

N. 06018/2014REG.PROV.COLL.

N. 06695/2014 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 6695 del 2014, proposto da: CPL Concordia Soc. Coop., in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Pierluigi Piselli e Amerigo Penta, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, Via G. Mercalli n. 13;

contro

Hera s.p.a., in persona del procuratore speciale *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Aristide Police e Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, piazza Adriana, n. 20;

nei confronti di

Cooperativa Edile Appennino a r.l., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Euroservice Impianti s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Sanino e Domenico Fata, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, viale Parioli n. 180;  
Betoncat s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per l'Emilia-Romagna – Bologna - Sezione I, n. 666 del 20 giugno 2014.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Hera s.p.a. e della Cooperativa Edile Appennino a r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2014 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Penta, Police, Sanino e Fata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

**FATTO e DIRITTO**

1.- La s.p.a. Hera ha indetto una procedura negoziata, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta più vantaggiosa, per prestazioni di servizi relativi ad attività di supporto al pronto intervento diurno e notturno, feriale e festivo, per la manutenzione delle reti, per il ripristino degli allacciamenti ed accessori nei settori merceologici gas e teleriscaldamento, per la durata di un anno, con possibilità di rinnovo per ulteriori due anni.

2.- La CPL Concordia Soc. Coop., che ha partecipato alla gara relativamente al lotto n. 1, classificandosi al terzo posto dopo la aggiudicataria Cooperativa Edile Appennino a r.l. e la Betoncat s.p.a., ha impugnato presso il T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, il provvedimento di aggiudicazione e gli atti connessi.

3.- Il T.A.R. con la sentenza in epigrafe indicata ha riconosciuto infondato il primo motivo di gravame ed inammissibile il secondo, respingendo il ricorso.

4.- Con il ricorso in appello in esame la CPL Concordia Soc. Coop. ha chiesto la riforma di detta sentenza, nonché la declaratoria di inefficacia del contratto medio termine concluso ed il risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente, deducendo i seguenti motivi:

1) *Error in iudicando*: Sul mancato rispetto del principio di pubblicità delle sedute di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del d. lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 117 e 120 del d.P.R. n. 207 del 2010 e dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa ex art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto.

La procedura *de qua* non sarebbe un'asta elettronica (perché non soddisfa alcuno dei parametri previsti dall'art. 85 del d. lgs. n. 163 del 2006), ma sarebbe solo una procedura negoziata con invio delle offerte in formato elettronico, sicché avrebbe dovuto essere applicato il principio di pubblicità delle sedute.

2) *Error in iudicando*: sulla modifica dei criteri tecnici previsti dalla lettera di invito da parte della Commissione giudicatrice. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 1 del d. lgs. n. 152 del 2008. Eccesso di potere per violazione dei principi di *par condicio*, trasparenza, pubblicità, imparzialità concorrenza e buon andamento dell'azione amministrativa ex art. 97 della Costituzione, nonché per difetto istruttorio.

La Commissione in seduta privata e dopo l'apertura delle offerte avrebbe illegittimamente adottato un metodo di valutazione di alcuni dei sottocriteri di aggiudicazione dell'offerta tecnica tale da comportare una differente attribuzione dei punteggi tecnici rispetto a quanto previsto dalla lettera di invito.

3) Istanza risarcimento danni: E' stata chiesta la condanna Hera s.p.a. all'indizione di una nuova procedura di affidamento, disponendo la caducazione del contratto e del suo eventuale rinnovo. In subordine è stato chiesto il ristoro per equivalente, quantificando il risarcimento da perdita di chance nel 10% dell'importo offerto in sede di gara (pari ad € 283.320,00), oltre a danno curriculare, ammontante al 5% dell'importo offerto (pari ad € 141.660,00), ed alle spese sostenute dalla appellante per la preparazione della gara (ammontanti a complessivi € 190,00); in ulteriore subordine è stata chiesta la perdita di *chance* calcolata nel 5% dell'importo offerto. Il tutto oltre ad interessi, rivalutazione e danno da ritardo.

