

N. 00088/2013REG.PROV.COLL.
N. 06176/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 6176 del 2011, proposto dalla Caronte s.a.s. di Salomone Giuseppe e C., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria della costituenda associazione temporanea di imprese (A.T.I.) con La Gardenia s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Guido Gabriele ed Ezio Maria Zuppari, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Nostra Signora di Lourdes 25;

contro

Comune di Casalnuovo di Napoli, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Di Prisco, con domicilio eletto presso Angelo Bonito in Roma, via Marco Papio 15;

nei confronti di

Attima Service Soc. Coop., rappresentata e difesa dall'avv. Giorgio Fregni, con domicilio eletto presso Francesca Marziale in Roma, in persona del legale rappresentante in carica, via G. Antonelli 50;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE I, n. 3239/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO DEL SERVIZIO DI GESTIONE DEI SERVIZI CIMITERIALI DI DURATA TRIENNALE IN FAVORE DELLA ATTIMA SERVICE SOC. COOP. – MCP.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Casalnuovo di Napoli e della Attima Service Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2012 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati P. Videtta su delega di G. Guido e E.M. Zuppardi, M. Pozzi su delega di G. Fregni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Caronte s.a.s. di Salomone Giuseppe e C., avendo preso parte, in costituenda A.T.I. con La Gardenia s.r.l., alla procedura aperta indetta dal Comune di Casalnuovo di Napoli, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della gestione integrata dei servizi cimiteriali per la durata di tre anni, classificandosi all'esito al quinto posto della graduatoria finale ma con il miglior punteggio per l'offerta economica, impugnava dinanzi al T.A.R. per la Campania, in sintesi:

a) la determinazione del Comune n. 68 del 24 marzo 2011 di aggiudicazione definitiva del servizio in favore della Attima Service Soc. Coop.;

b) l'art. 3 del capitolato speciale d'appalto, approvato con determinazione del Comune n. 36 del 26 aprile 2010, nella parte recante la formula matematica di calcolo per la determinazione del punteggio dell'offerta

economica;

d) il verbale di gara n. 8 del 16 novembre 2010, con il quale la commissione giudicatrice aveva disposto di riconvocare le imprese partecipanti per operare un ricalcolo dei punteggi relativi all'offerta economica, ed il successivo verbale n. 9 del 24 novembre 2010, con cui la stessa commissione, ricalcolati i punteggi, aveva dichiarato aggiudicataria provvisoria la Attima Service Soc. Coop..

La ricorrente, che si doleva essenzialmente della formula matematica adottata dal Comune ai fini della determinazione del punteggio delle offerte economiche, in ragione degli effetti di appiattimento che la stessa avrebbe determinato, domandava altresì la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente concluso tra il Comune e l'aggiudicataria, con il proprio contestuale subentro nel rapporto contrattuale.

Resistevano al gravame l'Amministrazione intimata e la controinteressata.

Il Tribunale adito, con la sentenza n. 3239/2011 in epigrafe, emessa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 C.P.A., prescindeva dallo scrutinio delle eccezioni di rito formulate dalle difese delle controparti intimite, dichiarando il ricorso infondato nel merito. Il T.A.R. riteneva, in definitiva, che l'Amministrazione avesse fatto un incensurabile esercizio della propria discrezionalità nel definire le regole di gara, e respingeva pertanto l'impugnativa.

Da qui l'appello della stessa ricorrente (di seguito, la CARONTE) dinanzi alla Sezione avverso tale pronuncia, che veniva contestata mediante la riproposizione delle doglianze di fondo della società.

Il Comune si costituiva in giudizio in resistenza all'appello, reiterando le proprie eccezioni di inammissibilità del gravame avversario per carenza di interesse e tardività e deducendone, comunque, anche l'infondatezza nel merito.

Resisteva analogamente all'appello anche l'aggiudicataria.

Nel frattempo, con deliberazione del 27 luglio 2011 la durata dell'appalto veniva rideterminata in mesi diciotto, ed il successivo 25 agosto 2011 il relativo contratto tra il Comune e la Attima Service soc. coop. veniva stipulato con scadenza al 31 gennaio 2013.

La CARONTE, con successiva memoria, riprendeva e sviluppava le proprie argomentazioni e censure, ed insisteva per l'accoglimento dell'impugnativa. La controinteressata Attima Service, dal canto suo, con memoria di replica insisteva per la reiezione dell'appello.

Alla pubblica udienza del 16 novembre 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

La Sezione ritiene fondata l'eccezione preliminare di carenza di interesse ad agire originariamente opposta dalle difese intime, non trattata dal primo Giudice, ed in questa sede riproposta dalla difesa municipale (senza trovare repliche *ex adverso*).

