

Publicato il 08/07/2021

N. 05203/2021REG.PROV.COLL.
N. 00970/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 970 del 2021, proposto da L'Operosa s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvia Marzot, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Dussmann Service s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Orsola Cortesini, Giuseppe Morbidelli, Matteo Anastasio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Orsola Cortesini in Roma, viale Bruno Buozzi 68;

nei confronti

della Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fiammetta Fusco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Marcantonio Colonna n. 27;

Asl Roma 6 non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 1199/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Dussmann Service S.r.l. e della Regione Lazio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2021, svolta in modalità da remoto, il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società appellante chiede la riforma della sentenza n. 1199 del 28 gennaio 2021 con cui il TAR per il Lazio, sede di Roma, Sezione Terza Quater, in accoglimento del ricorso proposto dalla controinteressata Dussmann, ha annullato l'aggiudicazione, quanto al lotto 5, della gara comunitaria centralizzata a procedura aperta indetta dalla Regione Lazio con bando pubblicato sulla GUUE del 22.12.2017 per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione occorrente alle Aziende Sanitarie e Ospedaliere della Regione Lazio.

1.1. In particolare, il giudice di prime cure condivideva la censura secondo cui l'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria per le aree classificate con codice Bianco recasse una frequenza del servizio (2/7) inferiore, quanto alle pulizie continuative, rispetto a quella prevista dal capitolato (7/7).

In particolare, per 2 voci relative al settore "BIANCO" (che comprende "Balconi, terrazzi, lastrici solari e coperture accessibili, aree esterne scoperte, marciapiedi, zona sosta ambulanze, viali e piazzali, parcheggi, tunnel di collegamento in ambito tecnico, cortili, scale di emergenza"), e precisamente per la "chiusura e trasporto al punto di raccolta dei rifiuti solidi urbani o

assimilabili agli urbani e sostituzione del sacchetto e/o del contenitore”, e per la “raccolta di carta, cartone ed altri rifiuti di maggiori dimensioni e conferimento al punto di raccolta” (ID 1 e 2), era emerso che l’aggiudicataria, L’Operosa, avesse offerto una frequenza di “2/7”, e cioè di soli due giorni a settimana, anziché di “7/7”, e cioè di sette giorni a settimana; nel senso che tali attività avrebbero dovuto essere svolte come minimo una volta al giorno ogni giorno della settimana.

2. Avverso il suddetto *decisum* l’appellante deduce che:

- a) quelle violate non erano prescrizioni capitolari a presidio di requisiti da ritenersi essenziali ma mere indicazioni non qualificate esplicitamente come minime ed oltretutto riferite ad attività (2 su 89) con codice bianco e, dunque, a rischio nullo;
- b) l’omessa indicazione di frequenze migliorative non avrebbe potuto comportare, comunque, la esclusione ma, essendo oggetto di valutazione, avrebbe al più potuto incidere negativamente sulla attribuzione del punteggio;
- c) la prescrizione in argomento non era presidiata da una sanzione espulsiva di guisa che il giudice di prime cure avrebbe irrispettamente introdotto una causa di esclusione non prevista;
- d) avrebbe dovuto ammettersi la possibilità di chiarimenti mediante soccorso istruttorio per ricostruire la volontà dell’offerente a cagione dell’equivocità delle disposizioni di gara.

3. Resiste in giudizio Dussmann, che ripropone, ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.a., le domande ed eccezioni assorbite nella sentenza di primo grado e in particolare:

- a) con un primo motivo, evidenzia che i concorrenti, alla stregua della legge di gara, avrebbero dovuto indicare il monte ore relativo alle figure “dirigenziali” nell’ambito della descrizione della struttura organizzativa dedicata alla gestione dell’appalto, nella specie stimato dall’Operosa per un monte ore annuo complessivo di n. 494,06 ore, da ritenersi, però, insufficiente rispetto ai requisiti di minima fissati dal disciplinare, all’articolo 10, per i “Supervisor