5.- Con memoria depositata il 22 agosto 2014 si è costituita in giudizio la Hera s.p.a., che ha dedotto l'infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

6.- Con memoria depositata il 22 agosto 2014 si è costituita in giudizio la Cooperativa Edile Appennino, in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Euroservice Impianti s.r.l., che ha dedotto l'infondatezza del gravame, concludendo per la reiezione.

7.- Con memorie depositate il 17 ottobre 2014 le parti hanno sostanzialmente ribadito tesi e richieste.

8.- Con memoria depositata il 23 ottobre 2014 la Cooperativa Edile Appennino ha replicato alle avverse difese.

9.- Con memorie depositate il 24 ottobre 2014 la CPL Concordia Soc. Coop. e la Hera s.p.a. hanno a loro volta replicato alle avverse deduzioni ed argomentazioni.

10.- Alla pubblica udienza del 4 novembre 2014 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

11.- L'appello è infondato.

12.- Con il primo motivo di gravame è stato dedotto che il T.A.R. ha ritenuto che la riservatezza delle sedute sia un principio desumibile dall'art. 85, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006 e che sia applicabile a tutte le procedure elettroniche – telematiche, con inapplicabilità del principio di pubblicità delle sedute perché la particolare procedura rende tracciabile e stabile la documentazione di gara.

Ma la procedura di cui trattasi sarebbe stata una procedura negoziata che prevedeva il solo invio della documentazione in formato elettronico e non una vera e propria procedura elettronica telematica; unico elemento elettronico sarebbe stata la fase di presentazione delle offerte ex artt. 74 e 77 del d. lgs. n. 163 del 2006, mentre la procedura negoziata si sarebbe svolta con le stesse modalità delle altre procedura negoziate, con un unico rilancio.

La tesi che la sola tracciabilità della documentazione offerta mediante invio in formato elettronico potesse soddisfare i principi di pubblicità e trasparenza di cui all'art. 2 del d. lgs. n. 163 del 2006 sarebbe smentita dai principi affermati con la sentenza della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 31 del 2012, secondo cui il principio di pubblicità non è confinato alla mera garanzia della tracciabilità delle offerte, e, in quanto corollario del principio generale di trasparenza, ad esso dovrebbe essere assicurata la massima latitudine (in conformità ai principi di cui alla direttiva 2004/18/CE, all'art. 3). Da ciò deriverebbe che le deroghe a tale principio dovrebbero essere espressamente previste.

Nel caso di procedura prevista con sedute tutte riservate non vi potrebbe neppure essere certezza, per ipotesi, che la Commissione abbia proceduto ad esaminare prima le offerte tecniche e poi quelle economiche o che non abbia stilato la graduatoria delle offerte tecniche dopo l'apertura delle offerte economiche.

Peraltro nel caso di specie in seduta riservata sarebbe stata proposta una interpretazione dei criteri di valutazione tecnica tale da aver inciso sull'attribuzione dei punteggi.

Posto che l'art. 85 comma 7, del d. lgs. n. 163 del 2006 è applicabile alle sole aste elettroniche [e le ragioni della deroga al principio di pubblicità risiederebbero nel particolare iter procedurale che le caratterizza, perché nella seconda fase dell'asta (relativa al miglioramento delle offerte) è assicurata la massima trasparenza, essendo garantita, tramite il dispositivo elettronico, la possibilità di conoscere la propria posizione in graduatoria per poter migliorare l'offerta] la procedura *de qua* non potrebbe essere considerata una vera e propria asta elettronica, dal momento che non soddisferebbe alcuno dei parametri previsti da detto art. 85 del d. lgs. n. 163 del 2006 (valutazione delle offerte automatica mediante un mezzo elettronico, invito simultaneo per via elettronica a presentare nuovi prezzi o nuovi valori con indicazione di ora, data e tempo d'asta); essa sarebbe solo una procedura negoziata con invio delle offerte in formato elettronico.

