

Garanzia provvisoria. Funzione. Integrazione postuma.

di Vittoria Chiacchio

Data di pubblicazione: 25-1-2025

Con la pronuncia in parola, il Tar meneghino si sofferma sulla funzione della garanzia provvisoria, sulla sua soccorribilità (o meno) mediante soccorso istruttorio e sulla data (anteriore alla scadenza di presentazione delle offerte) che la stessa debba necessariamente avere.

Publicato il 09/12/2024

N. 03546/2024 REG.PROV.COLL.

N. 02030/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2030 del 2024, proposto da Itapol Vigilanza s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Alice Volino e Alessio Maria Tropiano, con domicilio eletto presso lo studio Antonino Geronimo G. La Russa in Milano, corso di Porta Vittoria;

contro

S.E.A. Società per Azioni Esercizi Aeroportuali s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Larga 23;

nei confronti

ICTS Italia a socio unico s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Piergiuseppe Venturella, Francesco Verrastro e Marco Monaco Sorge, con domicilio eletto presso lo studio Piergiuseppe Venturella in Milano, via Gonzaga 5;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della nota del 21.6.2024 – comunicata in pari data ed annessa nota del 21.6.2024, recante lettera di comunicazione posizionamento al 2° posto in graduatoria), con la quale la Società per Azioni Esercizi Aeroportuali – SEA s.p.a., in qualità di Stazione appaltante, ha definitivamente aggiudicato in favore della ICTS Italia s.r.l. la procedura negoziata per “l'affidamento del supporto ai servizi di sicurezza presso gli Aeroporti di Milano Linate e Milano Malpensa - C.I.G. n. A03FDC842A” – (Codice RdO: Rfq_626).

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da ICTS Italia a socio unico s.R.l. il 20\9\2024 :

per l'annullamento

- del verbale di “Apertura delle Buste di Qualifica” dell’8 e del 9 maggio 2024 (doc. 2) nella parte in cui la Commissione “ritiene di chiedere integrazioni” ad ICTS in riferimento alla cauzione di cui al punto III.1).2 della Lettera di invito, presentata dall’operatore economico in misura ridotta del 30% rispetto all’importo previsto, “a fronte della presentazione della certificazione ISO 9001”, nonché della conseguente Richiesta di integrazione del 14/5/2024 (doc. 21);
- dei verbali della Commissione di gara con i quali sono stati attribuiti i punteggi qualitativi all’offerta di Itapol Vigilanza s.r.l. e, in particolare, del verbale n. 3 del 3 e 6 giugno 2024 (doc. 4) con cui sono stati assegnati i punteggi e i giudizi meglio dettagliati nell’apposita tabella di valutazione tecnica (doc. 8) in relazione al parametro 2.1.1. (Expertise della Società) nella parte in cui l’RTI Itapol Vigilanza s.r.l. ha conseguito giudizio di ottimo;
- della graduatoria finale;
- della nota del RUP 14.5.2024, trasmessa tramite la piattaforma telematica con la quale è stata richiesta in soccorso istruttorio l’integrazione della garanzia provvisoria;
- e per quanto occorrer possa, della Lettera di invito ed in particolare della previsione di cui al punto III.1).2 a mente della quale la garanzia provvisoria è riducibile del 50% a fronte del possesso del Rating di Legalità, indipendentemente dal punteggio assegnato;
- per quanto occorrere possa, di ogni altro atto precedente, successivo, consequenziale e

comunque connesso a quelli impugnati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.E.A. Società per Azioni Esercizi Aeroportuali s.p.a. e di ICTS Italia a socio unico s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2024 il dott. Antonio Vinciguerra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con bando pubblicato il 26.12.2023 la società per gli esercizi aeroportuali S.E.A. s.p.a. aveva indetto una procedura negoziata a offerta economicamente più vantaggiosa, del valore di € 66.360.000,00, per l'affidamento quadriennale, con possibile proroga di un anno, del supporto ai servizi di sicurezza presso gli aeroporti di Milano Linate e Milano Malpensa.

