine Rianna, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via V.Arangio Ruiz n.83;

***contro***

Comune di Napoli, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Antonio Andreottola, Bruno Crimaldi, Annalisa Cuomo, Giacomo Pizza, Anna Pulcini, Bruno Ricci, Eleonora Carpentieri, Anna Ivana Furnari, Gabriele Romano, domiciliataria ex lege in Napoli, piazza Municipio;

***nei confronti***

Soc Percorsi dell'Incanto S.r.l., non costituita in giudizio;

***per l'annullamento: a) disposizione dirigenziale n° 297 del 30/8/2016, emessa dal Comune di Napoli – Direzione centrale del patrimonio – Servizio Politiche per la casa e dalla Direzione Centrale Welfare e Servizi Educativi - Servizio Giovani e Pari Opportunità, con la quale è stata approvata la graduatoria definitiva relativa alla selezione per***

***l'assegnazione in concessione d'uso a titolo oneroso dell'unità immobiliare contrassegnata dai civici 1 - 4 (ex sede della filiale del Banco di Napoli), di proprietà del Comune di Napoli, ad uso non residenziale, sita nella Galleria Principe di Napoli, nonché di ogni atto preordinato e/o successivo comunque connesso.***

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza straordinaria del giorno 26 ottobre 2021, tenuta da remoto con modalità Microsoft Teams ai sensi dell'art. 87, comma 4-bis c.p.a., aggiunto dall'art. 17, comma 7, lett. a), D.L. 9 giugno 2021, n.80, conv. in L. 6 agosto 2021, n.113, e del Decreto P.d.C.S. del 28 luglio 2021, il dott. Fabio Maffei;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.- L'odierno ricorrente ha dedotto in fatto le seguenti circostanze:

di aver presentato, in data 09/6/2016, presso l'ufficio comunale competente la domanda di partecipazione, corredata dal relativo progetto, alla selezione (indetta con disposizione dirigenziale n°. 195 del 15/4/2016) avente ad oggetto l'assegnazione in concessione d'uso a titolo oneroso dell'unità immobiliare contrassegnata dai civici 1 - 4 (ex sede della filiale del Banco di Napoli), di proprietà del Comune di Napoli, ad uso non residenziale, sita nella Galleria Principe di Napoli;

con disposizione dirigenziale n°. 256 del 05/7/2016, l'amministrazione comunale aveva approvato la graduatoria provvisoria, collocando il ricorrente al secondo posto con un punteggio di 56, laddove al primo posto si era classificata la TRUPIANO - PERCORSI DELL'INCANTO S.r.l. con il punteggio di 66;

a seguito dell'istanza presentata in data 14 luglio 2016, con nota prot. PG/2016/673617 del 23/8/2016, l'amministrazione resistente aveva comunicato al ricorrente l'avvenuto riesame delle offerte presentate da parte della commissione giudicatrice con esito invariato rispetto al primo scrutinio, avendo confermato il punteggio di 56 originariamente attribuitogli;

con la disposizione dirigenziale n°. 297 del 30/8/2016, emessa dal Comune di Napoli, Direzione Centrale del Patrimonio - Servizio Politiche per la Casa e dalla Direzione Centrale Welfare e Servizi Educativi - Servizio Giovani e Pari Opportunità, era stata approvata la graduatoria definitiva con la conseguente assegnazione della concessione alla società controinteressata.

Avverso tale ultimo provvedimento, con il presente gravame, è insorto l'odierno ricorrente articolando un triplice ordine di censure così rubricate: Violazione e falsa applicazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa e dell'art. 53 co. 6 del Cod. Appalti;

Violazione e falsa applicazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa;

Violazione e falsa applicazione della L. n°. 241 del 1990 e ss.mm.ii; difetto di istruttoria, carenza di motivazione.

Si è costituita l'amministrazione comunale insistendo per l'integrale reiezione del proposto gravame.

Respinta con ordinanza collegiale n. 1906/2016 la domanda cautelare, il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 26 ottobre 2021.

2.- Il ricorso è infondato.

