

La garanzia provvisoria va acquisita in formato nativo digitale

di Rosaria Russo

Data di pubblicazione: 4-2-2026

La funzione della garanzia provvisoria è quella 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.

Guida alla lettura

La ricorrente, seconda classificata in graduatoria, con la proposizione del ricorso innanzi al Tar Calabria lamentava l'illegittimità dell'aggiudicazione in capo alla prima classificata, deducendo principalmente la violazione e falsa applicazione dell'art. 106 d.lgs. n. 36/2023 e degli artt. 10 e 15 del disciplinare di gara.

In particolare, evidenziava che, anche a seguito del soccorso istruttorio, la polizza fideiussoria presentata dall'aggiudicataria non **rispetterebbe quanto previsto dall'art. 106, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 perché: a) non sarebbe un documento nativo digitale** bensì una copia scannerizzata; b) sarebbe stata sottoscritta digitalmente il 14 gennaio 2025, cioè due mesi dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte; c) sarebbe stata sottoscritta digitalmente da un soggetto diverso da quello che aveva originariamente sottoscritto la polizza, e dunque non sarebbe lo stesso documento prodotto originariamente; d) quanto detto alle lettere b) e c) varrebbe anche per l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione.

Orbene, ciò che emerge dalla sentenza in oggetto, in linea con l'orientamento maggioritario sulla funzione della garanzia provvisoria e sull'impossibilità di utilizzare **soccorso istruttorio per consentire al concorrente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte** (V. Cons. Stato, 13 giugno 2026 n. 5194, commentata in questa rivista al seguente URL: <https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=5777>), è la ricostruzione del quadro normativo della polizza fideiussoria provvisoria e la funzione che la stessa riveste nei confronti delle stazioni appaltanti.

Il giudice amministrativo, ritenendo che l'art. 106, comma 3, del d.lgs. 36/2023 prevede l'obbligo di presentare la **garanzia fideiussoria firmata digitalmente** e verificabile telematicamente presso l'emittente ovvero gestita mediante ricorso a piattaforme digitali specificate, chiarisce che la citata disposizione è **speciale**, in quanto riguarda un particolare documento: la polizza, rispetto all'art. 22 del CAD, ove viene equiparata l'efficacia di un documento nativo digitale e una copia informatica di documenti analogici firmata digitalmente.

L'aggiudicataria, nel caso in esame, non aveva prodotto la polizza fideiussoria in formato

nativo digitale tanto in sede di offerta quanto a seguito di soccorso istruttorio.

Pertanto, il giudice amministrativo, non condividendo la tesi dell'aggiudicataria secondo la quale le irregolarità inerenti alla polizza fideiussoria costituiscono mere irregolarità formali, sanabili con il soccorso istruttorio, ha ritenuto di aderire all'orientamento del Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 27 gennaio 2021, n. 804, secondo cui: *“La garanzia provvisoria - destinata a coprire la "mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione" per fatto non imputabile alla stazione appaltante (cfr. art. 93, comma 6, D.Lgs. n. 50 del 2016) - non costituisce un elemento formale ma, in quanto posta a **"corredo" dell'offerta** (cfr. art. 93, comma 1), deve ritenersi "afferente" alla stessa e non alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione: come tale, essa è sottratta alla possibilità di soccorso istruttorio, stante il principio che impedisce, a salvaguardia della par condicio, la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti”*.

La funzione della garanzia provvisoria, continua il giudice di prime cure, è dunque quella 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, **tale per cui è parte essenziale ed integrante dell'offerta**, con il corollario che la sua **mancata presentazione (o la omessa o inadeguata integrazione)** rappresenta legittima causa di esclusione dalla gara, anche in assenza di una specifica comminatoria in tal senso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2021, n. 804; Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2014 n. 4733; Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2021, n. 2483).

Nel caso in esame la presentazione della polizza fideiussoria non emessa digitalmente equivale alla mancata presentazione che non può essere sanata con un eventuale soccorso processuale, perché non darebbe luogo ad una polizza fideiussoria nativa digitalmente e sottoscritta prima della presentazione delle offerte. Ed infatti nel disciplinare di gara è previsto il soccorso istruttorio laddove la mancata presentazione della garanzia provvisoria sia stata già costituita prima della presentazione dell'offerta.