La graduatoria finale della gara ha visto al primo posto ICTS Italia a socio unico s.r.l. (punti 91,47, di cui 67 per l'offerta tecnica e 24,47 per l'offerta economica) e al secondo il raggruppamento temporaneo d'impresе con mandataria Itapol Vigilanza s.r.l. (punti 90,73, di cui 64,50 per l'offerta tecnica e 26,23 per l'offerta economica).

La gara, dunque, è stata aggiudicata a ICTS.

Itapol ha presentato reclamo con istanza di autotutela, respinta dalla stazione appaltante. Quindi la società ha presentato ricorso innanzi a questo Tribunale.

1. Con il primo motivo di doglianza lamenta la mancata esclusione dalla gara di ICTS, la quale ha presentato nei termini per il deposito delle offerte la cauzione provvisoria richiesta dalla lettera d'invito, ma inferiore del 30%.

Secondo parte ricorrente illegittimamente la stazione appaltante ha attivato soccorso istruttorio accettando la tesi dell'errore scusabile avanzata da ICTS in sede di chiarimenti, con riferimento a un'interpretazione dell'art. 106, comma 8, del D.Lgs. n. 36/2023 non riconosciuta dal gestore della gara: ovvero che la riduzione del deposito cauzionale sia giustificata dal possesso della certificazione ISO 9001.

Inoltre, deduce la ricorrente, l'integrazione della cauzione effettuata da ICTS a seguito del

soccorso istruttorio (illegittimo) è fatta decorrere dal 14.5.2024, otto giorni dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte e della documentazione, in contrasto con il comma 5 del citato art. 106 (recepito dalla legge di gara), che prescrive l'efficacia dei depositi cauzionali dalla data di presentazione delle offerte.

2. In subordine al primo motivo, ritenuto dirimente da Itapol, parte ricorrente ritiene ingiustificata l'assegnazione a entrambi i concorrenti del punteggio massimo previsto per il criterio expertise della società, relativo all'esperienza di gestioni analoghe a quella oggetto dell'appalto in gara.

Secondo le istruzioni di cui al documento 9 allegato alla lettera d'invito le concorrenti avrebbero dovuto presentare una relazione sui contratti di *security* eseguiti nell'ultimo triennio negli aeroporti e in altri luoghi di trasporto pubblico. Itapol sostiene che il punteggio massimo riconosciuto alla controparte non è congruo in relazione all'entità dei servizi svolti direttamente. La società aggiudicataria, infatti, ha indicato in prevalenza servizi eseguiti all'estero da società controllate, mentre i pochi contratti direttamente eseguiti in Italia hanno ad oggetto servizi di sicurezza in aeroporti di non grandi dimensioni, quali gli aeroporti di Pisa, Genova e Verona, non paragonabili a grandi aeroporti come Milano Linate e Malpensa, laddove in quest'ultimo aeroporto ICTS ha in precedenza svolto solo un servizio di logistica, diverso dalla *security*.

3. In ulteriore subordine Itapol contesta l'ammissione dell'offerta di ICTS sotto altri profili. Sostiene che l'offerta economica avversaria è incompleta perché nel definire le ore mediamente lavorate non espone i dati giustificativi della percentuale di assenteismo, rimandando genericamente allo storico aziendale. È inoltre contraddittoria laddove riconosce a tutti i lavoratori della precedente gestione, da assorbire con la clausola sociale, il trattamento economico per i livelli acquisiti superiori al IV, ma tuttavia ha calcolato l'intero trattamento tabellare solo sui parametri del IV livello.

S.E.A. e ICTS hanno presentato memorie di controdeduzioni.

L'aggiudicataria altresì propone ricorso incidentale, deducendo quanto di seguito.

A. La riduzione della cauzione richiesta nella misura del 30% è giustificata dall'art. 106, comma 8, del nuovo codice dei contratti pubblici, correlata al possesso della certificazione ISO UNI 9001, ed erroneamente la stazione appaltante ha ritenuto la norma non applicabile e riconoscibile la sola riduzione prevista per il rating di legalità, non posseduto da ICTS. Debbono pertanto essere annullati gli atti con i quali è stata chiesta in gara l'integrazione del deposito cauzionale.

