



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**

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.  
sul ricorso numero di registro generale 3411 del 2013, proposto dalla società Publisys s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Gerardo Pedota, con domicilio eletto presso Marco Gardin in Roma, via L. Mantegazza n. 24;

***contro***

Babele s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Gabriele e Ezio Maria Zuppari, con domicilio eletto presso Studio Titomanlio in Roma, via Terenzio n. 7;

***nei confronti di***

Comune di Scafati, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. per la Campania – Sede staccata di Salerno - Sezione II, n. 835 del 15 aprile 2013, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di

progettazione, implementazione, realizzazione e fornitura del sistema di urbanistica digitale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Babele e del Comune di Scafati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2013 il Cons. Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Pedota, Gabriele e Lentini;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Preso atto che:

a) l'oggetto del presente giudizio è costituito dagli atti della gara indetta dal comune di Scafati per la gestione del servizio complesso di progettazione, implementazione, realizzazione e fornitura del sistema di urbanistica digitale, aggiudicata alla ditta Publisys s.p.a.;

b) l'impugnata sentenza ha accolto l'unico motivo articolato dalla società Babele – 2° classificata - nella parte in cui (pagine 5 – 12 del ricorso di primo grado):

I) ha censurato la manifesta irragionevolezza del metodo di calcolo utilizzato dalla stazione appaltante che avrebbe del tutto appiattito il punteggio attribuibile alla parte economica dell'offerta;

II) ha dedotto il contrasto della formula matematica prescelta dalla stazione appaltante, con l'allegato P. del d.P.R. n. 207 del 2010 recante il regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici;

Ritenuto, circa l'ambito della discrezionalità esercitabile dalla stazione appaltante nell'individuare i criteri e sub criteri (con i relativi punteggi) indispensabili per selezionare l'offerta economicamente più vantaggiosa, la natura delle posizioni soggettive coinvolte e il sindacato esercitabile dal giudice amministrativo su tali scelte nell'ambito del quadro ordinamentale e processuale nazionale, che il collegio non intende decampare dai consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza (cfr. Cons. St., sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978; sez. V, 10 gennaio 2013, n. 88; sez. V, 27 giugno 2012, n. 3781, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co. 1, 88, co. 2, lett. d), e 120, co. 10, c.p.a.), in forza dei quali:

a) nelle gare pubbliche, la formula da utilizzare per la valutazione dell'offerta economica può essere scelta dall'amministrazione con ampia discrezionalità e di conseguenza la stazione appaltante dispone di ampi margini nella determinazione dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nonché nella individuazione delle formule matematiche;

b) nella scelta dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono connaturati i seguenti limiti:

I) i criteri devono essere coerenti, con le prestazioni che formano oggetto specifico dell'appalto e essere pertinenti alla natura, all'oggetto e al contenuto del contratto;

II) in base all'art. 83, co. 1, d.lgs. 163/2006, il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa impone alla stazione appaltante di determinare nella legge di gara i criteri di valutazione dell'offerta «pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto»;

III) una volta optato per un determinato sistema (quale l'offerta economicamente più vantaggiosa) il quale riconosce adeguato rilievo alla componente-prezzo nell'ambito della dinamica complessiva dell'offerta, è poi illegittimo l'operato dell'amministrazione la quale fissi regole di gara tali da annullare il rilievo

dell'offerta economica nell'economia complessiva dei fattori idonei a determinare l'aggiudicazione;

c) le posizioni soggettive delle imprese coinvolte nella procedura sono pacificamente qualificabili in termini di interesse legittimo ed è altrettanto assodato che le relative controversie non rientrano nel novero delle tassative ed eccezionali ipotesi di giurisdizione di merito sancite oggi dall'art. 134 c.p.a. (cfr., sotto l'egida della precedente normativa, identica in parte qua, Cons. St., ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1);

d) il sindacato giurisdizionale nei confronti di tali scelte, tipica espressione di discrezionalità tecnico-amministrativa, è consentito unicamente in casi di abnormità, sviamento e manifesta illogicità; premesso che a seguito della storica decisione di questo Consiglio (cfr. sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601), è pacifico che il controllo sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione possa svolgersi attraverso la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni compiute da quest'ultima, sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo, è necessario precisare che tale riscontro esigibile dal giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali deve essere svolto *extrinsecus*, nei limiti della rilevabilità *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non alla sostituzione dell'amministrazione; la sostituzione, da parte del giudice amministrativo, della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità dell'amministrazione costituisce ipotesi di sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla p.a., quand'anche l'eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto; in base al principio di separazione dei poteri sotteso al nostro ordinamento costituzionale, solo l'amministrazione è in grado di apprezzare, in via

immediata e diretta, l'interesse pubblico affidato dalla legge alle sue cure, conseguentemente, il sindacato sulla motivazione delle valutazioni discrezionali:

I) deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto acquisiti;

II) non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa;

III) deve tenere distinti i profili meramente accertativi da quelli valutativi (a più alto tasso di opinabilità) rimessi all'organo amministrativo, potendo esercitare più penetranti controlli, anche mediante c.t.u. o verifica, solo avuto riguardo ai primi.

Rilevato, pertanto, in conclusione ed in estrema sintesi (a mente dell'art. 120, co. 10, c.p.a.), sulla scorta dei suesposti principi e delle risultanze documentali in atti, che:

a) la stazione appaltante non era vincolata a utilizzare una particolare formula matematica;

b) la scelta concreta della stazione appaltante non si manifesta abnorme specie se vagliata alla luce della natura e dello scopo del servizio richiesto nonché del differenziale dei punteggi in concreto assegnati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado;

b) dichiara integralmente compensate fra le parti le spese di ambedue i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/06/2013

IL SEGRETARIO

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