Ciò posto sarebbe ininfluente la circostanza che la lettera di invito aveva previsto che l'apertura delle offerte dovesse avvenire in forma privata, in quanto la relativa disposizione (peraltro impugnata) non poteva giustificare l'operato della Commissione, che avrebbe dovuto ad essa derogare per rimediare ad una previsione contraria alla legge. Peraltro essa disposizione si riferirebbe alla sola apertura delle offerte e non alle ulteriori fasi di lettura dei punteggi tecnici, economici e di aggiudicazione provvisoria, che, in assenza di indicazioni della *lex specialis*, avrebbero dovuto invece essere svolte in seduta pubblica.

12.1.- Va osservato in proposito che il T.A.R. ha sostenuto che la lettera di invito alla gara di cui trattasi faceva riferimento a buste chiuse elettroniche e che comunque essa si è svolta, sulla base del regolamento interno della Hera s.p.a., in forma telematico elettronica, con applicabilità del principio di cui all'art. 85, comma 7, del d. lgs. n. 163 del 2006, per il quale, nelle aste di tipo elettronico, sono ammesse in seduta riservata, oltre alla fase di apertura delle buste, anche le successive operazioni.

Ritiene il Collegio che le sopra riportate censure formulate dalla appellante società a dette tesi, nel principale e sostanziale assunto che quella di specie non sarebbe stata una vera e propria procedura elettronica telematica ma una procedura negoziata che prevedeva il solo invio della documentazione in formato elettronico, siano indivisibili.

Invero il bando di gara, a pagina 8 [avviso di gara, punto IV.2.2)], qualifica espressamente la procedura come un'asta elettronica, prevista dall'art. 3, n. 15, del d. lgs. n. 163 del 2006 e riguardo alla quale l'art. 85, comma 3, dello stesso d. lgs. stabilisce quando può essere utilizzata.

Al riguardo l'appello, dopo aver indicato in epigrafe tra gli atti impugnati il bando "*nella parte in cui viene indicato il ricorso all'asta elettronica*", ha affermato che esso non conteneva alcun riferimento alle norme e alla procedura dell'asta elettronica e non prevedeva alcun sistema di attribuzione automatica del punteggio tecnico ed economico, sicché la procedura sarebbe stata qualificabile come negoziata, caratterizzata dal solo invio della documentazione in formato elettronico.

Tali tesi non sono condivisibili innanzi tutto perché, una volta qualificata la procedura *de qua* come un'asta elettronica, non era necessaria alcuna indicazione espressa delle norme che la prevedono e comunque perché quello di specie è consistito proprio in un procedimento basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, dopo una prima valutazione completa delle offerte, classificate mediante un trattamento automatico (come previsto da detto art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, per le aste elettroniche), con formazione di una graduatoria prima dell'ultimo rilancio, che ha comportato una automatica definizione della graduatoria.

Era quindi applicabile alla procedura di cui trattasi il comma 7 di detto articolo 85, che prevede che "*Prima di procedere all'asta elettronica, le stazioni appaltanti effettuano, in seduta riservata, una prima valutazione completa delle offerte pervenute con le modalità stabilite nel bando di gara e in conformità al criterio di aggiudicazione prescelto e alla relativa ponderazione*".

Peraltro detto art. 85, al comma 13, stabilisce che per l'acquisto di beni e servizi, alle condizioni di cui al comma 3, le stazioni appaltanti possono stabilire di ricorrere a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici, disciplinate con il regolamento nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice.