Responsabili”, e pari ad “8 ore” al giorno per “tutti i giorni non festivi” della settimana e dunque non inferiore ad un monte ore settimanale pro capite di 40 ore;

b) sarebbe, inoltre, viziato il subprocedimento di verifica di anomalia. L’Operosa ha indicato un monte ore annuo di n. 220.400,00 ore per un totale di n. 264 “operatori per attività pulizia”, che non ricomprienderebbe però il monte ore delle figure dirigenziali, stimato in altro paragrafo della relazione in 494,06 ore in conformità alle previsioni del disciplinare (ex articolo 6). Su sollecitazione della commissione l’Operosa ha prodotto una relazione integrativa. Il giudizio finale di congruità sarebbe comunque illegittimo per difetto di istruttoria e di motivazione, avendo considerato il “monte ore annuale per svolgere il servizio di pulizia continuativa e periodica” indicato al paragrafo B.III della relazione tecnica, senza tener conto però delle 13 “figure dirigenziali” adibite a funzioni di gestione, coordinamento e controllo del servizio e del relativo monte ore annuo di 494,06 ore. Tanto si tradurrebbe in una sottostima del costo del personale pari a circa Euro 47.000,00 per l’intera durata contrattuale dell’appalto che è tale da “erodere” completamente il margine di utile indicato da L’Operosa in Euro 46.197,00;

c) tale sottostima sarebbe ulteriormente aggravata ove si consideri l’impiego minimo dei supervisor come da disciplinare;

d) L’operosa rispetto al lotto 5 avrebbe messo a disposizione per le sostituzioni 54 addetti: non sarebbe plausibile che le unità di personale impiegate nelle attività ordinarie e periodiche siano chiamate ad intervenire anche oltre l’orario contrattuale per far fronte ad eventuali necessità di sostituzione per le quali sono state individuate nell’offerta tecnica ben n. 54 unità dedicate ed aggiuntive;

e) invalidità derivata.

4. Con ordinanza n. 1066 del 4.3.2021, questa Sezione ha respinto l’istanza cautelare avanzata dall’appellante di sospensione dell’esecutività della sentenza appellata.

4.1. All'udienza del 24.6.2021, svoltasi in modalità da remoto, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. L'appello è infondato e, pertanto, va respinto.

6. Con un primo motivo, l'appellante deduce che il TAR avrebbe male interpretato la disciplina di gara erroneamente ritenendo che le frequenze degli interventi di pulizia indicate nel capitolato fossero *frequenze minime e quindi costituissero un dato essenziale e inderogabile da parte dei concorrenti ai quali, era consentito soltanto di offrire frequenze migliorative.*

Di contro, secondo l'appellante, *“il bando di gara, il disciplinare L'allegato sub 1 (doc. 17) non esplicitavano le frequenze minime di pulizia ma davano delle mere indicazioni”* che per lo più rinviavano *“ad accordi esecutivi con le ASL di riferimento – come peraltro riportato nell'all sub 1 (doc. 17) – circa il numero delle frequenze”*.

Oltretutto, precisa ancora l'appellante, dalla scheda prestazionale di cui all'allegato SUB 1 emergerebbe una *individuazione di frequenze a geometria variabile.*

6.1. Ritiene il Collegio che la pur suggestiva lettura offerta dall'appellante non possa essere condivisa.

In tal senso si rivela eloquente la piana lettura della disciplina di gara, alla stregua dello stesso chiaro valore semantico evincibile dal contenuto delle relative prescrizioni, interpretate in modo sistemico.

6.2. Preliminarmente, mette conto evidenziare che nel *decisum* qui appellato risultano valorizzate le seguenti prescrizioni:

- al punto V, relativo alle “Frequenze degli interventi di pulizia”, il disciplinare prevedeva che l'offerta dovesse *“Descrivere le eventuali frequenze migliorative relative alle pulizie continuative e periodiche che si intende offrire. In particolare per ciascuna miglioria occorre indicare la prestazione così come definita nel capitolato, il minimo previsto dal capitolato e la frequenza offerta. Le frequenze migliorative sono comunque incluse nei canon?”*;

- il paragrafo “Criteri di attribuzione del punteggio tecnico”, al punto ID 6 prevedeva, con riferimento alle “Frequenze migliorative”, che sarebbe stata

“espressa preferenza per le offerte che prevedano un miglioramento significativo delle frequenze minime previste dal capitolato tecnico per l'erogazione dei servizi di pulizia continuativa e periodica”;

- il capitolato tecnico, nel trattare, a pag. 6, della “pulizia e sanificazione giornaliera”, specifica che essa sia *“da effettuarsi una o più volte al giorno secondo le procedure e frequenze minime specificate nel presente capitolato e nelle schede prestazionali (Sub Allegato 1) o eventualmente concordate con la singola Azienda Sanitaria, articolate in relazione alla diversa classificazione delle aree strutturali per coefficienti di complessità di sanificazione/ codice colore”*.