Sul punto, il giudice di prime cure richiama l'orientamento ormai costante in giurisprudenza secondo il quale *“il soccorso istruttorio va a buon fine se la cauzione provvisoria in sanatoria, trasmessa all'esito della comunicazione della stazione appaltante, è di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione; - viceversa, se la cauzione provvisoria è stata formata successivamente al termine per la presentazione delle offerte, l'operatore va escluso dalla gara, poiché la circostanza che si consenta ad uno dei concorrenti di giovare di un termine più lungo per l'acquisizione della documentazione necessaria alla partecipazione alla gara, potendo ad esempio spuntare condizioni economiche più favorevoli, determina una **lesione della par condicio** dei concorrenti (cfr., ex multis, Cons. Stato, V, n. 1365 del 2024)”* (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, n. 185/2025; T.A.R. Puglia (Bari), n. 1046/2024).

In sintesi, **la garanzia provvisoria è elemento essenziale della offerta e deve essere costituita entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte**; essa ha la **funzione di tutelare la stazione appaltante da eventuali comportamenti opportunistici degli operatori economici**.

Ed infatti il codice dei contratti pubblici non consente di produrre la garanzia fideiussoria che non sia emessa e firmata digitalmente; consente, tuttavia, il soccorso istruttorio per la mancata presentazione della garanzia provvisoria (art. 101, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 36/2023) purchè avente data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte a tutela della *par condicio* dei concorrenti.

Pubblicato il 01/12/2025

N. 02039/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00593/2025 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 593 del 2025, proposto da D.E.S.I. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B345D376F4, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco De Marini e dall'avvocato Barbara Savorelli e dall'avvocato Francesca Attinà, con domicilio fisico eletto presso lo studio di quest'ultima in Catanzaro, Corso Mazzini, n. 4, e domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

contro

Centrale Unica di Committenza Roggiano Gravina, Comune di San Marco Argentano, non costituiti in giudizio;

nei confronti

I.E.C.I. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Oreste Morcavallo e dall'avvocato Achille Morcavallo, con domicilio fisico eletto

presso il loro studio in Cosenza, Corso Luigi Fera, n. 23, e domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione

- dell'avviso di esito di gara del 04.04.2025, con il quale la Centrale Unica di Committenza Roggiano Gravina ha reso noto che la procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva nei cimiteri comunali del Comune di San Marco Argentano – periodo 2024 - 2034 (CIG B345D376F4) è stato aggiudicato in via definitiva alla società I.E.C.I. S.r.l.;
- della determina n. 102 del 04.04.2025 (prot. n 381 del 04.04.2025), con la quale il Comune di San Marco Argentano ha disposto l'aggiudicazione definitiva della procedura citata alla società controinteressata;
- di tutti i verbali delle sedute di gara pubbliche e riservate, ivi compresi i verbali delle sedute pubbliche di gara n. 1 del 13.01.2025, n. 2 del 27.01.2025, n. 3 del 27.01.2025, dei verbali delle sedute riservate n. 4 del 27.01.2025, n. 5 del 03.02.2025, n. 6 del 24.02.2025 e n. 7 del 19.03.2025, del verbale della seduta pubblica n. 8 del 25.03.2025;
- del verbale di verifica dei requisiti del 04.04.2025;
- di ogni altro atto o provvedimento presupposto, consequenziale e/o connesso;
- nonché, ove occorrer possa, della determina a contrarre n. 332 del 27.09.2024 (prot. 1113 del 27.09.2024) del bando e del disciplinare di gara;

nonché

sempre, previa sospensione, per la declaratoria di nullità, annullamento e/o per la dichiarazione di intervenuta caducazione e/o di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio e conseguente adozione dei provvedimenti di cui all'art. 122 del D. Lgs. n. 104/2010 con espressa richiesta di subentro ne contratto;

e, in ogni caso, per la conseguente condanna

dell'Ente resistente al risarcimento del danno in forma specifica e, in via subordinata, per equivalente economico per la mancata aggiudicazione alla ricorrente della gara de quo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale

I.E.C.I. S.r.l.,;

Vista l'ordinanza n. 298 dell'11 giugno 2025;

Viste le memorie ex art. 73 c.p.a. depositate dalle parti costituite;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2025 il dott. Federico Baffa e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara del 3 ottobre 2024, la Centrale Unica di Committenza Roggiano Gravina (di seguito solo CUC) ha indetto, per conto del Comune di San Marco Argentano, una *“procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva nei cimiteri comunali periodo 2024-2034”*, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con importo della concessione stimato in euro 209.240,00.