In base a tali disposizioni per le procedure telematiche valgono le stesse norme previste per le aste elettroniche ed è quindi ad esse applicabile anche detto comma 7 del più volte citato art. 85 (in base al quale le stazioni appaltanti effettuano la prima valutazione delle offerte pervenute in forma riservata). L'art. 295 del d.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce infatti che *“Le stazioni appaltanti possono stabilire che l'aggiudicazione di una procedura interamente gestita con sistemi telematici avvenga con la presentazione di un'unica offerta ovvero attraverso un'asta elettronica alle condizioni e secondo le modalità di cui all'articolo 85 del codice”*, confermando che detta norma, e quindi anche il suo comma 7, è applicabile alle procedure telematiche.

Quindi la procedura di cui trattasi è stata legittimamente svolta in forma riservata, quand'anche venisse qualificata come telematica.

Lo svolgimento in seduta riservata delle operazioni di gara sia per le aste elettroniche che per le procedure telematiche è infatti giustificato dalla particolarità della procedura, che consente una piena tracciabilità delle operazioni, nonché dalla natura essenzialmente quantitativa e vincolata dei criteri di valutazione, dovendo la Commissione valutare se le caratteristiche tecniche delle offerte siano coerenti con le previsioni di gara e poi attribuire il punteggio previsto, e dalla segretezza dell'identità dei candidati fino all'ultima offerta.

Dette modalità sono idonee a soddisfare l'interesse pubblico alla trasparenza ed imparzialità che devono caratterizzare le procedure di gara pubbliche (Consiglio di Stato, sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5377), nel rispetto dei principi di tutela della *par condicio* che sono tesi a tutelare i principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio 31 luglio 2012, n. 31.

Del resto, secondo condivisibile giurisprudenza (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 14 febbraio 2014, n. 1835), le modalità di svolgimento dell'asta elettronica potrebbe presentare rischi di alterazione del confronto concorrenziale, qualora gli offerenti potessero comunicare tra loro nel corso della speciale procedura; conseguentemente, qualora non fosse assicurata una adeguata riservatezza, sussisterebbe la possibilità di accordi non consentiti, sicché la circostanza che la prima valutazione completa delle offerte pervenute abbia luogo in seduta riservata, consente di introdurre dei momenti di segretezza, ulteriori rispetto a quelli riguardanti altre procedure, nelle quali le offerte sono immutabili a seguito dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta tecnica.

Va in particolare rilevato che, nella specie, l'avviso di gara prevedeva, al punto III.2) “Condizioni di partecipazione”, che le imprese interessate avrebbero dovuto avvalersi del portale di *“e-Procurement”* del Gruppo Hera e, al punto VI.3), lettera c), che le domande di partecipazione, unitamente alla documentazione richiesta, avrebbero dovuto essere fatte pervenire mediante caricamento sul sistema informatico del Gruppo.

Il *“Regolamento e-Procurement”* del Gruppo Hera, all'art. 3, definisce quale gara telematica la procedura di scelta attuata in via elettronica, all'art. 7 indica tra le tipologie di gare da effettuare mediante procedura telematica le aste elettroniche (qualificate gare condotte con modalità *“on line in real time”* e mediante comunicazione immediata al fornitore dello stato di aggiudicazione) e, al punto 7.8, stabilisce che *“La negoziazione avverrà di norma su piattaforma SAP-SRM, secondo la medesima modalità e garanzie di segretezza e sicurezza già assicurate in fase di prima offerta”*; sostanzialmente esso Regolamento prevede quindi la procedura riservata di valutazione delle offerte sia per l'asta elettronica che per la procedura telematica.

Il *“Regolamento e-Procurement”* ed il *“regolamento contratti pubblici”* del Gruppo Hera sono stati impugnati dalla CPL Concordia Soc. Coop. sia in primo che in secondo grado solo *“qualora dovessero essere derogatori alla disciplina in materia di pubblicità delle sedute della Commissione giudicatrice e delle modalità di individuazione dei criteri di valutazione delle offerte prevista, quest'ultima, dall'art. 83, co. 4, del d. lvo n. 163/2006”*.