E proprio muovendo da una lettura sistemica delle richiamate disposizioni che il TAR ha ritenuto che ha ragione la ricorrente ad affermare che *“non può esservi alcun dubbio sul fatto che le frequenze indicate nel capitolato tecnico per lo svolgimento dei servizi fossero frequenze minime e quindi costituissero un dato essenziale e inderogabile da parte dei concorrenti ai quali, infatti, era appunto consentito soltanto di offrire frequenze migliorative”*.

6.3. Tanto premesso, rileva il Collegio che solo nella memoria di replica depositata in data 11.6.2021 l'appellante, integrando il ventaglio delle osservazioni censoree, muove un rilievo aggiuntivo alla decisione appellata che avrebbe impropriamente esteso la disciplina suindicata – riferibile esclusivamente alle sole attività di pulizia e sanificazione – all'attività di gestione di rifiuti urbani, che, viceversa, nell'economia della disciplina di gara, andrebbe differenziata rispetto alla prima proprio in relazione al dato controverso, qui in rilievo, delle frequenze minime.

In tal modo, il TAR avrebbe confuso le frequenze di pulizia con l'attività di gestione dei rifiuti urbani.

Sul punto, però, deve, anzitutto, obiettarsi che nell'impianto argomentativo desumibile da una piana lettura dell'appello tale critica – circa cioè l'impropria sovrapposizione del distinto regime previsto dalla legge di gara rispetto ai diversi servizi in cui si articolava l'appalto – non risulta mossa risultando, pertanto, irrualmente introdotta solo con la summenzionata memoria

difensiva, non notificata e depositata l'11.6.2021. Il suddetto tema, su sollecitazione del Collegio, è stato discusso dalle parti nell'udienza di trattazione.

6.4. Ciò nondimeno, ed in disparte il suindicato profilo, ritiene il Collegio che la decisione appellata meriti di essere confermata, in quanto gli stralci regolatori sopra richiamati, ancorché riferiti ai servizi di pulizia, assumono una valenza esemplificativa di una regola replicabile anche per le altre prestazioni, ove chiaramente soggette nella loro articolazione ad un dato minimo di frequenza. L'unico elemento differenziale va, infatti, individuato nel fatto che, per i servizi di pulizia in senso stretto, un incremento delle frequenze minime comportava, nell'economia della disciplina di gara, l'assegnazione di un miglior punteggio.

D'altro canto, non può essere qui obliato che il disciplinare di gara, all'articolo 1, nel definire l'oggetto dell'appalto, precisa che tutte le attività (e dunque non solo i servizi di pulizia e sanificazione ma anche gli altri servizi) sono *“specificate dettagliatamente nel Capitolato Tecnico”*, soggiungendo che *“dovranno essere eseguite secondo le modalità, condizioni e termini stabiliti nello stesso Capitolato Tecnico, nel Bando, nel Disciplinare e nello Schema di Convenzione”*.

E', dunque, di immediata evidenza già nell'economia della richiamata disposizione che, proprio in relazione al dato qui in rilievo delle frequenze dei vari servizi, i dati evincibili dal capitolato fossero da intendere, ove esplicitati, come requisiti di minima.

All'interno della descritta cornice regolatoria, già di per sé sufficiente, l'ulteriore esplicitazione *“descrittiva”* sulla valenza minima dei servizi di pulizia assume, dunque, una ulteriore ed indiretta conferma dell'assunto di fondo su cui poggia la decisione di primo grado secondo cui *“non può esservi alcun dubbio sul fatto che le frequenze indicate nel capitolato tecnico per lo svolgimento dei servizi (tutti i servizi n.d.r. e non solo quelli di pulizia) fossero frequenze minime e quindi costituissero un dato essenziale e inderogabile da parte dei concorrenti ai quali, infatti, era appunto consentito soltanto di offrire frequenze migliorative”*.