B. Ai sensi dell'art. 2.1.1 del bando di gara per l'expertise della società i concorrenti erano chiamati a dimostrare esperienza e capacità descrivendo nel dettaglio i contratti di vigilanza eseguiti nell'ultimo triennio, con particolare riferimento ai servizi svolti in aeroporti, porti, stazioni ferroviarie e metropolitane e altri luoghi pubblici o aperti al pubblico equivalenti. La descrizione relazionale di Itapol per i contratti eseguiti non è dettagliata, ma è limitata alla produzione di alcune tabelle riepilogative con informazioni su committenza, stipula, durata,

importo, settore, servizi svolti e strutture operative e di coordinamento. Secondo ICTS per il criterio expertise all'offerta Itapol, anziché il punteggio massimo (5 punti) riconosciuto per le esperienze ottimali, avrebbe dovuto essere attribuito il punteggio di 0,75, previsto per le esperienze solo parzialmente adeguate. Lo scarto tra le due offerte concorrenti sarebbe così salito a 4,99 punti e per Itapol sarebbe venuta meno la prova di resistenza atta a sostenere l'interesse al secondo motivo del suo ricorso principale.

Le parti hanno presentato memorie di replica e conclusionali.

La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 6 novembre 2024.

DIRITTO

Si esamina il primo motivo del ricorso principale.

Parte ricorrente deduce che l'ammissione dell'offerta avversaria è illegittima giacché in contrasto con la disciplina dell'art. 106 del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al D.Lgs. 31.3.2023 n. 36, nei limiti in cui è recepita dalla *lex specialis* della procedura negoziata, la quale prevede il deposito in gara di una cauzione quale garanzia provvisoria costituita a favore della stazione appaltante.

Secondo Itapol l'attività illegittima sarebbe duplice: aver ammesso l'errore scusabile e il soccorso istruttorio integrativo a fronte di un deposito cauzionale inferiore del 30% al dovuto e aver accettato un'integrazione decorrente in termini di efficacia da data posteriore di circa una settimana al termine prefisso per il deposito delle offerte e della documentazione.

La controinteressata ICTS sostiene di essere stata indotta in errore dalla lettura del comma 8 dell'art. 106, che contempla la riduzione del 30% sul deposito cauzionale per le imprese in possesso, tra l'altro, di certificazione di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9001 (certificazione posseduta dall'impresa). L'errore, sostiene parte controinteressata, è scusabile in quanto connesso alla chiara espressione normativa, ancorché non conforme alla lettura datane dalla stazione appaltante. L'argomento è ripreso dal primo motivo del ricorso incidentale, ove ICTS afferma la legittimità del deposito di una cauzione provvisoria ridotta in applicazione della norma indicata.

Sul punto appare condivisibile l'azione amministrativa condotta dalla stazione appaltante nel riferimento al libro III del nuovo codice dei contratti pubblici, e in particolare al comma 3 dell'art. 141 il quale non contempla l'art. 106 tra le disposizioni applicabili alle gare di appalto nei settori speciali di cui agli artt. da 146 a 152, tra cui il settore dei porti e degli aeroporti (art. 150). In fattispecie, dunque, poiché la norma non è richiamata dalla legge speciale della gara, va esclusa l'applicazione del comma 8 dell'art. 106 per legittimare la riduzione del 30% della cauzione provvisoria collegata al possesso della certificazione di qualità ISO 9001, la quale può essere ridotta della metà, a termini della normativa speciale della gara (punto III.1 n. 2 della lettera d'invito), solo per le concorrenti in possesso del rating di legalità (non posseduto da ICTS).

Le chiare disposizioni del codice escluderebbero la possibilità di un errore scusabile dell'impresa nell'applicazione dell'art. 106 (non prevista dall'art. 141 per le gare d'appalto nei settori speciali), ma l'argomento è subordinato all'altro, di cui al primo motivo principale, che afferma la illegittimità di un'integrazione del deposito cauzionale con efficacia decorrente da data posteriore al termine per la presentazione delle offerte e che pertanto deve essere esaminato con priorità.