Tale generica impugnazione non è tuttavia ritenuta dal Collegio idonea ad inficiare dette specifiche determinazioni contenute nel *“Regolamento e- Procurement”*, non oggetto di puntuali censure.

Le considerazioni che precedono escludono anche che la Commissione di gara avrebbe dovuto derogare alle prescrizioni contenute nella lettera di invito a pagina 21, per rimediare ad una previsione contraria alla legge.

Né può ritenersi che la disposizione che prevede l'apertura in forma riservata delle offerte si riferisse solo a questa e non alle ulteriori fasi di lettura dei punteggi tecnici, economici e di aggiudicazione provvisoria, atteso che né la lettera di invito, né l'avviso di gara, espressamente lo prevedono e comunque, per le considerazioni in precedenza espresse circa la particolarità della procedura *de qua*, che consente una piena tracciabilità delle operazioni e dalla natura essenzialmente quantitativa e vincolata dei criteri di valutazione, la pubblicità delle procedure di gara sarebbe stata non necessaria ad assicurare il rispetto dei principi di tutela della *par condicio* cui è sottesa e, ipoteticamente, per le considerazioni in precedenza espresse, addirittura controproducente.

Quanto alla tesi dell'appellante che lo svolgimento della gara in forma riservata comporterebbe dubbi sulle circostanze che la Commissione abbia proceduto ad esaminare prima le offerte tecniche e poi quelle economiche o che non abbia stilato la graduatoria delle offerte tecniche dopo l'apertura delle offerte economiche, va osservato che la lettera di invito, a pagina 21, con riguardo alle modalità di svolgimento della gara, prescriveva che dopo l'apertura delle offerte in seduta privata la Commissione avrebbe dovuto procedere alla valutazione delle offerte aprendo in primo luogo la busta chiusa elettronica denominata "documentazione amministrativa" e poi la busta chiusa elettronica denominata "documentazione tecnica" e, al termine della valutazione tecnica ed attribuzione del relativo punteggio, avrebbe dovuto procedere all'apertura della busta chiusa elettronica denominata "documentazione economica" e all'attribuzione del relativo punteggio.

Non è quindi ipotizzabile alcun dubbio circa la possibilità che la Commissione di Gara abbia commesso le paventate irregolarità, in assenza di prova che essa abbia violato le specifiche previsioni di gara sopra riportate.

13.- Con il secondo motivo d'appello è stato dedotto che con la seconda censura formulata con il ricorso introduttivo del giudizio era stata dedotta violazione dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, che prevede che sia soltanto la *lex specialis* ad indicare i criteri di aggiudicazione, in quanto la Commissione in seduta privata e dopo l'apertura delle offerte avrebbe adottato un metodo di valutazione per alcuni dei sottocriteri di aggiudicazione dell'offerta tecnica tale da comportare una differente attribuzione dei punteggi tecnici rispetto a quanto previsto dalla lettera di invito.

Il T.A.R. ha dichiarato inammissibile il motivo in quanto la ricorrente avrebbe dovuto dimostrare che, qualora la Commissione non avesse apportato modifiche ai criteri, la stessa sarebbe risultata aggiudicataria.

La tesi sarebbe incontestabile perché la prova di resistenza non è pertinente qualora, come con la doglianza di cui trattasi (tesa a dimostrare la presenza di un vizio procedimentale che di fatto avrebbe comportato un'alterazione delle regole di gara in merito alla presentazione e valutazione delle offerte tecniche), vengono spiegati motivi di impugnazione relativi a vizi del procedimento che comportino la rinnovazione della procedura di affidamento.

La decisione della Commissione avrebbe infatti avuto ripercussioni tali sull'attribuzione dei punteggi tecnici che, se fossero stati noti gli elementi introdotti, avrebbero comportato la presentazione di un'offerta differente da parte della ricorrente.