3.- Priva di pregio è la prima delle articolate doglianze, con cui il ricorrente ha contestato l'operato dell'amministrazione comunale per avergli consentito un parziale accesso agli atti corredanti l'offerta presentata dalla

controinteressato, atteso il diniego oppostogli con riguardo ai depositati elaborati progettuali stante la loro asserita innovatività.

Al riguardo è sufficiente osservare in senso contrario all'assunta prospettazione censoria come, né in sede procedimentale, né a seguito della proposizione del presente gravame, il ricorrente non abbia addotto alcun elemento idoneo a comprovare l'indispensabilità della conoscenza integrale del progetto tecnico dell'aggiudicataria ai sensi dell'art. 53, comma 6 del d. lgs. n. 50 del 2016 in rapporto alle censure dedotte, emergendo così una finalità essenzialmente esplorativa sottesa all'istanza, legittimamente riscontrata in senso negativo dalla stazione appaltante, la quale aveva, peraltro, reso disponibile anche il verbale della seduta della commissione di gara recante gli elementi di analisi e di valutazione delle offerte tecniche.

Come chiarito, infatti, dall'univoca giurisprudenza anche del Giudice d'Appello, è legittimo il diniego opposto dalla stazione appaltante in ordine ad una istanza di accesso all'offerta tecnica, avanzata da un concorrente in gara, che sia motivato con riferimento al fatto che l'accedente non abbia dimostrato la sussistenza effettiva della indispensabilità degli atti e dei documenti richiesti in ostensione ai fini della difesa in giudizio. Difatti, il criterio normativo del bilanciamento dei contrapposti interessi, di cui all'art. 53, comma 6, d. lgs. n. 50 del 2016 (nella specie, da un lato, l'interesse difensivo dell'accedente e, dall'altro, il rispetto delle esigenze di tutela dei segreti tecnici e commerciali contenuti nell'offerta tecnica) richiede, da parte dell'istante, la prova dell'indispensabilità dei documenti ai quali è chiesto l'accesso, affinché possa difendersi in un determinato giudizio; il che equivale ad affermare come l'interesse difensivo all'accesso agli atti di gara debba essere verificato in concreto sulla base di una puntuale prospettazione nella specie affatto dedotta (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 21 agosto 2020, n. 5167; id. 1° luglio 2020 n. 4220).

4.- Smentita *per tabulas* è anche la fondatezza della seconda censura con cui il ricorrente ha sostenuto la violazione, da parte dell'amministrazione comunale, dei principi di pubblicità e trasparenza, non avendogli previamente comunicato la data della seduta in cui la nominata commissione avrebbe proceduto all'apertura dei plichi contenenti l'offerta. In merito osserva il Collegio che, - pur dovendosi aderire alla prospettazione attorea secondo la quale la stazione appaltante ha l'obbligo di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo delle sedute di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti, atteso che tale adempimento risulta implicitamente necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta (Tar Puglia - Bari, 7 marzo 2018, n. 294; Tar Puglia - Lecce, 4 settembre 2017, n. 1434; Cons. Stato, V, 20 settembre 2016, n. 3911) e pur dovendosi ribadire il principio (Cons. Stato, A.P., 31 luglio 2012, n. 31), secondo cui la pubblicità della seduta di apertura dei plichi, funzionale a garantire che l'ingresso dei documenti di gara avvenga correttamente, è garanzia di par condicio nell'applicazione delle regole di gara, tant'è che non è richiesto che sia provata, in concreto, la violazione dell'integrità dei plichi o la manipolazione del loro contenuto (Cons. Stato, 7 giugno 2013, n. 3135T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, sentenza n. 665 del 15 ottobre 2018) -, si deve evidenziare come l'art. 8 dell'avviso pubblico del 15 aprile 2016 espressamente aveva previsto, quale modalità di comunicazione dell'avvio dei lavori della commissione, la pubblicazione sul suo sito istituzionale dell'ente.