Hanno presentato domanda di partecipazione quattro operatori economici tra cui l'odierna ricorrente D.E.S.I. s.r.l. (di seguito, per brevità, DESI) e l'odierna controinteressata I.E.C.I. s.r.l. (di seguito, per brevità, solo IECI).

Con verbale di gara n. 1 del 13 gennaio 2025 la IECI è stata ammessa con riserva con la seguente motivazione *“Necessita integrare Documentazione di cui all'art. 15, comma 4 del Disciplinare (Pag. 20), trasmettendo la polizza corredata da documenti di riconoscimento in corso di validità e firmata digitalmente dall'assicuratore e l'impegno a rilasciare cauzione definitiva in caso di aggiudicazione, corredata da documenti di riconoscimento in corso di validità e firmata digitalmente dall'assicuratore”*, con conseguente attivazione del soccorso istruttorio.

Con verbale di gara n. 2 del 27 gennaio 2025 la IECI è stata ammessa alla gara sebbene altra partecipante presente alle operazioni, la I.L.V.C. s.r.l., avesse chiesto verifica della ammissibilità della integrazione circa l'impegno a costituire la cauzione definitiva di IECI *“in quanto emessa in data 16.01.2025, non risulta coeva alla polizza provvisoria datata 10.10.2024”*.

Con le successive sedute riservate sono state esaminate le offerte e, per quanto interessa il presente giudizio, sono stati attribuiti i seguenti punteggi: per l'offerta tecnica punti 58,533 a DESI e 70,090 a IECI; per l'offerta economica punti 17,976 a DESI e 7,900 a IECI.

Per l'effetto, IECI si è classificata al primo posto col punteggio di 77.990 mentre DESI si è

classificata al secondo posto col punteggio di 76.509.

Con determina n. 102 del 4 aprile 2025 è stata dunque disposta l'aggiudicazione definitiva a favore di IECI.

2. Avverso tale provvedimento DESI ha proposto ricorso, notificato il 5 maggio e depositato il 9 maggio 2025, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, per quattro motivi in diritto. È stata altresì formulata domanda di caducazione del contratto eventualmente stipulato nelle more con condanna al subentro e, in subordine, risarcimento per equivalente.

In data 23 maggio 2025 si è costituita in giudizio IECI difendendo la legittimità del provvedimento e proponendo ricorso incidentale escludente affidato a un motivo.

Alla camera di consiglio del 28 maggio 2025, l'udienza è stata rinviata alla camera di consiglio dell'11 giugno 2025 per esame del ricorso incidentale.

In data 9 giugno 2025 ha depositato memoria DESI.

All'esito della camera di consiglio dell'11 giugno 2025 è stata pubblicata l'ordinanza n. 298 del 13 giugno 2025 con la quale, ritenuta l'insussistenza del pregiudizio grave e irreparabile, è stata respinta l'istanza cautelare ed è stata fissata l'udienza pubblica del 22 ottobre 2025.

In vista dell'udienza pubblica entrambe le parti costituite hanno depositato memorie e DESI ha altresì depositato memoria di replica.

La CUC, pur ritualmente evocata, non si è costituita in giudizio.

