

Pubblicato il 11/04/2023

N. 00103/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00039/2023 REG.RIC.



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 per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 39 del 2023, proposto dalla Cerio s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Domenico Fiorda ed Enrico Ceniccola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Sant'Elia a Pianisi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Scarano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, via Umberto I n. 43;

nei confronti

della Edil 89 di Camino Antonio s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Assunta Baranello e Giovanni Santoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio di Maria Assunta Baranello in Campobasso, via Papa Giovanni XXIII;

per l'annullamento

- della determinazione del Comune di Sant'Elia a Pianisi n. 153 del 30 dicembre 2022, recante l'aggiudicazione definitiva dei lavori di miglioramento sismico della sede del Municipio in favore della Edil 89 di Camino Antonio s.r.l.;
- dell'avviso relativo all'aggiudicazione dell'appalto, pubblicato sul sito istituzionale del Comune il 30 dicembre 2022;
- della comunicazione di aggiudicazione definitiva trasmessa via PEC il 3 gennaio 2023;
- di tutti i verbali di gara, nella parte in cui hanno ammesso alla procedura l'offerta della Edil 89 di Camino Antonio s.r.l. e le hanno attribuito un punteggio anche per il criterio A2);
- della graduatoria provvisoria della gara pubblicata sulla piattaforma ASMEL;
- della nota del Comune del 20 gennaio 2023 con cui è stata respinta l'istanza di autotutela della Cerio s.r.l.;
- di ogni altro atto, comunicazione, documento e verbale di portata lesiva, precedente, conseguente, successivo e/o comunque connesso agli impugnati provvedimenti di ammissione in gara e di aggiudicazione alla Edil 89 di Camino Antonio s.r.l.;

nonché per la declaratoria

del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara e l'inerente contratto di appalto, nonché dell'inefficacia del contratto di appalto eventualmente sottoscritto con la controinteressata e, infine, del diritto della ricorrente al subentro nel contratto stesso.

Visti il ricorso, le memorie e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie del Comune di Sant'Elia a Pianisi e della Edil 89 di Camino Antonio s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2023 il dott. Massimiliano Scalise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – Con l’atto introduttivo del presente giudizio, la Cerio s.r.l. (di seguito “Cerio”), nelle vesti di seconda classificata, ha impugnato gli atti con cui il Comune di Sant’Elia a Pianisi ha aggiudicato la gara per l’affidamento dei lavori di miglioramento sismico della sede del Municipio in favore della Edil 89 di Camino Antonio s.r.l. (di seguito “Edil 89”).

2 – In particolare, la ricorrente ha rappresentato: i) di aver partecipato alla citata procedura, aggiudicata col criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa; ii) che l’art. 16 del disciplinare prevedeva l’attribuzione del punteggio all’offerta tecnica sulla base di tre specifici criteri, fra cui quello sub A.2) - “*Migliorie infissi esterni*”, concernente i lavori di sostituzione completa degli infissi esterni con l’inserimento di sistemi, tecnologie e materiali a maggior durabilità e manutenibilità nel tempo (15 punti); iii) che all’esito delle operazioni di gara la società Edil 89 risultava aggiudicataria con un punteggio totale di 87,478 punti, avendo conseguito, tra l’altro, il punteggio massimo di 15 per il criterio A2); iv) che essa ricorrente si era classificata al secondo posto della graduatoria con un punteggio totale di 87,313, avendo conseguito per il criterio A2) un punteggio di 13,333; v) che la medesima deducente si era resa conto, a seguito dell’esame dell’offerta tecnica dell’aggiudicataria, che quest’ultima aveva offerto, con riferimento al criterio A2), soluzioni tra loro alternative e incompatibili, e, inoltre, non aveva previsto una sostituzione realmente totale degli infissi; vi) che conseguentemente l’aggiudicataria, a termini del disciplinare, sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara, o quanto meno non avrebbe dovuto ottenere alcun punteggio per il criterio A2); vii) che tuttavia il Comune aveva respinto l’istanza di autotutela rivoltagli per ottenere l’annullamento dell’aggiudicazione.

3 – Il ricorso è stato affidato quindi ai seguenti motivi: “*i) violazione e/o falsa applicazione dell’articolo 32 comma 4, del d.lgs. n. 50 del 18.4.2016 per aver presentato un’offerta che presenta i caratteri dell’alternatività; ii) violazione e/o falsa applicazione dell’articolo 94, comma 1, lett. a) del d.lgs n. 50/2016 per aver presentato una offerta migliorativa non conforme ai criteri indicati nella lex specialis; violazione e/o falsa applicazione dell’articolo 95 comma 1, del d.lgs. n. 50 del 18.4.2016 perchè la committente non è stata messa in condizione di poter verificare l’accuratezza delle informazioni di carattere tecnico fornite dall’offerente; violazione e falsa applicazione della lex specialis, con riferimento agli artt. 16 e 20.2, con riferimento alla mancata chiara esplicitazione delle quantità offerte; violazione dei principi generali in materia di evidenza pubblica per mancata esclusione di offerta indeterminata e per disparità di trattamento tra i concorrenti; iii) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della l.n. 241/1990; violazione e/o falsa applicazione dell’art. 97 Costituzione; violazione e/o falsa applicazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa e del giusto procedimento; eccesso di potere per travisamento dei fatti, disparità di trattamento, sviamento erroneità dei presupposti e della motivazione contraddittorietà e ingiustizia manifesti; iii) violazione e/o falsa applicazione dell’articolo 97 del d.lgs. n. 50 del 18.4.2016 per anomalia dell’offerta”.*