Inoltre, il ricorrente, come documentato in atti (vedi domanda di partecipazione), aveva accettato, con la sottoscrizione della domanda di partecipazione alla gara *de qua*, la clausola secondo cui tutte le comunicazioni della procedura sarebbero avvenute con la relativa pubblicazione sul sito web dell'ente concedente.

Pertanto, il ricorrente, con la sottoscrizione di detto modulo, prodotto in atti, si era auto-vincolato all'accettazione di detta modalità di comunicazione della seduta di gara, relativamente all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche. Per tale ragione era suo onere monitorare il sito web della stazione concedente al fine di accertare la data e l'ora del suo svolgimento.

Di contro, parte ricorrente ha genericamente lamentato la mancata comunicazione individuale della data della seduta, non deducendo di aver monitorato il sito dell'ente concedente senza essere venuta a conoscenza, nonostante tale adempimento, della seduta *de qua* a causa della mancata pubblicazione nei giorni immediatamente antecedenti al suo svolgimento.

Né a tal riguardo può sostenersi che sarebbe stato onere della stazione concedente dimostrare l'avvenuta pubblicazione dell'avviso in data antecedente della seduta medesima.

Ciò in quanto un onere in tale senso atteggiato, che peraltro assurgerebbe ex post ad una probatio diabolica, avrebbe potuto configurarsi soltanto a fronte di una specifica censura della parte ricorrente - da formularsi tempestivamente nei termini di decadenza della conoscenza dell'avvenuta aggiudicazione - che lamentasse la mancata pubblicazione della seduta sul sito web - laddove per contro parte ricorrente non ha formulato detta censura, essendosi limitata a dedurre la mancata comunicazione personale della data della seduta dedicata dalla commissione all'apertura delle offerte.

Per le sovraesposte ragioni, anche la seconda censura non coglie nel segno;

5.- Infine, deve essere respinto anche l'ultimo dei sollevati motivi di doglianza con cui il ricorrente ha lamentato che la commissione giudicatrice, pur avendo accolta la sua istanza di riesame, non aveva proceduto alla valutazione comparativa delle offerte presentate da entrambe le offerenti.

In realtà, come emerge *ex actis* dalla disamina del verbale della seduta del 22 agosto 2016, la Commissione giudicatrice aveva riesaminato le posizioni di entrambe le partecipanti, motivando la conferma del punteggio originariamente attribuito alla luce dei singoli criteri valutativi predeterminati nell'avviso pubblico.

Tanto acclarato, va richiamato il principio secondo cui nelle gare pubbliche, di norma, è inammissibile una contestazione delle valutazioni operate dalla Commissione di gara volta a sollecitare l'esercizio di un sindacato di merito sull'attribuzione del punteggio alle offerte tecniche, salvo che queste non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su un palese e manifesto travisamento dei fatti (cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 20.11.2019, n. 2040; Consiglio di Stato, Sez. III, 25.11.2016, n. 4990; Consiglio di Stato, Sez. IV 26.8.2016, n. 3701; Sez. V, 29.7.2019, n. 5308 e 26.5.2015, n. 2615). In altri termini, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di attribuzione del punteggio nell'ambito del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa è circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della natura tecnico-discrezionale di tale attività, cosicché gli apprezzamenti compiuti dalla Commissione di gara non possono essere sostituiti da valutazioni di parte.

Nel caso di specie, alcuna deduzione è stata specificamente sollevata dal ricorrente allo specifico scopo di stigmatizzare valutazioni manifestamente irragionevoli o abnormi o inficiate da errori di fatto gravi ed evidenti compiuti dal seggio di gara.

Conclusivamente, alla luce di tutte le superiori argomentazioni, il gravame deve essere respinto.

6.- Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge;

condanna il ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi euro 3000,00 (tremila/00), oltre oneri accessori.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2021, tenuta da remoto con modalità Microsoft Teams, con l'intervento dei magistrati:

Pierluigi Russo, Presidente FF

Diana Caminiti, Consigliere

Fabio Maffei, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Fabio Maffei**

**IL PRESIDENTE**

**Pierluigi Russo**

**IL SEGRETARIO**