Sussiste infatti interesse strumentale alla riedizione della procedura se sono rilevabili in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta, che nel caso di specie sarebbe quella di partecipare ad una gara regolarmente bandita, senza vizi procedurali, con criteri di aggiudicazione predeterminati dalla *lex specialis*.

La formula matematica utilizzata nel caso di specie non escludeva la valutazione discrezionale della Commissione e sarebbe stato quindi impossibile per la ricorrente ricostruire *ex post* quale avrebbe potuto essere la valutazione della Commissione, con irragionevolezza della richiesta della c.d. prova di resistenza.

Comunque il primo giudice ha ritenuto che la Commissione non avesse modificato i criteri di aggiudicazione, non essendosi in presenza di sotto criteri, né di specificazione di criteri che, se noti al momento di presentazione della lettera di invito, avrebbero potuto incidere sul contenuto dell'offerta, ma di elementi facenti parte delle attività logico valutative proprie del seggio di gara, meglio precisati per renderle trasparenti.

Ma quelle effettuate dalla Commissione non sarebbero state delle semplici precisazioni, avendo invece essa modificato di fatto le modalità con le quali i punteggi indicati nella lettera di invito avrebbero dovuto essere attribuiti.

13.1.- Osserva in proposito la Sezione che la legge di gara aveva previsto criteri quantitativi ad applicazione sostanzialmente vincolata, riguardo ai quali la Commissione si è limitata a preannunciare quale attività valutative avrebbe poi in concreto effettuato, non introducendo nuovi elementi di valutazione integrativi dei sub criteri di valutazione delle offerte non previsti dalla *lex specialis*. Tanto basta ad escludere la ricorrenza del lamentato vizio e della presupposta censura che, nella parte in cui contesta l'opportunità del metodo praticata dall'organo tecnico, è palesemente inammissibile sollecitando il giudice amministrativo ad un sindacato di merito al di fuori dei tassativi casi divisati dall'art. 134 c.p.a. Solo per completezza espositiva si esaminano sinteticamente (arg. ex art. 120, co. 10, c.p.a.), gli argomenti spesi dalla società ricorrente per sostenere la propria (errata) tesi.

13.2.- In particolare deduce l'appellante che per il criterio a3) la Commissione ha ritenuto validi soltanto gli attestati comprovati anche dal corso base e non solo quelli dimostrati mediante attestati di aggiornamento e, per il criterio a5), dopo aver affermato che gli attestati da produrre dovevano fare riferimento esplicito alla tipologia del livello (dirigente o addetto) cui si riferivano, ha ritenuto non validi ai fini del punteggio gli attestati di aggiornamento rilasciati dalla Provincia o dalla Regione nei quali erano anche indicate le qualifiche dei soggetti partecipanti al corso. Dette previsioni non sarebbero state contenute nella lettera di invito.

13.2.1.- Va rilevato in proposito che la lettera di invito, con riferimento al sottocriterio a.3), prevedeva l'indicazione di interventi di formazione in materia di primo soccorso ed antincendio, con indicazione delle ore di formazione svolte sulla base della scheda tecnica allegata.

La precisazione al riguardo fornita dalla Commissione (che per essere riconosciuto valido l'aggiornamento doveva essere valido anche il corso base, nel senso che dall'attestato dovevano evincersi tutti i dati necessari) non appare al Collegio integrativa di quanto previsto da detta lettera di invito, ma solo volta a chiarire che l'aggiornamento doveva essere corredato dall'indicazione del corso base, in linea con il logico presupposto, insito anche nella *lex specialis*, che l'aggiornamento per essere valido non poteva che essere riferito ad uno specifico corso (a pag. 10 della lettera di invito è fatto riferimento a "regolare aggiornamento" dell'intervento formativo e alla durata dei corsi).