All'esito dell'udienza pubblica del 22 ottobre 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

3. Va preliminarmente richiamato, per quanto riguarda l'ordine di trattazione delle questioni, il più recente orientamento giurisprudenziale secondo cui: *“Dal momento che l'accoglimento del gravame incidentale escludente in materia di appalti pubblici non può determinare l'improcedibilità del gravame principale, continuando ad esistere in capo al ricorrente principale la titolarità dell'interesse legittimo strumentale all'eventuale rinnovazione della gara, anche nel caso in cui alla stessa abbiano partecipato altre imprese, sia pure estranee al rapporto procedurale, il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale deve essere rivisto rispetto a quanto ritenuto dalla giurisprudenza sinora prevalente, nel senso che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale. In altri termini, mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali”* (T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 05/04/2024, n.6597; nello stesso senso anche Consiglio di Stato sez. V, 03/03/2022, n.1536).

In altre parole deve essere prioritariamente trattato il ricorso principale e successivamente, laddove il ricorso principale fosse accolto, il ricorso incidentale.

4. Ciò premesso, con il primo motivo di ricorso DESI deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 106 d.lgs. n. 36/2023 e degli artt. 10 e 15 del Disciplinare di Gara, nonché l'eccesso di potere nelle figure del difetto di istruttoria, del travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, della violazione della parità di trattamento e dell'ingiustizia manifesta.

Deduce in breve che, anche a seguito del soccorso istruttorio, la polizza fideiussoria presentata da IECI non rispetterebbe quanto previsto dall'art. 106, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 perché: a) non sarebbe un documento nativo digitale bensì una copia scannerizzata; b) sarebbe stata sottoscritta digitalmente il 14 gennaio 2025, cioè due mesi dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte; c) sarebbe stata sottoscritta digitalmente da un soggetto diverso da quello che aveva originariamente sottoscritto la polizza, e dunque non sarebbe lo stesso documento prodotto originariamente; d) quanto detto alle lettere b) e c) varrebbe anche per l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione.

Con l'atto di costituzione del 23 maggio 2025 IECI ha dedotto l'infondatezza di questa censure per due motivi: a) perché l'adempimento di cui all'art. 106, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 *“non è previsto dalla legge di gara a pena di esclusione, risultando inserito nella documentazione amministrativa e sanabile tramite soccorso istruttorio”*; b) in secondo luogo perché *“la garanzia fideiussoria prodotta in gara rispetta pedissequamente quanto stabilito dall'art. 15, comma 4 del disciplinare di gara e dall'art. 106 cod. contratti”*. In particolare rileva che i problemi di datazione della sottoscrizione non sono rilevanti poiché le irregolarità della polizza fideiussoria sono pacificamente sanabili con soccorso istruttorio, il che significa che la datazione successiva non è viziante.

Con memoria del 9 giugno 2025 DESI ha ulteriormente dedotto al riguardo che l'obbligo di produrre la fideiussione in formato nativo digitale è stabilito espressamente dall'art. 106, comma 3 del d.lgs. n. 36/2023 e che tale obbligo è stato pacificamente violato nel caso di specie.

Con memoria del 6 ottobre 2025 IECI ha dedotto che nel caso di specie è indubbia l'esistenza della fideiussione e che la contestazione di DESI riguarda un profilo esclusivamente formale, cioè una irregolarità sanabile, dunque soggetta a soccorso istruttorio.

Con memoria del 6 ottobre 2025 DESI ha dedotto che *“è innanzitutto dato oggettivo e incontestabile, e infatti non contestato da controparte, che in sede di partecipazione alla gara IECI abbia prodotto una polizza sottoscritta in forma olografa”* e che *“anche di fronte alla richiesta di soccorso istruttorio avanzata dall'Amministrazione, IECI si è limitata a produrre copia scannerizzata della polizza analogica firmata digitalmente”*.

Con memoria di replica del 10 ottobre 2025 DESI ha argomentato nel senso che la mancata presentazione della polizza in formato nativo digitale non può essere dequotata a irregolarità formale.

4.1. Premesse le deduzioni delle parti, il motivo è fondato.

4.2. L'art. 106, d.lgs. n. 36/2023, nella formulazione applicabile ratione temporis, stabilisce al comma 1 che: *“L'offerta è corredata da una garanzia provvisoria pari al 2 per cento del valore complessivo della procedura indicato nel bando o nell'invito (...). La garanzia provvisoria può essere costituita sotto forma di cauzione oppure di fideiussione”*.