4 – Il Comune e la controinteressata si sono costituiti in giudizio in resistenza al ricorso concludendo per la sua infondatezza.

5 – All’udienza camerale del 22 febbraio 2023 l’istanza cautelare abbinata al ricorso è stata accolta, con l’ordinanza n. 18/2023, per la ritenuta sussistenza di entrambe le condizioni del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*.

6 – In vista dell’udienza pubblica del 22 marzo 2023 le parti, con memorie e repliche, hanno ulteriormente articolato e sviluppato le rispettive tesi.

7 – All’udienza odierna, uditi gli avvocati come da verbale, la causa è stata assunta in decisione.

8 – Il ricorso va accolto, in quanto è fondato.

8.1 – Con il primo motivo la ricorrente ha dedotto che una componente dell’offerta dell’aggiudicataria ha integrato i caratteri dell’offerta alternativa, in violazione della regola dettata dall’art. 34, comma 2 del d.lgs n. 50/2016 e dall’art. 16, par. “*condizioni dell’offerta tecnica*”, lett. g) del disciplinare.

La Edil 89, difatti, nell’offrire la miglioria relativa alla sostituzione degli infissi (criterio A2) del disciplinare) ha indicato, per un verso, ossia nella relazione allegata all’offerta tecnica, di voler sostituire gli infissi esistenti con esemplari in “*legno-alluminio*”, come tali costruiti con una struttura portante in legno e con una finitura esterna in alluminio; per altro verso, però, con il proprio computo metrico non estimativo essa ha descritto (e offerto) una fornitura con posa in opera di esemplari di caratteristiche diverse, ossia in “*alluminio-legno*”, costituiti da una struttura portante in alluminio e da un rivestimento interno in legno.

La censura coglie nel segno.

8.1.1 – L’esame della documentazione relativa all’offerta tecnica dell’aggiudicataria conferma, invero, che quest’ultima ha effettivamente prospettato soluzioni tecniche differenti, in quanto nel computo metrico non estimativo è stato descritto e offerto l’infisso in alluminio-legno, mentre nella relazione d’offerta è stato descritto l’infisso in legno-alluminio.

E la differenza fra le due tipologie di prodotto è pacifica tra le parti nel senso che, mentre il secondo è un infisso in legno cui viene applicata una copertura esterna in alluminio per renderlo più resistente alle intemperie, di modo che esso è meno soggetto a manutenzioni, il primo, per converso, è un infisso in alluminio al quale viene applicato un rivestimento interno in legno per esigenze prevalentemente estetiche.

Si tratta quindi di manufatti indiscutibilmente diversi, con caratteristiche costruttive e rendimento termico differenti.

Tanto premesso, occorre prendere in esame il tentativo delle parti resistenti di ascrivere la cennata discordanza di dichiarazioni a un mero refuso in cui la

controinteressata sarebbe caduta nel riportare l'esatta denominazione del nuovo infisso all'interno del proprio computo metrico.

L'asserita presenza di un refuso, rimasta priva di qualsivoglia principio di dimostrazione, contrasta con le surrichiamate considerazioni in ordine alla obiettiva diversità delle caratteristiche dei prodotti offerti, e, soprattutto, con la pluralità delle indicazioni recate dal computo metrico in ordine ai nuovi infissi che venivano proposti.

Segnatamente, vale il rilievo della ricorrente, che non ha trovato adeguata confutazione *ex adverso*, per cui il sistema TBM (acronimo di *Thermal Break Material*), indicato dall'aggiudicataria proprio nel computo metrico, è per sua natura riferibile solo all'infisso in alluminio-legno (e quindi non a quello in legno-alluminio, indicato invece nella relazione illustrativa dell'offerta); tale sistema è costituito da una camera d'aria, che serve ad abbattere la trasmittanza del profilo in alluminio verso il rivestimento interno in legno, al fine di evitare fenomeni di condensa.

Il richiamo del computo metrico al sistema TBM avvalora perciò la conclusione che l'aggiudicataria, in sede, appunto, di computo metrico, abbia effettivamente inteso far riferimento ad un modello di infisso diverso -per materiali, caratteristiche, rendimento e pregio- da quello da essa stessa illustrato nella relazione d'offerta.