Quanto al sottocriterio a.5) va osservato che la scheda tecnica prevedeva espressamente l'indicazione del livello del personale abilitato sulla base di corsi di formazione (dirigente o operatore), precisando che avrebbe dovuto essere indicata solo una qualifica per ciascun dipendente; conseguentemente il chiarimento fornito dalla Commissione [che l'attestato da produrre per la valutazione doveva far riferimento esplicito alla tipologia del livello (dirigente o addetto) cui si riferiva] non ha introdotto alcun nuovo sub criterio di valutazione. L'assunto che la Commissione ha ritenuto non validi ai fini del punteggio gli attestati di aggiornamento rilasciati dalla Provincia o dalla Regione nei quali erano anche indicate le qualifiche dei soggetti partecipanti al corso, oltre che attenersi al merito, non è sufficientemente chiaro e non è idoneo a dimostrare che tanto abbia comportato modifica dei sub criteri fissati dalla *lex specialis*.

13.3.- Aggiunge l'appellante che, con riguardo al criterio a6), la Commissione, invece di prendere in considerazione tutte le saldatrici di diametro DN inferiore a 200 (come previsto nella lettera di invito "sino a DN 200") ha ritenuto di escludere dalla valutazione quelle che non comprendessero anche i 200 DN e, con riguardo alle tamponatrici, di prendere in considerazione quelle di diametro dal DN 150 al DN 200 (come previsto a pag. 14 della lettera di invito) e di escludere tutte quelle che non lavorassero su entrambi detti "range" (mentre in base alla lettera di invito i concorrenti avrebbero potuto presentare macchine tra DN 170 e 230); inoltre, invece di prendere in considerazione tutte le tamponatrici di diametro fino a DN 150 (come previsto dalla lettera di invito a pag. 14), ha ritenuto di escludere tutte le tamponatrici che, pur lavorando anche a DN 150, avessero un "range" superiore (ad es. DN 200).

13.3.1.- Osserva la Sezione che la lettera di invito, a pag. 14, prevedeva che sarebbero state prese in considerazione le attrezzature sino a concorrenza, al massimo, per le saldatrici "sino a DN 200", per 9 macchine tamponatrici "dal DN 150 al DN 250" e per 18 macchine tamponatrici "sino a DN 150".

Dal verbale del 17 settembre 2013 della Commissione si evince che è stato da essa specificato che sarebbero state considerate utili ai fini dell'attribuzione del punteggio tutte le saldatrici "con un range di lavoro che comprende il diametro 200", nonché le tamponatrici "con un range compreso tra DN 150 e DN 250 (espresso anche in pollici da 6 a 10)" e le tamponatrici con "un range di lavoro non superiore al DN 150 (espresso anche in pollici fino a 6)".

Tanto esclude decisamente la fondatezza delle esaminate censure, essendo del tutto evidente che la Commissione non ha fatto altro che esprimere, con diverse locuzioni quanto esplicitamente affermato nella lettera di invito.

13.4.- E' poi affermato con l'atto d'appello con riguardo al criterio a7) che la Commissione, invece di prendere in considerazione tutti gli autocarri di massa complessiva fino a 35 q.li, aveva deciso di escludere i furgoni, con criterio non indicato dalla *lex specialis*, dato dalla classificazione J2) della carta di circolazione.

13.4.1.- Osserva il Collegio che la lettera di invito, a pag. 15, prevedeva che, ai fini dell'attribuzione del punteggio, sarebbero stati presi in considerazione, tra l'altro, tra i mezzi di cantiere "n. 9 autocarri di massa complessiva fino a 35 q.li".

L'assunto della Commissione (che non sarebbero stati presi in considerazione per l'attribuzione del punteggio i mezzi classificati come furgoni, in quanto inadeguati al trasporto di materiale di scavo) appare al Collegio perfettamente in linea con quanto stabilito dalla *lex specialis* (che, peraltro, a pagina 5 della lettera di invito qualificava i furgoni quali mezzi di trasporto), essendo implicito che i mezzi di cantiere non potessero che essere autocarri, idonei al trasporto dei voluminosi materiali occorrenti in cantiere, piuttosto che i furgoni, che, come è noto, sono veicoli commerciali leggeri, specifici per il trasporto merci.