Il successivo comma 3 si occupa della fideiussione e prevede che: *“La garanzia fideiussoria deve essere emessa e firmata digitalmente; essa deve essere altresì verificabile telematicamente presso l'emittente ovvero gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi dell'articolo 8-ter, comma 1, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, conformi alle caratteristiche stabilite dall'AGID con il provvedimento di cui all'articolo 26, comma 1”*.

La norma prevede dunque l'obbligo, espresso con la parola “deve”, che la polizza fideiussoria sia tanto emessa quanto firmata digitalmente.

La parola “emessa” si riferisce all'obbligo che il documento che incorpora la polizza sia nativo digitale.

Va precisato che l'espressione “nativo digitale” non è utilizzata nei testi di legge, ma ha comunque il significato di escludere i documenti che nascono come cartacei, dunque analogici, e vengono successivamente trasformati in documenti digitali tramite scansione o foto.

Sono dunque documenti emessi digitalmente, o nativi digitali, quelli di cui all'art. 1, comma 1, lett. p) C.A.D. (d.lgs. n. 82/2005), cioè *“il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”*.

Sono invece documenti non emessi digitalmente, cioè non nativi digitali, le copie informatiche di documento analogico (art. 1, comma 1, lett. i-bis C.A.D.) e le copie per immagine di documento analogico (art. 1, comma 1, lett. i-quater C.A.D.).

Sebbene l'art. 22 C.A.D. stabilisca in via generale una equiparazione, in termini di efficacia, tra un documento nativo digitale e una copia informatica di documenti analogici firmata digitalmente, tale previsione viene derogata dal suddetto art. 106, comma 3, d.lgs. n. 36/2023, essendo norma riguardante un documento in particolare, e dunque norma speciale.

La ratio dell'obbligo stabilito dall'art. 106, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 si ricava dalla relazione illustrativa al codice appalti del 2023, ove si legge che: *“In tema di garanzie per la partecipazione alla procedura la principale novità dell'articolato attiene alla garanzia fideiussoria che, ai sensi del comma 3, secondo periodo, deve obbligatoriamente essere emessa e firmata digitalmente; essa deve essere altresì verificabile telematicamente presso l'emittente ovvero gestita mediante ricorso a piattaforme digitali specificate. Va precisato che, pur non essendo obbligatorio prestare garanzia fideiussoria, in quanto si è mantenuta l'alternativa con la cauzione, si è tuttavia previsto che quando l'operatore economico scelga*

la prima, la polizza debba essere c.d. nativa digitale. L'obbligatorietà del formato nativo digitale delle garanzie è un presupposto necessario per aumentare l'efficienza e la sicurezza del sistema, la riduzione degli oneri amministrativi".

In altri termini la normativa esaminata è chiara a) nel richiedere obbligatoriamente che la polizza fideiussoria, ove richiesta dalla stazione appaltante, sia emessa in formato nativo digitale b) nel distinguere i documenti nativi digitali dalle copie informatiche di documenti analogici.

4.3. Tutto ciò premesso, nel caso di specie IECI non ha mai prodotto una polizza fideiussoria in formato nativo digitale.

Per quanto riguarda la polizza fideiussoria provvisoria prodotta originariamente, essa è con tutta evidenza una copia informatica di un documento analogico, con sottoscrizione a mano.

Analogamente anche il documento prodotto a seguito di soccorso istruttorio è una copia informatica di documento analogico, seppure firmata digitalmente.

L'art. 106, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 risulta quindi violato, come prospettato dalla ricorrente.

4.4. IECI ha dedotto in senso contrario, richiamando giurisprudenza a supporto, che le irregolarità inerenti la polizza fideiussoria costituiscono mere irregolarità formali, sanabili con il soccorso istruttorio.

L'argomento non è condivisibile.

Anzitutto deve rilevarsi che se da una parte la IECI, anche a seguito del soccorso istruttorio, non ha prodotto la polizza come documento nativo digitale, dall'altra parte la richiesta fatta dalla stazione appaltante in sede di soccorso istruttorio non era diretta a ricevere la polizza in formato nativo digitale, bensì semplicemente la polizza firmata digitalmente. Richiesta alla quale, in effetti, IECI si è conformata.