Se così è, l'indicazione della tipologia di infisso recata dal computo metrico non costituisce, quindi, un mero refuso, ma l'esatta descrizione (e offerta) di un manufatto con differenti caratteristiche tecniche e prestazionali, e un diverso valore commerciale, rispetto a quello illustrato in sede di relazione d'offerta.

8.1.2 - A tale stregua, alla luce delle discordanti dichiarazioni formulate dalla controinteressata la sua offerta risulta, per l'aspetto in discorso, formulata in violazione:

- dell'articolo 32, comma 4, del d.lgs n. 50/2016, a termini del quale "*ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta*";

- dell'art. 16, par. “condizioni dell’offerta”: 1) lettera f) del disciplinare, a mente del quale “l’offerta tecnica non può: ... in relazione a uno o più d’uno degli elementi o sub-elementi di valutazione, esprimere o rappresentare soluzioni tra loro alternative, opzioni diverse, proposte condizionate o altre condizioni equivocate o caratterizzate da ambiguità che non ne consenta una valutazione univoca”; 2) lettera l), del medesimo articolo, secondo cui “l’offerta tecnica non può esprimere o rappresentare soluzioni alternative, opzioni diverse, proposte condizionate o altre condizioni equivocate, in relazione a uno o più d’uno degli elementi di valutazione”.

Questa conclusione è confermata dal condivisibile insegnamento giurisprudenziale per cui “la violazione del principio di unicità dell’offerta si verifica nelle ipotesi di più offerte, o di più proposte nell’ambito della medesima offerta, formulate in via alternativa o subordinata, in modo tale che la scelta ricadente su una di esse escluda necessariamente la praticabilità delle altre, poiché solo in queste ipotesi il concorrente è effettivamente avvantaggiato rispetto agli altri dall’offerta plurima, potendo contare su un più ampio ventaglio di soluzioni in grado di soddisfare le esigenze della stazione appaltante” (cfr. T.A.R. Piemonte, Torino, I, n. 195/2020 e in termini T.A.R. Toscana, I, n. 1361/2015; T.A.R. Veneto, II, n. 1135/2018).

Proprio una situazione siffatta sussiste, infatti, nella fattispecie in scrutinio, in cui l’offerta della Edil 89, prospettando differenti soluzioni tecniche (fornitura con posa in opera di infissi in legno-alluminio oppure in alluminio-legno), si configura come alternativa o duplice, in quanto in seguito all’aggiudicazione l’erogazione della prestazione verrà necessariamente posta in essere secondo una sola delle alternative indicate, escludendo necessariamente l’altra.

8.1.3 - Le già acclamate differenze tecniche ed economiche esistenti fra tra le due tipologie di infissi offerte alternativamente dalla controinteressata rendono anche manifesta l’inconferenza del richiamo della difesa comunale alla sentenza del T.A.R. Piemonte n. 195/2020.

Nel caso esaminato da tale pronuncia, infatti, è stato accertato che i due prodotti offerti dal concorrente non avevano caratteristiche diverse, ma differivano solo per il “nome”: e per tale ragione non erano stati ritenuti realmente alternativi. Diversamente, nella fattispecie in scrutinio è emerso che le due tipologie di infissi offerte non differiscono affatto solo per il “nome”, ma soprattutto per specifiche caratteristiche tecniche, prestazionali e di valore commerciale, venendo quindi a configurarsi la violazione dell’art. 32, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 e dell’art. 16, par. “*condizioni dell’offerta*”, lettere f) e l) del disciplinare.

8.1.4. - Infondata è poi l’affermazione del Comune secondo cui l’offerta di un prezzo unico per le due diverse tipologie di infissi farebbe venir meno l’alternatività dell’offerta.

L’alternatività di quest’ultima risiede, difatti, nella circostanza che la fornitura e posa in opera proposta dalla controinteressata ha riguardato, ad un tempo, due ben diverse tipologie di prodotto, l’una delle quali esclude in realtà necessariamente l’altra: antinomia che l’identità dell’elemento prezzo lascia intatta e inalterata.

8.1.5 – Altrettanto infondata è l’eccezione del Comune per cui la censura in trattazione sarebbe inammissibile per carenza d’interesse della ricorrente giacché essa, offrendo la posa in opera di infissi in PVC, asseritamente non previsti nelle relazioni allegate al progetto esecutivo, sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara.

Sul punto, in disparte qualunque approfondimento del tema dell’ammissibilità di un’eccezione siffatta (siccome tesa a opporre alla ricorrente un motivo di esclusione non rilevato dalla Stazione appaltante),

il Collegio preferisce senz’altro osservare, nel merito, che l’offerta della Cerio è stata formulata nella piena osservanza della decisiva formulazione del criterio A2) del disciplinare.