D'altro canto, il capitolato tecnico, da parte sua, all'articolo 1, precisa che *L'appalto ha per oggetto l'espletamento del servizio di pulizia e sanificazione e degli altri servizi occorrenti alle Aziende Sanitarie della Regione Lazio così come dettagliato nel presente capitolato e nei relativi allegati*, di guisa che gli allegati concorrono, nella definizione contenutistica, delle prestazioni poste a base di gara anche per i profili afferenti alla relativa tempistica.

E il necessario rispetto di tali prescrizioni – ove puntualmente definite, come nel caso di specie, in sinergia con gli allegati - non può essere revocato in dubbio, a mente del disposto di cui al successivo articolo 2, secondo cui *“L'impresa deve effettuare i servizi oggetto del presente documento e assicurare, altresì, la rigorosa osservanza di tutte le condizioni in esso contenute.*

Nella suddetta prospettiva, non può, dunque, negarsi il valore cogente delle indicazioni rinvenienti dall'allegato al capitolato nella parte in cui, relativamente al settore “BIANCO” (che comprende “Balconi, terrazzi, lastrici solari e coperture accessibili, aree esterne scoperte, marciapiedi, zona sosta ambulanze, viali e piazzali, parcheggi, tunnel di collegamento in ambito tecnico, cortili, scale di emergenza”), e precisamente per la “chiusura e trasporto al punto di raccolta dei rifiuti solidi urbani o assimilabili agli urbani e sostituzione del sacchetto e/o del contenitore”, e per la “raccolta di carta, cartone ed altri rifiuti di maggiori dimensioni e conferimento al punto di raccolta” (ID 1 e 2), prescriveva la frequenza di “7/7”.

Resta evidente che solo per i profili non direttamente disciplinati il capitolato rimette alle indicazioni delle singole ASL la possibilità di conformare, *in executivis*, le modalità di svolgimento del servizio.

Sul punto, deve, dunque, ritenersi condivisibile la lettura offerta dal primo giudice secondo cui la *lex specialis*, avuto riguardo al significato letterale delle richiamate prescrizioni, recasse frequenze minime da rispettare suscettive di offerte migliorative.

6.5. E' invero *ius receptum* in giurisprudenza (*ex plurimis*, Cons. Stato, III, 6 marzo 2019, n. 1547) il principio, di recente richiamato dalla V Sezione, a

mente del quale dev'essere “*privilegiata, a tutela dell'affidamento delle imprese, l'interpretazione letterale del testo della lex specialis, dalla quale è consentito discostarsi solo in presenza di una sua obiettiva incertezza, atteso che è necessario evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale*” (Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2021, n. 2710).

Ciò al fine di garantire che le procedure concorsuali si svolgano secondo obiettivi principi di certezza e di trasparenza (*id est*, di verificabilità), i quali impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole della *lex specialis* di gara.

Il bando, costituendo la *lex specialis* del concorso, deve essere interpretato in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima, sia del più generale principio che vieta la disapplicazione del bando, quale atto con cui l'amministrazione si è originariamente autovincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva (Consiglio di Stato sez. VI, 02/03/2021, n.1788; Consiglio di Stato , sez. III , 15/02/2021 , n. 1322; Consiglio di Stato , sez. III , 24/11/2020 , n. 7345).

6.6. Anche una lettura sistemica delle richiamate prescrizioni conferma, in definitiva, che le frequenze degli interventi richiesti, ove espressamente indicate, costituissero elementi minimi inderogabili.

In altri termini, dai contenuti precettivi evincibili dalla legge di gara è possibile evincere come principio di fondo, ed in linea con la stessa dimensione ontologica di una procedura selettiva, l'ammissibilità di due sole tipologie di offerte, quelle migliorative o, eventualmente, le offerte prive di migliorie, ma evidentemente non anche offerte *in pejus*.