Tuttavia questa incompleta attivazione del soccorso istruttorio non può ritenersi rilevante, né inidonea a essere sanata con un soccorso istruttorio processuale, ciò in quanto, pur non mancando pronunciamenti contrari sul punto, il Collegio intende aderire all'orientamento secondo cui: *"La garanzia provvisoria - destinata a coprire la "mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione" per fatto non imputabile alla stazione appaltante (cfr. art. 93, comma 6, D.Lgs. n. 50 del 2016) - non costituisce un elemento formale ma, in quanto posta a "corredo" dell'offerta (cfr. art. 93, comma 1), deve ritenersi "afferente" alla stessa e non alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione: come tale, essa è sottratta alla possibilità di soccorso istruttorio, stante il principio che impedisce, a salvaguardia della par condicio, la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti"* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2021, n. 804).

La funzione della garanzia provvisoria è infatti quella 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, sicché va acquisita come parte essenziale ed integrante dell'offerta, con il corollario che la sua mancata presentazione (o la omessa od inadeguata integrazione) rappresenta di per sé legittima causa di esclusione dalla gara, anche in assenza di una specifica comminatoria in tal senso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2021, n. 804; Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2014 n. 4733; Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2021, n. 2483)

Ebbene nel caso di specie la presentazione di una polizza fideiussoria non emessa digitalmente equivale a tutti gli effetti alla sua mancata presentazione.

In primo luogo perché, alla luce delle norme non esaminate, il codice degli appalti non contempla la possibilità di presentare una polizza fideiussoria che non sia nativa digitale.

In secondo luogo perché l'eventuale soccorso istruttorio processuale volto a ottenere una polizza fideiussoria nativa digitale darebbe luogo all'emissione di una polizza nuova e diversa, in quanto necessariamente successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Ciò in quanto è pacifico tra le parti, nel caso di specie, che IECI non disponga di una polizza fideiussoria emessa in formato nativo digitale e sottoscritta digitalmente prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Sussisterebbe dunque, come dedotto dalla ricorrente, la violazione dell'art. 10 del disciplinare di gara ove prevede che: *"E' sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata presentazione della garanzia provvisoria solo a condizione che sia stata già costituita prima della presentazione dell'offerta"*, in quanto l'eventuale nuovo documento formato, ai sensi dell'art. 20, comma 1-bis d.lgs. n. 82/2005, non potrebbe che avere una marcatura temporale, e cioè una data di sottoscrizione, successiva alla scadenza del termine di presentazione delle domande.

Nello stesso senso è stato affermato che: *"- il soccorso istruttorio va a buon fine se la cauzione provvisoria in sanatoria, trasmessa all'esito della comunicazione della stazione appaltante, è di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione; - viceversa, se la cauzione provvisoria è stata formata successivamente al termine per la presentazione delle offerte, l'operatore va escluso dalla gara, poiché la circostanza che si consenta ad uno dei concorrenti di giovare di un termine più lungo per l'acquisizione della documentazione necessaria alla partecipazione alla gara, potendo ad esempio spuntare condizioni economiche più favorevoli, determina una lesione della par condicio dei concorrenti (cfr., ex multis, Cons. Stato, V, n. 1365 del 2024)"* (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, n. 185/2025; T.A.R. Puglia (Bari), n. 1046/2024).

Ne discenderebbe quindi che, in ogni caso, al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte IECI non disponesse di una valida garanzia fideiussoria (cfr. Consiglio di Stato n. 9494/2024).

5. In definitiva il primo motivo di ricorso è fondato e, avendo esso carattere escludente, IECI avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Per tali ragioni gli altri motivi di ricorso, volti a censurare altre ragioni di esclusione (il secondo) o l'attribuzione dei punteggi (terzo e quarto), possono essere assorbiti.

Deve invece essere scrutinato il ricorso incidentale di IECI.

6. Con ricorso incidentale IECI ha dedotto la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 15.4 del disciplinare e dei principi di parità di trattamento e di trasparenza.