13.5.- Aggiunge la appellante che, come da verbale di gara n. 7 del 17 settembre 2013, gran parte della documentazione tecnica non sarebbe stata ammessa in virtù dei nuovi sub conteggi e delle diverse determinazioni della Commissione.

In particolare, con riguardo al criterio a3, la CPL Concordia Soc. Coop. ha proposto 10 interventi formativi e la Commissione ne ha riconosciuti 4; con riguardo al criterio a5) detta società ha proposto 10 dipendenti abilitati e la Commissione ne ha riconosciuti 4; con riguardo al criterio a6) la società ha proposto 12 saldatrici e la Commissione ne ha valutate 5; con riguardo alle macchine tamponatrici la società ne ha proposte 9 e la Commissione ne ha riconosciute 0 (perché l'attrezzatura offerta non raggiungeva il range di lavoro richiesto, modificato dalla Commissione).

Secondo l'appellante se essa avesse avuto avessero avuto contezza di tali metodologie di attribuzione dei punteggi prima della presentazione dell'offerta avrebbe presentato diverse attrezzature.

13.5.1.- La Sezione non può al riguardo che rilevare che dalla legittimità delle specificazioni effettuate dalla Commissione di gara in merito ai sottocriteri di cui trattasi deriva l'incondivisibilità delle censure in esame, atteso che

essa non ha introdotto alcun nuovo criterio di attribuzione dei punteggi, ma solo specificato prescrizioni già contenute nella *lex specialis*, di cui l'appellante avrebbe dovuto tenere conto.

13.6.- Infine, secondo la CPL Concordia Soc. Coop., la Commissione avrebbe violato il fondamentale ed imprescindibile limite temporale di apertura delle buste, avendo introdotto nuovi parametri valutativi dopo aver aperto le offerte, come da verbale del 17 settembre 2013.

13.6.1.- La Sezione ritiene non suscettibile di positiva valutazione detta censura, sia perché le indicazioni riportate in detto verbale non costituivano modificazioni della *lex specialis* e sia perché nel verbale stesso, che fa prova fino a querela di falso, è riportato che "*prima di procedere nell'esame della documentazione tecnica di ciascun offerente, decide di adottare, per ciascun sottocriterio, il seguente metodo...*", sicché non è stato provato che era stata violata la *par condicio* dei partecipanti .

13.7.- In conclusione le censure formulate con il motivo d'appello in esame circa l'introduzione di nuovi sub criteri di valutazione da parte della Commissione sono inaccoglibili, con assorbimento delle ulteriori censure ivi contenute circa la ammissibilità della prova di resistenza.

14.- Con riguardo alla richiesta di risarcimento formulata con l'atto d'appello, la Sezione rileva che all'infondatezza dei motivi di ricorso non può che conseguire il rigetto della domanda di risarcimento danni dei quali l'appellante chiede il ristoro, perché non è stato dimostrato il nesso di causalità tra essi danni e l'attività dell'Amministrazione, non potendo essere considerata ingiusta o illecita la condotta da essa tenuta in esecuzione di provvedimenti riconosciuti legittimi (Consiglio Stato, sez. V, 14 febbraio 2011, n. 965).

15.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

16.- Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo respinge l'appello in esame.

Pone a carico dell'appellante CPL Concordia Soc. Coop., le spese del presente grado, liquidate a favore della Hera s.p.a. nella misura di € 6.000,00 (seimila/00) ed a favore della Cooperativa Edile Appennino Soc. Coop. a r.l. nella misura di € 6.000,00 (seimila/00), oltre ai dovuti accessori di legge (15% a titolo rimborso spese generali, I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/12/2014

IL SEGRETARIO