Sul punto appaiono condivisibili le riflessioni di recente giurisprudenza, la quale rileva come la funzione essenziale della garanzia provvisoria sia di assicurare la serietà e l'affidabilità dell'offerta a garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche, di tal che essa va acquisita come parte essenziale e integrante dell'offerta (Cons.St., V, 27.1.2021 n. 804), con il corollario che la sua mancata presentazione - o la omessa o inadeguata integrazione - rappresenta di per sé legittima causa di esclusione dalla gara, anche in assenza di una specifica comminatoria in tal senso (Cons.St., V, 23.3.2021 n. 2483; id., V, 4.6.2024 n. 4984). Questo in applicazione del costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale la carenza di uno degli elementi dell'offerta ritenuti essenziali dalla *lex specialis* ben legittima l'esclusione dell'offerta difettosa, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di tassatività delle cause d'esclusione (tra le tante cfr.: Cons.St., V, 7.2.2020 n. 960).

Orbene, anche ammettendo in astratto la possibilità d'integrare l'offerta per errore scusabile (laddove nella concreta fattispecie ciò sia dubitabile per quanto detto in precedenza), tuttavia l'integrazione non può essere consentita se non per completare o regolarizzare la documentazione già prodotta in gara dai concorrenti ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, mentre va escluso che il soccorso istruttorio possa consentire al concorrente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte; diversamente, infatti, si violerebbero i principi di immodificabilità dell'offerta, d'imparzialità e di *par condicio* delle imprese concorrenti (Cons.St., III, 26.6.2020 n. 4103). E nel rispetto di tali principi la cauzione provvisoria deve integralmente avere validità per un periodo non inferiore a 180 giorni a far data dal termine ultimo di presentazione dell'offerta, così come previsto dall'art. 106, comma 5, del D.Lgs. n. 36/2023 con norma replicata al punto III.1 della lettera d'invito.

Consegue che non poteva essere ammessa l'integrazione cauzionale presentata da ICTS con efficacia da data posteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Non rileva in senso opposto il *decisum* di cui alla sentenza n. 1429 del 1.3.2024 del TAR Campania (Napoli), richiamato dalla difesa di parte resistente. La pronuncia - con riferimento a precedenti giurisprudenziali - ammette in astratto la possibilità di soccorso istruttorio nel caso di erronea presentazione della cauzione provvisoria e afferma che "*l'invalidità o irregolarità della cauzione provvisoria deve essere tenuta distinta dalla mancanza assoluta della stessa*" e che solo rispetto a quest'ultima ipotesi "*il documento di cui è chiesta l'integrazione mediante soccorso istruttorio deve avere data anteriore alla scadenza del termine di partecipazione*". Con le condivisibili affermazioni che ove sia riscontrato un errore scusabile che ha inciso sul deposito cauzionale, ma comunque compiuto - anche se irregolarmente - nel termine per la presentazione delle offerte, ne è ammissibile l'integrazione *a posteriori* a scopo correttivo,

mentre non lo è laddove la garanzia manchi del tutto perché la documentazione riferibile ad essa non può che avere data antecedente al termine per le offerte (e si può aggiungere anche coincidente con esso), potendosi ammettere successivamente a tale data, in caso di errore scusabile, il solo materiale deposito del documento d'impegno cauzionale comunque preesistente e rilasciato prima della scadenza del predetto termine.

Nella fattispecie all'esame è quanto meno dubitabile che possa essere giustificato un errore scusabile nella riduzione dell'entità della garanzia cauzionale invocando la norma di cui al comma 8 dell'art. 106 del nuovo codice dei contratti pubblici, laddove la sua applicazione è dall'art. 141 espressamente esclusa per i settori speciali (cui pertiene l'appalto di cui trattasi). Né è messa in discussione la data del documento integrativo, bensì la sua efficacia come decorrente da data posteriore alla scadenza prefissa per la presentazione delle offerte, in tal modo formulando due diversi termini di efficacia della cauzione: per il 70% dal termine di scadenza per la presentazione delle offerte e per il 30% da data successiva; e questo, come rilevato, è in contrasto con la legge di gara che prescrive la totale copertura della garanzia per un periodo di 180 giorni dalla data finale per il deposito delle offerte, e altresì comporta la lesione della *par condicio* rispetto agli altri concorrenti che tale copertura integrale hanno invece assicurato.