Quest’ultimo, infatti, nel richiedere ai concorrenti di offrire la sostituzione completa degli infissi esterni, ha deferito al loro libero apprezzamento la

scelta delle opzioni tecnologiche e dei materiali, in coerenza con la natura qualitativa del criterio (concernente una miglioria) della cui applicazione si tratta. Tant'è che la stessa stazione appaltante che oggi, in giudizio, allega l'inammissibilità dell'offerta della ricorrente, ha in precedenza ritenuto ammissibili, e valutato con punteggi tutt'altro che insufficienti, le soluzioni progettuali della ricorrente e della terza classificata, entrambe fondate sulla sostituzione degli infissi esistenti con articoli in PVC.

La normativa del disciplinare, in corrispondenza del criterio A2), ha dunque superato quella potenzialmente desumibile dalle relazioni allegate al progetto esecutivo.

E solo per completezza si aggiunge che, anche a fronte di indicazioni discordanti tra il bando-disciplinare e gli altri documenti di gara, quali il capitolato speciale e il progetto, il Collegio non potrebbe che aderire al prevalente orientamento giurisprudenziale per cui le clausole contenute nel bando-disciplinare prevalgono gerarchicamente sui quelle dei restanti documenti di gara, in quanto le prime rappresentano la fonte primaria della disciplina di gara (cfr. *ex multis* Cons. St., V, n. 5297/2012; id., n. 3963/2010). Da qui l'ammissibilità e valutabilità delle offerte tecniche formulate dalla ricorrente e della terza classificata, che hanno offerto infissi in PVC in sostituzione di quelli in sito.

8.1.5. – Il primo mezzo si conferma, pertanto, meritevole di accoglimento.

8.2 – Con il secondo motivo la ricorrente ha censurato l'assegnazione alla controinteressata del massimo punteggio (15 punti) previsto dal criterio A2) per la sostituzione integrale degli infissi, sotto il profilo che dall'esame dei documenti di offerta è emerso che la concorrente aveva in realtà sottostimato sia il numero di infissi da sostituire (32 invece di 37), sia la relativa superficie (98,040 mq. contro i circa 152 mq necessari), con la conseguenza che la sua offerta era *per tabulas* insufficiente alla sostituzione di tutti gli infissi dell'immobile comunale oggetto di intervento.

Di conseguenza, la Commissione avrebbe dovuto disporre l'esclusione della resistente dalla gara, o quantomeno astenersi dal valutare nel merito le soluzioni dalla medesima proposte rispetto al criterio A2) del disciplinare, assegnandole quindi per detto criterio un punteggio pari a zero.

Anche tale censura è persuasiva.

8.2.1 - Il Collegio ritiene che la discrasia evidenziata dalla ricorrente nell'offerta della Edil 89 sia notevole e obiettiva, siccome palesata da documenti (quali il computo metrico e gli elaborati grafici) che, contrariamente a quanto dedotto dalle parti resistenti, costituiscono parti integranti dell'offerta tecnica, e come tali concorrono a definire la sua identità.

Ciò emerge con chiarezza dall'interpretazione logico-letterale dell'art. 16, par. "Contenuto dell'offerta tecnica – busta "B"" del disciplinare, con particolare riferimento:

- alla sua lettera b), secondo la quale l'offerta tecnica va redatta "*tenendo conto del progetto a base di gara e dei relativi allegati*", primo fra tutti, perciò, il prospetto delle migliori recante le facciate del Comune con la raffigurazione dei relativi infissi da sostituire;

- alla lettera c1), secondo cui l'offerta tecnica "*deve essere corredata da un computo metrico (non estimativo) senza l'indicazione di prezzi unitari o di importi economici tali da rendere palese l'Offerta economica, che riporti solo le descrizioni dettagliate degli elementi che si discostano da quanto previsto dal progetto a base di gara con indicazione della collocazione fisica o in modo che si possa agevolmente comprendere la collocazione fisica di tali elementi rispetto allo stesso progetto. Il computo metrico deve essere redatto in coerenza con l'impostazione del computo metrico integrante il progetto a base di gara e deve dare atto, con la pertinente descrizione*", fra l'altro, "*delle voci aumentate nelle quantità o le nuove voci introdotte.*";

- alla lettera c.2): l'offerta tecnica *“deve essere corredata da una o più relazioni illustrative e di calcolo e da uno o più elaborati grafici, come descritto alla successiva lettera d), necessari per consentire alla Stazione appaltante la valutazione della veridicità, congruità, convenienza e apprezzabilità positiva di tutti gli elementi dell’Offerta tecnica”*.

La legge di gara, quindi, ha chiaramente stabilito che nell'offerta tecnica, oltre alle relazioni illustrative e agli elaborati grafici, i concorrenti erano tenuti a riportare le soluzioni progettuali migliorative da loro proposte in un apposito computo metrico non estimativo, nel quale dovevano essere indicate, e *“chiaramente quantificate”*, pur senza menzione dei relativi prezzi, tutte le lavorazioni che i medesimi intendevano affiancare e/o sostituire alle lavorazioni di progetto.