Il motivo viene qualificato dalla ricorrente incidentale come escludente, alla luce del seguente ragionamento: a) l'art. 15.4 del disciplinare, che riguarda l'offerta economica, prevede che il canone proposto sarà valutato con due criteri, di cui il secondo recita: *“importo del costo da applicarsi nei confronti dell'utenza, al netto dell'IVA, per: a) costo allaccio loculo b) costo allaccio cappella; c) costo spostamento; d) costo distacco. Il punteggio massimo di 10 punti sarà attribuito a chi ha offerto il prezzo di contributo più basso, dato dalla somma dei prezzi offerti per le singole operazioni. Per le altre offerte sarà attribuito un punteggio proporzionale: Minimo somma dei prezzi offerta/ somma prezzi dal concorrente i-esimo x10...”*; b) DESI ha indicato il costo di 0; c) tuttavia, secondo IECI, offrire 0 equivale a lasciare il campo della offerta economica vuoto, perché *“affinché un'offerta possa considerarsi tale deve evidentemente essere diversa da zero”*; d) ne deriva che l'offerta economica di DESI è da ritenersi incompleta e ciò avrebbe dovuto condurre alla sua esclusione; e) in subordine, l'offerta avrebbe dovuto essere esclusa perché anomala; f) in ulteriore subordine, l'offerta non avrebbe potuto essere valutata col punteggio di 10 punti.

6.1. Il motivo è infondato.

6.2. Lo zero è un valore matematico a tutti gli effetti e la sua indicazione è idonea a rispondere alla domanda posta, per il semplice fatto che un costo di qualsiasi bene o servizio può essere zero, per qualsivoglia ragione.

In altre parole lo zero è idoneo matematicamente a rispondere alla voce *“importo del costo da applicarsi nei confronti dell'utenza”*.

L'indeterminatezza è ulteriormente argomentata da IECI sostenendo che, se si ammettesse la possibilità di offrire zero, verrebbe meno la possibilità di applicare il meccanismo di attribuzione dei punteggi per i concorrenti che non avessero indicato il costo più basso: *“Come comprovato dalla relazione tecnica di parte a firma dell'Ing. Chiavaro, in considerazione dei costi pari a zero offerti dalla ricorrente, si arriverebbe all'operazione “0 diviso 0” che non è pari a 0, come noto, ma è considerata una forma indeterminata, nel senso che non c'è un unico numero che soddisfi questa condizione”*.

Anche questa deduzione non convince perché: a) il denominatore del rapporto fa riferimento alla somma dei servizi offerti da un concorrente diverso da quello che ha offerto la somma dei costi più bassa (cioè DESI) e non può essere 0, perché nessun altro concorrente ha offerto 0 e, qualora lo avesse fatto, avrebbe avuto diritto a 10 punti, avendo offerto insieme a DESI la somma più bassa; b) l'eventualità che l'utilizzo del 0 invece come numeratore dia luogo all'assegnazione di zero punti agli altri concorrenti è un problema che riguarda il metodo di

calcolo del punteggio scelto dal disciplinare di gara; ma qui si discute solo della idoneità del valore di zero a rispondere a una voce di costo, idoneità che certamente sussiste, mentre il criterio di valutazione previsto dal disciplinare di gara non è stato impugnato da IECI.

6.3. In via subordinata, IECI deduce che: *“la valutazione resa dalla commissione risulta viziata, in quanto una siffatta offerta era palesemente anomala e quindi da escludere”* e ciò in quanto il costo di 0 sarebbe non remunerativo.

Va anzitutto premesso che nel verbale di gara n. 8 del 25 marzo 2025 si legge che: *“Dalla verifica di congruità delle offerte, eseguita ai sensi dell’art. 110 del D.Lgs 36/2023, nessuna offerta è da ritenersi anomala”*.

Va poi ricordato che la valutazione di anomalia dell’offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l’amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell’interesse pubblico ad essa affidato dalla legge (Consiglio di Stato, sez. V, 14 giugno 2021, n. 4620, cfr. Consiglio di Stato sez. V, 1° giugno 2021, n. 4209): detta valutazione è di norma sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti, con riferimento alle specifiche voci oggetto di contestazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 luglio 2022, n. 6696).