A quanto premesso consegue la fondatezza del primo motivo del ricorso principale, con effetto escludente dell'offerta di ICTS, rimasta incompleta e irregolare anche dopo l'integrazione della garanzia cauzionale provvisoria, e altresì escludente delle altre censure proposte in subordine.

Quanto detto consente di respingere nel merito il primo motivo del ricorso incidentale presentato da ICTS, basato sulla legittimità dell'applicazione del comma 8 dell'art. 106 cit., invece da escludere ai sensi dell'art. 141, comma 3, e per l'omesso richiamo ad esso da parte della legge speciale di gara. La residua censura incidentale - non escludente l'offerta avversaria ma affermando un decurtamento del punteggio ad essa attribuito, onde far venir meno la prova di resistenza a sostegno della subordinata censura del ricorso principale che aggredisce il punteggio riconosciuto a ICTS per il criterio expertise della società - diventa improcedibile venendo meno l'interesse della ricorrente incidentale a sostenerla a seguito dell'esclusione della sua offerta per effetto dell'accoglimento del ricorso principale.

La peculiarità delle questioni affrontate e il riferimento a orientamenti giurisprudenziali di recente affermazione rendono opportuna l'equa compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi principale e incidentale, come in epigrafe proposti, accoglie il ricorso principale, e per l'effetto annulla il provvedimento con esso impugnato, e rigetta in parte e in parte dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa interamente tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente, Estensore

Alberto Di Mario, Consigliere

Federico Giuseppe Russo, Referendario

Guida alla lettura

Con la pronuncia in parola l'adito Collegio – in sede di impugnazione degli esiti di una procedura negoziata ad offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento quadriennale del supporto ai servizi di sicurezza presso due aeroporti – si sofferma sul delicato istituto della **garanzia provvisoria ex art. 106 D.Lgs n. 36/2023**.

In particolare, la sentenza affronta tre macro- questioni:

1. la **funzione** propria della cennata **garanzia**;
2. se **la stessa sia o meno soccorribile in caso di – asserito – errore scusabile**;
3. se sia **ammissibile la presentazione di essa con data “posteriore” rispetto al *tempus* limite di presentazione delle offerte**.

In quanto alla prima, il Collegio sottolinea come la **funzione essenziale della garanzia provvisoria sia quella di assicurare la serietà e l'affidabilità dell'offerta formulata dall'operatore economico a garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche**. Ne deriva che essa costituisca **parte essenziale ed integrante dell'offerta** con il corollario che la **sua mancata presentazione - o la omessa o inadeguata integrazione - rappresenti di per sé legittima causa di esclusione dalla gara**, anche in assenza di una specifica comminatoria in tal senso.

In quanto alla seconda, essa, **in astratto ben potrebbe essere oggetto di soccorso istruttorio con il preciso limite che l'integrazione della stessa possa essere consentita unicamente per completare o regolarizzare la documentazione già prodotta in gara dal concorrente ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo meramente formale**.

In quanto alla terza, pena la violazione dei principi di immodificabilità dell'offerta, d'imparzialità e di *par condicio* delle imprese concorrenti, **non può consentirsi al concorrente di formare/presentare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte, dovendo avere la cauzione provvisoria validità per un periodo non inferiore a 180 giorni a far data dal termine ultimo di presentazione**

dell'offerta (art. 106, comma 5, D.Lgs. n. 36/2023).

Applicando tali coordinate alla fattispecie oggetto di giudizio, il Collegio dispone l'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore dell'operatore economico il quale aveva: dapprima, presentato una garanzia inferiore al 30% dell'importo previsto dalla lettera di invito ritenendo – nella fattispecie – applicabile il disposto di cui all'art. 106, comma 8, D.Lgs.,cit.; di poi, a seguito di attivazione del soccorso istruttorio da parte della S.A., coperto la restante parte (residuo 30%) con garanzia avente data posteriore a quella di presentazione delle offerte.