Siffatta previsione della *lex specialis* rispondeva all'evidente esigenza di garantire alle offerte il carattere della certezza e dell'affidabilità, attraverso una precisa indicazione dell'oggetto dell'affidamento sia sotto il profilo delle caratteristiche tecniche, sia attraverso la specificazione delle quantità offerte.

L'indicazione delle quantità proposte era stata poi espressamente richiesta, anche ai fini della valutabilità dell'offerta tecnica, dall'art. 20.2 del disciplinare, a mente del quale *“le offerte tecniche riferibili a elementi quantitativi, dovranno esplicitare chiaramente le quantità offerte”*.

In sintesi, pertanto, sia il computo metrico che l'elaborato grafico costituivano parti integranti dell'offerta tecnica, e come tali dovevano necessariamente correderla (non a caso, tutti i partecipanti hanno allegati tali documenti alle loro offerte). E nei relativi documenti dovevano essere descritte e sostanziate puntualmente tutte le lavorazioni e le forniture offerte in aggiunta e/o in sostituzione a quelle presenti nel computo metrico estimativo posto a base d'asta. Il che ben si spiega, se si considera che il bando di gara non aveva richiesto ai concorrenti la consegna dell'elenco prezzi, per cui le lavorazioni non si sarebbero potute evincere da altri documenti tecnici; né al medesimo

fine sarebbe stato possibile ricorrere al soccorso istruttorio, in quanto si sarebbe dato luogo all'integrazione di un elemento essenziale dell'offerta tecnica incompleta, in violazione dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs n. 50/2016 (in tal senso cfr. T.A.R., Puglia, Bari, II, n. 741/2020).

8.2.2 – In questa cornice, l'esame dei documenti costituenti parte integrante dell'offerta tecnica ha fatto emergere che la Edil 89 ha sottostimato in modo notevole e macroscopico sia il numero di infissi da sostituire sia la relativa superficie.

Tanto traspare: i) dal contenuto degli elaborati grafici a corredo dell'offerta, nei quali è stata univocamente rappresentata la sostituzione di soli 32 infissi, in luogo dei 37 occorrenti (cfr. elaborato grafico "tipo", allegato al modello di offerta); ii) dal computo metrico, in cui la parte ha più volte riportato l'erroneo ma oggettivo dato numerico relativo alla superficie occorrente per la sostituzione, quantificata in 98,040 mq. (cfr. voce n. 5 rimozione infissi = 98.040 mq. e voce n. 6 infisso a taglio termico con giunto TBM = 98,040 mq.) contro i circa 152 mq. occorrenti, con una discrasia di circa il 40% fra detti valori.

L'entità di tale sottostima è stata ben messa in luce nella scheda di raffronto fra gli elaborati e il computo metrico della Edil 89 e della Cerio (cfr. allegato n. 20 al ricorso), da cui è emersa con nettezza la palese insufficienza dell'offerta della controinteressata a garantire l'integrale sostituzione degli infissi, condizione quest'ultima imprescindibile, a termini del criterio A.2) del disciplinare, per l'attribuzione del relativo punteggio alle offerte dei concorrenti.

E il dato obiettivo di tale sottostima inficiante l'offerta aggiudicataria è apparso così evidente dall'esame della documentazione agli atti che né il Comune né la Edil 89 in giudizio l'hanno negato: le parti resistenti, infatti, dandolo per assodato, hanno tentato con una serie di argomentazioni - come di seguito illustrato - prive di adeguati riscontri e basate su petizioni di principio, di sminuirne la rilevanza.

8.2.3 – In particolare, prive di pregio risultano le argomentazioni del Comune e della controinteressata secondo cui:

- i) il criterio A2) del disciplinare non avrebbe previsto che l'offerta tecnica relativa alla sostituzione degli infissi fosse corredata da alcuna misura o quantificazione: la voce del disciplinare si sarebbe limitata a richiedere la sostituzione integrale e completa di tutti gli infissi, senza alcuna richiesta di una loro quantificazione;
- ii) sempre limitatamente al criterio A2), la legge di gara aveva previsto un appalto a corpo e non a misura;
- iii) nemmeno nell'offerta della ricorrente ci sarebbe coincidenza fra la stima della superficie formulata nel computo metrico, nonché nella relazione tecnica di accompagnamento (circa 152 mq), e la superficie ottenibile, invece, sommando le misure indicate a pag. 25 della stessa relazione (circa 141 mq); e, comunque, neppure l'offerta della Cerio coprirebbe l'intera superficie degli infissi da smontare (circa 163 mq), come quantificata alla voce n. 378 del computo metrico del progetto generale;
- iv) la Edil 89 nella relazione d'offerta si sarebbe impegnata alla sostituzione integrale degli infissi: e tale suo impegno prevarrebbe sulla discordante e insufficiente offerta grafica e numerica, sulla scorta del principio di prevalenza dell'offerta espressa in lettere, di cui all'abrogato art. 119, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, in tesi espressivo di un principio generale.

8.2.2a – Osserva innanzitutto il Collegio che non convince l'assunto *sub i)*, che è basato su una lettura isolata e decontestualizzata del criterio A.2) del disciplinare.

L'assunto collide con le già richiamate previsioni dell'art. 16 par. “*Contenuto dell'offerta tecnica – busta “B”*” del disciplinare, tutte univoche nell'annettere rilievo, in sede di formulazione dell'offerta, e in relazione a tutti i criteri di valutazione (senza eccezioni o deroghe), al computo metrico non estimativo e agli elaborati grafici che, a termini della legge di gara, dovevano corredare l'offerta tecnica, costituendone parte integrante.

A ciò si aggiunga che gli infissi, costituendo una nuova voce introdotta in aggiunta a quelle previste nel computo metrico estimativo posto a base d'asta, dovevano essere necessariamente quantificati, ai sensi dell'art. 16 lett. c) del disciplinare, nel computo metrico allegato all'offerta tecnica, per dar modo alla stazione appaltante di valutare l'esattezza e la congruità dell'impegno dell'offerente.

In ragione di quanto evidenziato, e a fronte delle specifiche, chiare e vincolanti clausole della *lex specialis*, non regge la tesi delle resistenti per cui i concorrenti non avrebbero avuto alcun obbligo di dettagliare con misure e quantità la sostituzione degli infissi.

E resta poi comunque il dato di fatto obiettivo, non spiegato e decisivo, che la controinteressata, in sede di offerta tecnica, avendo notevolmente sottostimato gli infissi da sostituire, ha emesso sul punto delle dichiarazioni, dotate di specifico valore negoziale, che hanno irretrattabilmente cristallizzato la sua determinazione di procedere a una sostituzione solo incompleta degli infissi.

E di tale evidenza la Commissione avrebbe dovuto tener conto, con le ovvie conseguenze in termini di ammissibilità e valutabilità dell'offerta, quantomeno con riferimento allo specifico criterio A2) del disciplinare.

8.2.2b – Del pari, non è persuasiva la tesi del Comune per cui l'offerta relativa agli infissi fosse da ritenersi a corpo e non a misura.

L'assunto risulta smentito dal chiaro tenore di puntuali previsioni del Capitolato Speciale d'Appalto le quali, a prescindere dalla mancata produzione in giudizio di tale documento, sono state pur sempre oggetto di testuale richiamo da parte della ricorrente nella memoria da essa depositata il 3 marzo 2023, senza alcuna adeguata contestazione *ex adverso* della correttezza delle formulazioni riportate.

Orbene, l'art.1.2 del citato Capitolato è chiaro nel prevedere che “*l'appalto viene dato a misura*”; e, parallelamente, l'art.2.2 dello schema di contratto sancisce che “*il contratto è stipulato a misura*”, senza indicare alcuna

eccezione per la sostituzione degli infissi ai sensi del criterio A.2) del disciplinare.

Questi elementi sono sufficienti a escludere che l'offerta relativa agli infissi potesse considerarsi a corpo, come erroneamente affermato dalle parti resistenti. E ciò spiega anche la ragione per cui tutti i concorrenti, nessuno escluso, hanno correttamente inteso esprimere la propria offerta a misura, indicando le quantità offerte di infissi da sostituire.

8.2.2c– Non conducente risulta poi il tentativo della difesa comunale di accomunare la minimale incongruenza ravvisabile nell'offerta tecnica della ricorrente a quella, evidente quanto macroscopica, rinvenuta nel precedente paragr. 8.2. e segg. a carico della controinteressata.

Il Collegio osserva che la non perfetta coincidenza di valori rinvenuta nell'offerta della Cerio risulta trascurabile in quanto praticamente irrilevante. In tale offerta è infatti riscontrabile, fra i valori stimati dal concorrente e quelli necessari per l'integrale sostituzione degli infissi, non già una discrasia del 40% (98 mq contro circa 150 mq), come registrato nei riguardi dell'aggiudicataria, ma una divergenza minimale di un valore comunque assai prossimo a quello previsto dalla legge di gara (141 mq contro 150 mq circa), la cui assoluta esattezza non potrebbe a rigore essere data per scontata.

Proprio la considerazione comparata delle due fattispecie, anzi, rafforza l'evidenza dell'illegittimità dell'operato della Commissione, che, a fronte di un'offerta palesemente inidonea a garantire la sostituzione completa degli infissi, quella della resistente, ha ugualmente attribuito ad essa il massimo punteggio previsto dal disciplinare per il relativo criterio.

A ciò si aggiunga che la surrichiamata non perfetta coincidenza di valori nell'offerta della Cerio non investe due diversi documenti della sua offerta tecnica, come nel caso dell'aggiudicataria, bensì la sola sua relazione tecnica di offerta, offerta che per il resto – come ben evidenziato dalla ricorrente - risulta però comunque univoca nel prevedere la sostituzione totale degli infissi per le quantità e le superfici stimate in sede di computo metrico.

Né giova l'assunto della difesa comunale che la discrasia ascrivibile alla ricorrente sul punto dell'estensione della superficie degli infissi da smontare andrebbe commisurata al maggior dato, pari a circa 163 mq, indicato alla voce n. 378 del computo metrico del progetto generale.

Quest'ultimo documento, facente parte del progetto approvato nel 2020, era difatti estraneo al lotto posto a base d'asta (primo lotto), e non è stato posto a conoscenza dei concorrenti, né reso *aliunde* conoscibile da parte loro. I concorrenti hanno formulato le proprie offerte sulla base della documentazione relativa allo specifico progetto posto a base d'asta, nonché sulla scorta delle conoscenze ed informazioni acquisite durante il sopralluogo previsto dall'articolo 12 del disciplinare.

E il criterio A2) del disciplinare, del resto, faceva riferimento ai "*lavori relativi alla sostituzione completa degli infissi esterni, previsti in progetto...*", cioè nel progetto a base d'asta, e non certo nel progetto generale e nei relativi allegati, estranei alla documentazione di gara messa a disposizione dei concorrenti.

Senza dire, infine, che, anche a voler ipoteticamente avere riguardo, per un attimo, al valore della superficie indicato dal progetto generale (163 mq), mentre la discrasia fra tale dato e quello stimato dalla ricorrente (140 mq circa) continuerebbe a rimanere contenuta, e sostanzialmente riconducibile alle previsioni della legge di gara, il disallineamento dal medesimo valore della stima della controinteressata (98 mq circa) si accentuerebbe ulteriormente, confermando vieppiù la fondatezza delle critiche formulate nel ricorso.

8.2.2d – Priva di pregio, infine, risulta la tesi delle parti resistenti che, essendosi la controinteressata comunque impegnata alla sostituzione integrale degli infissi, tanto basterebbe a giustificare la prevalenza di tale sua dichiarata intenzione sulla pur discordante sua offerta espressa in termini grafici e numerici.

Questa tesi è sostanzialmente basata su una petizione di principio, non risultando suffragata da alcun reale elemento di riscontro.

Essa infatti, palesemente contraddetta dalla chiara evidenza desumibile dai documenti a corredo dell'offerta tecnica, la quale si manifesta inequivocabilmente parziale, ha dalla sua solo delle generiche quanto frammentarie affermazioni estrapolate dalla relazione d'offerta: e la natura generica delle affermazioni valorizzate dalle parti resistenti nulla può dinanzi al carattere puntuale e circostanziato della sottostima in cui è incorsa la controinteressata in ordine al numero e alla superficie degli infissi da sostituire.

A tale stregua, invero, non si comprende su quali basi logiche le solo generiche locuzioni evocate dalle resistenti a suffragio della pretesa univocità della volontà della società Edil 89 di sostituire tutti gli infissi potrebbero valere a ribaltare l'erroneo ma oggettivo dato numerico più volte espresso nel suo computo metrico (voce n. 5 rimozione infissi = 98.040 mq. e voce n. 6 infisso a taglio termico con giunto TBM = 98,040 mq.), come pure il contenuto dei suoi elaborati grafici, nei quali è stata univocamente rappresentata la sostituzione di soli 32 infissi, in luogo dei 37 occorrenti.

Come ben evidenziato dalla ricorrente a suffragio del proprio motivo *sub* par. I.4 del ricorso, la sottostima è da ascriversi (quantomeno) a un difetto di diligenza dell'aggiudicataria, che, al momento di riprodurre i prospetti dell'edificio recanti gli infissi da sostituire (cfr. allegato all'offerta tecnica), ha ommesso di riprodurre, e conseguentemente di computare, una sezione dell'edificio comunale.

Ma tale discrasia, sulla scorta del principio di immodificabilità dell'offerta tecnica (cfr. Cons. St., V, n. 680/2020), non sarebbe neppure stata emendabile - come erroneamente affermato dalle parti resistenti - in occasione della produzione da parte della controinteressata del progetto esecutivo.

Difatti, il progetto esecutivo da realizzare dopo l'aggiudicazione, dovendo riprodurre fedelmente quanto già indicato con l'offerta tecnica, non può contenere variazioni sostanziali qualitative e/o quantitative rispetto a quanto contenuto nell'offerta di gara. A tale stregua, la Edil 89 non potrebbe che

trasfondere nel progetto esecutivo, per gli infissi, oltre alla contraddittoria descrizione qualitativa della quale si è già detto, la quantità offerta in sede di gara nel computo metrico, cioè 98,040 mq., ampiamente insufficiente alla loro totale sostituzione. Ogni modifica sostanziale apportata in sede di progetto esecutivo al numero di infissi, oltre ad integrare una violazione della *par condicio*, implicherebbe una non corretta formazione del vincolo contrattuale, in quanto l'originaria proposta (98 mq.) che ha trovato accettazione con il provvedimento di aggiudicazione verrebbe surrettiziamente modificata al di fuori del procedimento a evidenza pubblica.

8.2.2d.1- Né potrebbe estendersi alla fattispecie in scrutinio il principio di prevalenza dell'offerta espressa in lettere su quella in numeri di cui all'art. 119, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, la cui portata è sempre stata limitata, in verità, a discrasie relative alla sola offerta economica.

Nell'applicazione di tale principio compiuta dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2015, quest'ultima ha ritenuto che *“nelle procedure di aggiudicazione dei lavori, servizi o forniture le stazioni appaltanti tramite le commissioni giudicatrici possono correggere le divergenze riscontrate tra offerte indicate in cifre e offerte indicate in lettere solo quando vi sia ragionevole certezza della percezione dell'effettiva volontà espressa, senza che al risultato contribuiscano fonti di conoscenza esterne all'offerta medesima o dichiarazioni integrative o rettificative dello stesso offerente (che non sono ammesse)...”*.

A tale stregua, nella presente vicenda, dall'esame dei soli e (quantomeno) contraddittori documenti dell'offerta della Edil 89 non poteva in alcun modo ritenersi emergente con *“ragionevole certezza”* la sua volontà di sostituire tutti gli infissi, se non incorrendo in un'inammissibile petizione di principio; né, come già diffusamente illustrato al par. 8.1, poteva nutrirsi certezza alcuna sull'indicazione della tipologia di infissi da utilizzare per tale sostituzione (legno-alluminio o alluminio-legno).

Quindi, contrariamente a quanto asserito dalle parti resistenti, dai documenti costituenti l'offerta della controinteressata la Commissione non avrebbe potuto trarre con adeguata certezza alcuna univoca percezione della volontà dell'offerente.

9 - Conclusivamente, in considerazione dell'acclarata fondatezza del primo e del secondo motivo del presente ricorso (cfr. parr. da I.3 a I.7) l'impugnativa va accolta, con l'assorbimento del terzo mezzo (relativo alle conseguenze delle contraddizioni dell'offerta della controinteressata sulla sua congruità) consentito dal principio c.d. della ragione più liquida (cfr. par. 9.3.4.3 e 5.2 Ad. Plen. n. 5/2015).

L'aggiudicazione impugnata va pertanto annullata, dal momento che dai documenti relativi all'offerta tecnica della Edil 89 sono emerse: i) una palese discordanza sulla tipologia - e quindi la qualità - degli infissi offerti quale miglioria al progetto posto a base d'asta; ii) la sottostima del numero e superficie degli infissi da sostituire, con conseguente impossibilità di provvedere alla loro sostituzione completa e integrale prescritta dal criterio A2) del disciplinare. Sicché la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'esclusione dell'offerta della controinteressata, ai sensi dell'art. 16 par. "condizioni dell'offerta" lett. f), g), i) ed l) del disciplinare, in quanto in parte recante soluzioni alternative (cfr. par. 8.1) e in parte soluzioni contraddittorie (cfr. par. 8.2); o quantomeno non avrebbe potuto attribuirle alcun punteggio per la voce relativa al criterio A.2) del disciplinare in aderenza al disposto dell'art. 16, par. "condizioni dell'offerta", lettera l), del disciplinare di gara, lì dove prevede che: *"non sarà assegnato alcun punteggio alle offerte che snaturino gli aspetti fondamentali del progetto esecutivo posto a base di gara oppure che presentino, nella relazione o nel richiamo agli allegati, soluzioni illogiche, ambigue o contraddittorie"*.

10 - Le tematiche vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al T.A.R., essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 cod.proc.civ., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il

chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante - cfr. *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. Civ., II, n. 3260/1995; per quelle più recenti, Cass. Civ., V, n. 7663/2012; Cons. St., VI, n. 3176/2016).

Gli argomenti di doglianza o difesa non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione, e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

11 - Le spese legali seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla: i) la determinazione del Comune di Sant'Elia a Pianisi n. 153 del 30 dicembre 2022, recante l'aggiudicazione definitiva dei lavori di miglioramento sismico della sede del Municipio, in favore della Edil 89 di Camino Antonio s.r.l.; ii) tutti gli atti presupposti, nella parte in cui l'offerta della Edil 89 di Camino Antonio s.r.l. è stata ritenuta ammissibile e valutabile e ha conseguito un punteggio per il criterio A2) del disciplinare.

Condanna in solido la controinteressata e il Comune al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, le quali vengono liquidate nella misura di euro 3.000,00, oltre agli accessori come per legge e al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Gaviano, Presidente

Massimiliano Scalise, Referendario, Estensore

Francesco Avino, Referendario

L'ESTENSORE
Massimiliano Scalise

IL PRESIDENTE
Nicola Gaviano

IL SEGRETARIO