Ciò detto, il Collegio non ritiene che la valutazione della amministrazione presenti errori macroscopici o sia affetta da illogicità o abnormità.

Ciò si coglie in particolare facendo riferimento agli importi di costo offerti da tutte le partecipanti: I.L.V.C. S.R.L. ha offerto 0,01 €; ELETTRONICAL SRL ha offerto 60,00 €; DESI ha offerto 0,00 €; IECI ha offerto 60,00 €. Come si può vedere un’altra partecipante ha indicato un valore sostanzialmente uguale a quello di DESI (l’indicazione di 0,01€ deve ritenersi simbolica, in quanto il valore indicato è sostanzialmente 0); inoltre lo iato esistente tra il valore minimo e quello massimo di € 60,00, indicato dalle altre due partecipanti, non è significativo e non può quindi far ritenere, di per sé e in mancanza di altri elementi, che l’offerta più bassa sia automaticamente non remunerativa.

6.4. In ulteriore subordine IECI sostiene che quanto meno l’offerta di DESI non avrebbe dovuto essere valutata col punteggio massimo: *“Infatti, non avrebbe potuto valutare un elemento carente, al quale per definizione non è associabile alcun punteggio. La D.E.S.I. Srl avrebbe quindi dovuto ottenere solo 66.509 punti in luogo dei 76.509 invece attribuiti dalla Commissione”*.

Come si è detto nel paragrafo 6.2, l’indicazione di zero è una congrua indicazione di un valore matematico, e non può considerarsi carente.

Considerato che tale indicazione ha reso il costo indicato da DESI il più basso, la commissione ha correttamente assegnato dieci punti applicando il criterio 2 dell’art. 15,4 del disciplinare ove si legge che: *“Il punteggio massimo di 10 punti sarà attribuito a chi ha offerto il prezzo di contributo più basso”*.

In altre parole vi è il rispetto del criterio di cui all'art. 15.4 del disciplinare, che non è stato oggetto di impugnazione col ricorso incidentale.

6.5. Il motivo è dunque infondato e il ricorso incidentale deve essere respinto.

7. Dall'accoglimento del ricorso principale e dal rigetto del ricorso incidentale consegue l'annullamento della aggiudicazione.

8. Deve essere ora esaminata la domanda di tutela in forma specifica proposta da DESI nel ricorso principale.

Ai sensi dell'art. 124 c.p.a.: *“L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e di stipulare il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122”*.

Per quel che qui interessa rileva l'art. 122 c.p.a. il quale prevede che: *“il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”*.

Ritiene dunque il Collegio: a) che la domanda di tutela in forma specifica, e dunque di subentro, è stata effettivamente proposta da DESI; b) che DESI è la seconda classificata in graduatoria e dunque può conseguire l'aggiudicazione alla luce della esclusione di IECI; c) che la lunga durata della concessione in discorso rende del tutto compatibile e rispondente all'interesse delle parti il subentro di DESI nell'esecuzione.

Premesso che l'avvenuta stipula del contratto per l'affidamento del servizio non è stata resa nota dalle parti, esso, ove stipulato, deve essere dichiarato inefficace a partire dal 31 dicembre 2025, con conseguente subentro di DESI nel rapporto contrattuale a partire dal 1° gennaio 2026.

8.1. La domanda di risarcimento per equivalente, proposta in via subordinata, non deve pertanto essere esaminata.

9. Le spese del giudizio possono essere compensate alla luce della particolarità delle questioni esaminate e del contrasto giurisprudenziale in ordine alla differenza fra inesistenza e irregolarità sanabile della polizza fideiussoria.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti;

- a) accoglie il ricorso principale;
- b) respinge il ricorso incidentale;
- c) per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato;
- d) dichiara l'inefficacia del contratto per l'affidamento del servizio, ove medio tempore stipulato, a partire dal 31 dicembre 2025, con conseguente subentro di DESI nel rapporto contrattuale a partire dal 1° gennaio 2026;
- e) compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente

Francesco Tallaro, Consigliere

Federico Baffa, Referendario, Estensore