7. E' pur vero che nell'impianto regolatorio qui in rilievo non sempre risultino definite le frequenze minime richieste essendo talvolta rimessa la definizione di tale dato ad un successivo accordo da definire *in executivis*; ciò nondimeno la valenza conformativa di tale opzione organizzativa non può che rimanere circoscritta alle sole voci cui inerisce, avendo la stazione appaltante, rispetto ad altre voci, già preferito, invece, fissare le soglie minime delle frequenze richieste, talvolta limitando l'elasticità della relativa previsione nel senso di riservarsi la possibilità di un incremento. Rispetto a tali voci, diverse da quelle qui in rilievo, si è, infatti, previsto che *“sono considerate minime e quindi incrementabili in accordo con l'Azienda sanitaria nel caso di aree con elevata affluenza”*.

Nel caso qui in rilievo, viceversa, il dato della frequenza minima è chiaramente indicato e senza condizioni di sorta.

In altri termini, non par dubbio concludere, anche in una lettura comparativa che tenga conto delle diverse scelte operate dalla stazione appaltante, nel senso che, laddove risultino esplicitate le frequenze richieste, queste siano da intendere come requisiti minimi.

8. Né hanno pregio le ulteriori argomentazioni censoree sviluppate dall'appellante nella parte in cui afferma che *non tutte le prestazioni devono essere qualificate come essenziali*, volendo intendere che la difformità, per le zone indicate come *“bianco”*, di due frequenze, sulle 89 indicate nell'allegato, costituirebbero una deviazione non essenziale dal capitolato.

8.1. E', infatti, di tutta evidenza che la selezione delle prestazioni richieste e dei cd. requisiti di minima ricade nelle scelte discrezionali compiute a monte dalla stazione appaltante e non è suscettiva di sindacato se non profili di manifesta illogicità e/o irragionevolezza, qui non in rilievo.

Va qui ribadita, come rilevato più volte dalla Sezione (cfr. da ultimo cfr. Cons. St., sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595), la pacifica vigenza del principio per il quale quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta

all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502). L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire *in executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentale finalizzata alla *par condicio*: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti.

9. Parimenti, nemmeno possono essere condivisi i conclusivi rilievi dell'appellante nella parte in cui affermano che la necessità dichiarata nel bando e nel capitolato tecnico, di formulare delle offerte tecniche flessibili allineate ai fabbisogni dell'azienda sanitaria locale, impedirebbe a priori di prevedere delle frequenze inderogabili, limitandosi a riportare delle mere indicazioni la cui mancanza, quindi, non potrebbe comportare l'esclusione. E, invero, conclude l'appellante, le stesse frequenze qui in rilievo sarebbero modificabili in sede esecutiva.

9.1. Sul punto, è agevole obiettare che i valori presuntivi confluiti nelle prescrizioni capitolari – pur non essendo vincolanti nella fase di esecuzione del contratto – costituiscono indubbiamente un parametro di riferimento, come peraltro fatto palese dalla piana lettura delle sopra richiamate disposizioni, per il confezionamento delle offerte e, pertanto, di essi non potevano non tener conto gli operatori né, del pari, da essi poteva prescindere la stazione appaltante nella fase di scrutinio delle offerte presentate.

In altri termini, i parametri che qualificano le prestazioni richieste dalla legge di gara, pur assumendo sul piano esecutivo una valenza solo indicativa del fabbisogno dell'Amministrazione, riflettono, viceversa, nella fase competitiva e sul versante soggettivo dei concorrenti, rilievo cogente quanto al confezionamento delle offerte che altrimenti nemmeno sarebbero comparabili in quanto potrebbero essere confezionate dal singolo operatore sulla base di dati disomogenei o, comunque, "liberamente" interpretabili.

10. Con un distinto motivo di gravame, la società appellante deduce che le prescrizioni afferenti al tema delle frequenze esaurivano la loro rilevanza sul piano del valore premiante delle migliori.

Inoltre, le due frequenze offerte non sarebbero inferiori di cinque rispetto alle 7 richieste dal capitolato, in quanto, trattandosi di migliori, l'indicazione "2/7" starebbe a significare che l'Azienda l'Operosa avrebbe offerto, quali migliori, due interventi in più dei sette richiesti.

10.1. Anche tale motivo non ha pregio.

Anzitutto, non può essere revocato in dubbio quanto già sopra evidenziato come il tema delle migliori si innesti su una soglia minima di prestazioni richieste in guisa che, ove la prestazione offerta scenda al di sotto di tale soglia, non è più solo questione di punteggio da assegnare ma anche di mancato perfezionamento dell'accordo nell'accezione minima prevista dalla legge di gara.