Occorre innanzitutto osservare che le domande giudiziali proposte dalla ricorrente non sono intese ad ottenere un'integrale caducazione della gara, bensì, specificamente, l'annullamento della sola aggiudicazione alla controinteressata, con il subentro della stessa CARONTE nel relativo contratto (come è confermato anche dal fatto che negli atti di parte l'ipotesi di un annullamento integrale della procedura non viene mai neppure menzionata; che la ricorrente contrappone rigidamente alla formula matematica nello specifico impiegata, da essa contestata, formule diverse che le avrebbero dato, a suo dire, la vittoria della gara; che, infine, a sostegno della sua domanda cautelare essa adduce l'importanza dell'appalto nella sua economia d'impresa).

Tanto premesso, la difesa dell'Amministrazione, dopo aver ricordato che all'esito della procedura la CARONTE si era collocata al quinto posto della graduatoria, fa notare come la stessa non abbia fornito ragioni atte a far ritenere che essa possa superare la "prova di resistenza" pervenendo al

primo posto, e conseguendo così l'aggiudicazione del servizio.

L'impostazione della ricorrente, invero, nel contestare – pur non senza una certa incisività - la legittimità della formula matematica adottata dall'Amministrazione per il calcolo del punteggio da attribuire alle offerte economiche delle concorrenti, pretenderebbe di sostituire senz'altro la medesima con una formula diversa (e strettamente proporzionale), tale da attribuirle la vittoria della procedura.

Il punto è, però, che alle Pubbliche Amministrazioni spetta, come è noto, una sicura discrezionalità nella definizione della formula per la valutazione delle offerte economiche (cfr. ad es. C.d.S., V, 20 dicembre 2011, n. 6696; 18 ottobre 2011 n. 5583; 9 marzo 2009, n. 1368), come anche la stessa ricorrente incidentalmente riconosce (memoria del 31 ottobre 2012, pag. 6).

La scelta del criterio valutativo da applicare per l'assegnazione del punteggio all'offerta economica, proprio perché si versa sul piano della discrezionalità, è sindacabile dal Giudice amministrativo solo nel caso di manifesta illogicità o travisamento (V, 25 gennaio 2012, n. 328; n. 5196 del 28 settembre 2005; sez. VI, n. 3404 del 3 giugno 2009): ed il relativo punteggio può essere graduato indifferentemente secondo criteri di proporzionalità o di progressività, purché il criterio prescelto sia reso trasparente ed intelligibile (consentendo così ai concorrenti di calibrare la propria offerta), e non pervenga al risultato paradossale di assegnare il maggior punteggio complessivo ad un'offerta economica più elevata di altre (V, 25 gennaio 2012, n. 328; 6 luglio 2010, n. 4314).

Come ha ben detto, dunque, la difesa pubblica in primo grado, quand'anche dovesse essere confermato il punteggio massimo all'offerta economica della CARONTE, autrice del massimo ribasso, oggettivamente, tuttavia, *“non si saprebbe quale criterio applicare per assegnare alle altre concorrenti il punteggio relativo all'offerta economica.”*

E va da sé che la relativa scelta discrezionale competerebbe

all'Amministrazione, cui l'appellante non ha titolo a sostituirsi per la bisogna.

Di conseguenza, anche ove potessero essere ipoteticamente accolte le critiche svolte dalla ricorrente sugli effetti distorsivi e di irragionevole appiattimento propri della formula nello specifico applicata, comunque non ne sortirebbe l'invocato riconoscimento del titolo della CARONTE all'aggiudicazione.

Né potrebbe pretendersi dall'Amministrazione, ormai consapevole dei contenuti delle offerte tecniche ed economiche delle concorrenti, l'adozione con effetti retroattivi di una formula matematica sostitutiva di quella in ipotesi annullata in sede giurisdizionale.

Per tutto quanto precede, in definitiva, stante la discrezionalità amministrativa esistente, la ricorrente non potrebbe in alcun modo conseguire, quale effetto di un ipotetico scrutinio favorevole delle sue censure, il riconoscimento del suo diritto all'aggiudicazione in luogo della controinteressata. Da un vaglio favorevole delle sue doglianze potrebbe scaturire soltanto una caducazione integrale della procedura, che tuttavia esula dal *petitum* dell'azione *sub iudice*. Donde la sua carenza di interesse all'impugnativa.

In conclusione, poiché deve essere dichiarato inammissibile il ricorso di prime cure, l'appello va respinto.

Si ravvisano, tuttavia, ragioni tali da giustificare la compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese processuali del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 16 novembre

2012 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/01/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)