10.2. Inoltre, quanto al significato effettivo dei valori offerti dall'appellante, non può essere obliato che le offerte migliorative proposte dall'appellante seguono un criterio, ossia quello di indicare al denominatore l'arco dei giorni nei quali l'intervento sarà svolto e, al numeratore, la frequenza degli interventi proposti, in totale, e non in aggiunta alle frequenze indicate dalla stazione appaltante. E d'altro canto, tale chiave di lettura trova conferma nella disamina dell'intera offerta confezionata dall'appellante. In definitiva, alla stregua dell'univoco significato rinveniente dalle prescrizioni di gara, per le due

tipologie di interventi contestati, l'appellante ha proposto 2 frequenze ogni 7 giorni e non come vorrebbe sostenere, 9 frequenze.

11. Nemmeno può essere condiviso l'ulteriore motivo di gravame secondo cui il TAR avrebbe errato nel disporre l'esclusione dell'Operosa per la difformità dell'offerta tecnica rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla *lex specialis*.

Secondo l'appellante, in mancanza di un'esplicita previsione, “*solo la carenza sostanziale della predetta offerta avrebbe comportato l'esclusione: e non è certamente l'omessa indicazione di una frequenza migliorativa, ritenuta inferiore, rispetto a quelle che erano delle mere indicazioni*”.

11.1. Sul punto, è sufficiente obiettare che la carenza nell'offerta dell'appellante si è sostanziata, non già nell'omessa indicazione di una frequenza migliorativa, in una offerta peggiorativa rispetto ai requisiti minimi prescritti; la stessa previsione di condizioni di minima rende evidente l'essenzialità dei requisiti di frequenza richiesti indipendentemente al fatto che afferissero a prestazioni classificate in codice bianco.

11.2. Ora, come è noto, le caratteristiche essenziali e indefettibili - ossia i requisiti minimi - delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* della gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, perché non è ammissibile che il contratto venga aggiudicato a un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito che vale a individuare l'essenza stessa della *res* richiesta, e non depone in senso contrario la circostanza che la *lex specialis* non disponga espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle pretese, risolvendosi tale difformità in un *aliud pro alio* che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria in tal senso (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 25 luglio 2019 n. 5260).

12. Le considerazioni fin qui esposte inducono a disattendere anche l'ultimo motivo di gravame con il quale l'appellante lamenta la mancata applicazione, da parte del TAR, del cd. soccorso istruttorio.

12.1. E', infatti, di tutta evidenza che, nel caso qui in esame, non vengono in rilievo meri errori ovvero inesattezze documentali bensì una vera e propria difformità dell'offerta rispetto alle prescrizioni inderogabili del capitolato, non suscettiva di sanatoria ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 83 comma 9 del codice dei contratti.

L'appellante ha infatti offerto, per due tipologie di interventi, una frequenza di circa il 70% inferiore rispetto a quanto richiesto dal capitolato.

12.2. D'altro canto, sotto il profilo in esame, nemmeno potrebbe accedersi alla tesi della Regione Lazio secondo cui vi sarebbe un automatico effetto sanante nel senso che dovrebbero considerarsi tacitamente applicate le frequenze minime previste dal capitolato tecnico. E' di tutta evidenza che tale meccanismo, azzerando di fatto la stessa ragione d'essere di una procedura comparativa, implicherebbe, in apice, l'impropria modifica dell'offerta presentata sovrapponendo alla volontà negoziale espressa dal singolo operatore contenuti regolatori ad essa estranei.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, l'appello va respinto. Nella suindicata statuizione resta assorbita la rivendicata valorizzazione degli ulteriori motivi di doglianza qui riproposti da Dussmann ai sensi e per l'effetto di cui all'articolo 101 comma 2 c.p.a. e che non condurrebbero a risultati diversi da quelli qui già conseguiti.

Le spese seguono la soccombenza nei rapporti con la controinteressata e vanno liquidate come da dispositivo, mentre possono essere compensate nei rapporti con la Regione.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio in favore della controinteressata Dussmann, che liquida in € 3.000,00 (tremila/00).

Spese compensate nei rapporti con la Regione.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2021 con
l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO