

La rilevanza del dato temporale per la sanabilità della garanzia provvisoria

di Rosaria Russo

Data di pubblicazione: 15-9-2025

...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...

Guida alla lettura

La sentenza si inserisce in un quadro giurisprudenziale afferente all'esame del "nuovo" soccorso istruttorio delineato nel Codice dei contratti pubblici all'art. 101.

Rinviando ad una più approfondita analisi dell'istituto in questa rivista al seguente URL: <https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=5726>, qui si evidenzia quanto segue.

Nel caso di specie la ricorrente lamentava l'illegittima esclusione dalla gara per aver presentato l'integrazione, attraverso lo strumento del soccorso istruttorio, della garanzia provvisoria con una data posteriore a quella della presentazione dell'offerta.

Il giudice amministrativo di secondo grado, in linea con quanto disposto dal giudice di primo grado, ha rigettato l'appello, ritenendo che **non può invocarsi il soccorso istruttorio per consentire al concorrente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte**, in quanto ciò **violerebbe i principi di immodificabilità dell'offerta, d'imparzialità e di par condicio delle imprese concorrenti**. Pertanto, nel caso esaminato, non poteva essere ammessa l'integrazione cauzionale presentata dalla ricorrente con efficacia a data posteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Ciò è deducibile, come evidenziato dal Collegio, dalla semplice lettura dell'art. 101 ove il soccorso istruttorio – integrativo (art. 101, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 36/2023) si distingue dal soccorso istruttorio c.d. sanante disciplinato dall'art. 101, comma 1, lett. b), norma dal contenuto generale che consente di rimediare ad inesattezze o irregolarità formali della stessa documentazione amministrativa, con il solo limite dell'irrecuperabilità della documentazione di incerta imputazione soggettiva.

In particolare, il soccorso istruttorio – integrativo dell'art. 101 comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 36/2023 disciplina il caso di mancata, incompleta, irregolare presentazione della garanzia provvisoria, solo qualora il documento che reca la garanzia provvisoria si sia formato **validamente prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte**. In

sostanza, *condicio sine qua non* per l'esercizio del soccorso istruttorio, in ipotesi di inesatta/incompleta cauzione provvisoria, è che quest'ultima si sia costituita validamente prima di tale data.

Nel caso di specie, la stessa *lex specialis* prevedeva, a **pena di esclusione**, che la cauzione dovesse *“avere validità per un periodo non inferiore a 180 giorni a far data dal termine ultimo di presentazione dell’offerta”* e *“nel caso in cui il concorrente non produca quanto richiesto nel termine assegnato, la Stazione appaltante procederà alla sua esclusione”*.

Il Collegio, edotto degli indirizzi discordanti della giurisprudenza di merito sulla questione esaminata, richiamate dalla ricorrente, tuttavia ha ritenuto di non condividerle.

Infatti, sulla questione della sanabilità delle criticità afferenti alla cauzione provvisoria, la giurisprudenza di legittimità e di merito sotto la vigenza del Codice del 2016 ha prevalentemente sostenuto che: *“l’erronea modalità di presentazione della cauzione provvisoria, ove pure dia luogo alla invalidità della cauzione, non costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara, ma mera irregolarità sanabile attraverso il soccorso istruttorio”* (Cons. Stato, n. 10274 del 2022; *Id.*, n. 3166 del 2021).

Anche l'art. 101 del d.lgs. 36/2023 prevede tutt'oggi la sanabilità delle irregolarità della cauzione provvisoria, ma entro il **limite temporale**: *“è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte”*.

Ciò in quanto i **principi ispiratori del soccorso istruttorio**, come evidenziato dal giudice amministrativo, devono essere individuati, nella **buona fede**, che in generale informa i rapporti dell'amministrazione con i cittadini e le imprese, e nel **favor participationis**, senza ledere il principio della *par condicio*, posto che il soccorso istruttorio non deve permettere al concorrente cui è imputabile l'omissione di modificare il contenuto tecnico – economico della propria offerta o di sanare *ex post* le violazioni della *lex specialis* previste a pena di esclusione.

Nella vicenda in esame, dunque, la ricorrente non ha provato la costituzione di una valida garanzia provvisoria entro la data di scadenza prevista per la presentazione delle offerte e pertanto il Collegio ha ritenuto non fondato l'appello.

Orbene, ciò che il giudice amministrativo ha voluto ricordare è che il legislatore nella norma sopra richiamata ha precisato che sono soccorribili, nel caso di soccorso istruttorio-integrativo, i documenti aventi data certa, anteriore al termine di presentazione delle offerte. Quindi, deve trattarsi di una **omissione meramente formale** e non di una originaria carenza sostanziale che, a contrario, lederebbe i principi delineati nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

Pubblicato il 13/06/2025

N. 05194/2025REG.PROV.COLL.

N. 09387/2024 REG.RIC.

N. 00078/2025 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9387 del 2024, proposto da
S.E.A. Società per Azioni Esercizi Aeroportuali s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A03FDC842A, rappresentata e difesa dall'avvocato
Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta
n.142;

contro

Italpol Vigilanza s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro e Alice Volino, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

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, Marco
Monaco Sorge, con domicilio eletto presso lo studio Piergiuseppe Venturella, in Roma, via
Principessa Clotilde n. 7;

sul ricorso numero di registro generale 78 del 2025, proposto da

ICTS Italia a socio unico s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG A03FDC842A, rappresentata e difesa dagli avvocati Piergiuseppe Venturella, Francesco Verrastro e Marco Monaco Sorge, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Piergiuseppe Venturella in Roma, via Principessa Clotilde n. 7;

contro

Italpol Vigilanza s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro e Alice Volino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Società per Azioni Esercizi Aeroportuali – SEA s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 9387 del 2024:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per La Lombardia (sezione Prima) n. 3546/2024, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 78 del 2025:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per La Lombardia (sezione Prima) n. 3546/2024, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Italpol Vigilanza s.r.l. e di ICTS Italia a socio unico s.r.l. e di Italpol Vigilanza s.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2025 il Consigliere Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati Ferrari, Fraccastoro, Venturella e Verrastro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società per gli esercizi aeroportuali S.E.A. s.p.a. indiceva una procedura negoziata a offerta economicamente più vantaggiosa, del valore di euro 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 a Milano Malpensa. La graduatoria finale della gara vedeva 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 posto il raggruppamento temporaneo di imprese 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 veniva aggiudicata a ICTS.

La società Itapol Vigilanza s.r.l. presentava reclamo con istanza di autotutela, che veniva respinto dalla stazione appaltante.

2. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Itapol Vigilanza s.r.l. (in seguito anche solo Itapol) lamentava la mancata esclusione dalla gara della società ICTS, la quale aveva presentato nei termini per il deposito delle offerte la cauzione provvisoria richiesta dalla lettera di invito, ma inferiore del 30%. Nonostante ciò, la stazione appaltante aveva attivato il soccorso istruttorio accettando la tesi dell'errore scusabile proposta da ICTS in sede di chiarimenti, con riferimento a una interpretazione dell'art. 106, comma 8, del d.lgs. n. 36 del 2023 non riconosciuta dal gestore della gara: ovvero che la riduzione del deposito cauzionale era giustificata dal possesso della certificazione ISO 9001.

La ricorrente deduceva che l'integrazione della cauzione effettuata dall'aggiudicataria a seguito di un illegittimo soccorso istruttorio era stata fatta decorrere dal 14.5.2024, otto giorni dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte e della documentazione di gara, in contrasto con il comma 5 dell'art. 106 cit., che prescriveva l'efficacia dei depositi cauzionali dalla data di presentazione delle offerte.

Itapol Vigilanza s.r.l., in subordine al primo motivo, riteneva 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 di 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. La ricorrente sosteneva che il punteggio massimo riconosciuto alla società ICTS non era congruo in relazione all'entità dei servizi svolti direttamente, in quanto aveva indicato in prevalenza servizi eseguiti all'estero da società controllate, mentre i pochi contratti direttamente eseguiti in Italia avevano 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 l'aggiudicataria aveva in precedenza svolto solo un servizio di logistica, diverso dalla *security*.

Con il ricorso introduttivo, la ricorrente contestava l'ammissione dell'offerta di ICTS sotto altri profili, sostenendo che l'offerta economica avversaria era incompleta, perché nel definire le

ore mediamente lavorate non esponeva i dati giustificativi della percentuale di assenteismo, rimandando genericamente allo storico aziendale. Inoltre, l'offerta era contraddittoria laddove riconosceva 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 aveva calcolato l'intero trattamento tabellare solo sui parametri del IV livello.

La società aggiudicataria spiegava ricorso incidentale, illustrando con memorie le proprie difese. La ricorrente incidentale lamentava, *inter alia*, che: a) la riduzione della cauzione richiesta nella misura del 30% era 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 aveva ritenuto la norma non applicabile e riconoscibile la sola riduzione prevista per il rating di legalità, non posseduto da ICTS; b) la descrizione relazionale di Italpol per i contratti eseguiti non era dettagliata, ma era limitata alla produzione di alcune tabelle riepilogative con informazioni su committenza, stipula, durata, importo, settore, servizi svolti e strutture operative e di coordinamento.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, con sentenza n. 3546 del 2024, accoglieva il ricorso principale e per l'effetto annullava il provvedimento con esso impugnato, rigettando in parte e dichiarando improcedibile in parte il ricorso incidentale.

Il Collegio di prima istanza rilevava che non poteva essere ammessa l'integrazione cauzionale presentata di ICTS con efficacia da data posteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte. Nella fattispecie in esame, non poteva ritenersi giustificato un errore scusabile nella riduzione dell'entità della garanzia cauzionale invocando la norma di cui al comma 8 dell'art. 106 del d.lgs. n. 36 del 2023, laddove la sua applicazione era dall'art. 141 espressamente esclusa per i settori speciali cui apparteneva l'appalto in esame. L'offerta di ICTS era, pertanto, rimasta incompleta ed irregolare anche dopo l'integrazione della garanzia cauzionale provvisoria.

4. Con ricorso principale in appello R.G.N. 9387/24, S.E.A. Società per Azioni Esercizi Aeroportuali s.p.a. (in seguito anche solo S.E.A.) ha impugnato la suddetta pronuncia, sollevando le seguenti censure: *“I. Omessa ed erronea motivazione, erronea pronuncia in punto di: Violazione e falsa applicazione degli artt. 101, 106 e 107, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, nonché del punto III.1 della Lettera di invito”*.

L'appellante deduce che il Giudice di prime cure, accogliendo il primo motivo di ricorso proposto da Italpol, ha dichiarato assorbiti gli ulteriori motivi di doglianza dalla stessa proposti, pertanto, la società S.E.A. illustra, nel presente giudizio, le difese svolte in primo grado con riguardo ai suddetti motivi, che ne dimostrano, a suo dire, in ogni caso la totale infondatezza.

4.1. Italpol Vigilanza s.r.l. si è costituita in resistenza concludendo per il rigetto del gravame.

4.2. ICTS Italia a socio unico s.r.l. si è difesa chiedendo la riforma della sentenza impugnata.

5. Le parti, con rispettive memorie, hanno precisato le proprie difese.

6. Con ricorso in appello incidentale R.G.N. 78 del 2025, la società ICTS Italia a socio unico s.r.l. ha impugnato la medesima pronuncia, sollevando le seguenti doglianze: “I. Con riferimento al primo motivo di ricorso principale: omessa ed erronea motivazione della sentenza del T.A.R. Lombardia – Milano – Sez. I, n. 3546/2024 ed erronea pronuncia in punto di: Violazione e falsa applicazione dell’art. 112 c.p.c. (divieto di ultrapetizione), difetto di istruttoria, difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, irragionevolezza manifesta, sviamento; II. Con riferimento al primo motivo di ricorso principale: omessa ed erronea motivazione della sentenza del T.A.R. Lombardia – Milano – sez. I, n. 3546/2024 ed erronea pronuncia in punto di: Violazione e falsa applicazione dell’art. 112 cod. proc. civ. (divieto di ultrapetizione), violazione e falsa applicazione dell’art. 106 e 101 d.lgs. 36/2023, nonché della lettera di invito, difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, irragionevolezza manifesta, sviamento; III. Con riferimento al primo motivo di ricorso incidentale: omessa ed erronea motivazione della sentenza del T.A.R. Lombardia – Milano – sez. I, n. 3546/2024 ed erronea pronuncia in punto di: Violazione e falsa applicazione degli artt. 106, comma 8, del d.lgs. n. 36/2023, nonché del punto III.1 della Lettera di invito, come precisato dal doc. 9 allegato alla lettera di invito. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, carenza dei presupposti, violazione di legge, sviamento; B) Riproposizione del secondo motivo di ricorso incidentale proposto da ICTS in primo grado dichiarato improcedibile con la sentenza T.A.R. Lombardia – Milano sez. I 3546/2024; IV. Violazione e falsa applicazione delle note di compilazione dell’offerta tecnica (Allegato 9 alla lettera di invito). Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza dei presupposti, travisamento dei fatti, irragionevolezza ed irrazionalità manifesta e sproporzionalità; C) Eccezione e difese circa l’infondatezza del secondo e del terzo motivo di ricorso principale non esaminati dal T.A.R. Lombardia – Milano con la sentenza n. 3546/2024 appellata”.

L’appellante incidentale ha proposto istanza di riunione ex artt. 70 e 96 c.p.a. attesa la connessione oggettiva e soggettiva tra l’appello proposto da SEA e il presente appello, relativo alla medesima sentenza e al medesimo rapporto di affidamento.

6.1. Itapol Vigilanza s.r.l. si è costituita in resistenza concludendo per il rigetto del gravame e riproponendo nel presente giudizio, ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi II e III del ricorso introduttivo, i quali non stati dichiarati assorbiti dal Collegio di primo grado.

7. Le parti con memorie hanno spiegato le proprie difese.

8. All’udienza del 13 marzo 2025, l’appello principale e l’appello incidentale sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

9. Il Collegio, preliminarmente, dispone la riunione degli appelli, principale ed incidentale, ai sensi degli artt. 70 e 96 c.p.a., in quanto spiegati avverso la medesima sentenza.

10. Passando all’esame del merito, con il primo mezzo del ricorso principale, S.E.A. contesta la sentenza impugnata, riferendo che in primo grado Itapol aveva lamentato la presunta illegittimità della mancata esclusione dell’aggiudicataria dalla procedura di gara. A detta di

Italpol, ICTS avrebbe dovuto essere esclusa in quanto, dopo aver presentato una garanzia provvisoria di importo inferiore a quello richiesto dalla *lex specialis* di gara (euro 210.000,00 anziché di euro 300.000,00), avrebbe riscontrato la richiesta di integrazione, mediante soccorso istruttorio, producendo un'appendice alla cauzione provvisoria decorrente dalla relativa emissione e non dal termine ultimo di presentazione delle offerte.

La ricorrente evidenzia l'erroneità della decisione, laddove il T.A.R. ha ritenuto di accogliere il motivo assumendo che *'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'*, concludendo che *'non poteva essere ammessa l'integrazione cauzionale presentata da ICTS con efficacia da data posteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte'*. L'appellante deduce che la giurisprudenza di settore, condivisa dal parere di precontenzioso n. 59 del 2024 dell'ANAC, con specifico riferimento all'ipotesi della cauzione provvisoria di importo insufficiente ed alle modalità e tempistiche previste per la sua regolarizzazione, afferma un principio opposto a quello fatto proprio dal Collegio di prima istanza. Ciò in ragione del fatto che l'insufficienza della cauzione prodotta deve essere tenuta distinta dalla sua totale assenza o dalla sua irregolarità, e solo quando la cauzione provvisoria sia del tutto assente, il documento di cui è chiesta l'integrazione mediante soccorso istruttorio deve avere efficacia e data anteriore alla scadenza del termine di partecipazione.

In sostanza, secondo la ricorrente, che richiama anche un indirizzo della giurisprudenza di merito, la necessità che la cauzione provvisoria sia di data ed efficacia anteriore al termine di presentazione delle offerte sussiste dunque solo, al contrario di quanto sostenuto dal T.A.R., laddove la cauzione provvisoria sia del tutto assente e non nell'ipotesi di irregolarità o di insufficienza dell'importo previsto. Si lamenta che le pronunce citate dal Collegio di primo grado non sarebbero pertinenti, in quanto l'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023 fa riferimento alle caratteristiche che dovrebbe avere l'errore nell'indicazione dell'importo della cauzione provvisoria per essere considerato 'scusabile', né, più in generale, fanno riferimento ad un errore 'scusabile' quale presupposto necessario per attivare il soccorso istruttorio.

In ogni caso, ad avviso dell'appellante, la sussistenza di una disposizione normativa che espressamente prevede che *'l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento per gli operatori economici ai quali sia rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000'* (art. 106, comma 8, d.lgs. n. 36 del 2023) può senza dubbio essere causa di un errore scusabile per quanto concerne l'importo della garanzia, che ICTS aveva presentato con una riduzione appunto del 30% essendo in possesso delle certificazioni in questione, sebbene in concreto tale disposizione non fosse applicabile alla gara che occupa.

Ad avviso dell'appellante, ICTS ha applicato all'importo di euro 300.000 prescritto dalla *lex specialis* la riduzione del 30% di cui alla disposizione invocata, essendo munita della certificazione ISO UNI 9001 e, quindi, producendo quietanza di assicurazione per un importo pari ad euro 210.000.

11. Con il secondo motivo di appello principale, S.E.A. ha illustrato le difese svolte in primo grado con riguardo ai motivi di doglianza introdotti da Italtopol con il ricorso introduttivo, riguardanti il primo la presunta erronea attribuzione del punteggio con riferimento all'expertise dell'aggiudicataria, e il secondo la presunta non congruità dell'offerta della medesima.

12. Il primo mezzo dell'appello principale è infondato. Il rigetto del mezzo determina l'assorbimento delle ulteriori questioni proposte dall'appellante principale, nonché di quelle introdotte con l'appello incidentale dalla ICTS (R.G.N. 78 del 2025), ad esclusione del primo e secondo motivo, che vanno respinti per i rilievi di seguito enunciati.

13. L'appello principale è infondato per i rilievi di seguito enunciati.

13.1. Va premesso che il T.A.R. per la Lombardia, con la sentenza n. 3564 del 2024, in accoglimento del primo motivo di ricorso spiegato dalla società Italtopol s.r.l., ha annullato il provvedimento di aggiudicazione, rilevando che ICTS avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara in quanto la stessa ha di fatto *'formulato 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'*.

Inoltre, secondo il giudicante, la ritenuta legittimità della riduzione dell'importo dalla cauzione non può essere considerata un errore scusabile, atteso che l'applicazione dell'art. 106, comma 8, del d.lgs. n. 36 del 2023 è *'espressamente esclusa per i settori speciali (cui appartiene l'appalto di cui trattasi)'* dall'art. 141 del Codice.

13.2. La questione all'esame del Collegio di prima istanza, e di questo Giudice di legittimità, riguarda la legittimità dell'esclusione dell'aggiudicataria ICTS dalla procedura di gara fin dalla valutazione della documentazione amministrativa, in quanto, dopo aver presentato una garanzia provvisoria di importo inferiore a quello richiesto dalla *lex specialis* di gara (euro 210.000,00 anziché euro 300.000,00), ha riscontrato, in sede di soccorso istruttorio, la richiesta di integrazione documentale formulata dalla stazione appaltante ex art. 101 del Codice, producendo un'appendice alla cauzione provvisoria decorrente dalla relativa emissione (14.5.2024), anziché dal termine ultimo di presentazione delle offerte (6.5.2024).

13.3. Ciò premesso, il Collegio ritiene utile l'analisi del quadro normativo di riferimento.

In relazione alla *lex specialis*, va precisato che l'art. III.1, n. 2) della Lettera di invito ha espressamente previsto, a pena di esclusione, che la cauzione dovesse *'avere validità per un periodo non inferiore a 180 giorni a far data dal termine ultimo di presentazione dell'offerta'*, e *'nel caso in cui il concorrente non produca quanto richiesto nel termine assegnato, la Stazione appaltante procederà alla sua esclusione'*.

L'art. 101, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 36 del 2023, dispone che: *"Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, il documento sia presente nel*

F.V.O.E., la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a 10 giorni per: integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine di presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte”.

L'art. 101, comma 1, lett. b) consente di: *“sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, le inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente”.*

Dalla piana lettura delle disposizioni emerge che la norma riconducibile alla fattispecie in esame è l'art. 101, comma 1, lett. a) che disciplina il c.d. soccorso istruttorio – integrativo, che si distingue dal soccorso istruttorio c.d. sanante disciplinato dall'art. 101, comma 1, lett. b), norma dal contenuto generale che consente di rimediare ad inesattezze o irregolarità formali della stessa documentazione amministrativa, con il solo limite dell'irrecuperabilità della documentazione di incerta imputazione soggettiva.

L'art. 101 comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 36 del 2023, infatti, fa espresso riferimento alla garanzia provvisoria, che il Legislatore ha inteso distinguere, quanto ai contenuti e i limiti della 'sanabilità' mediante soccorso istruttorio, da altre situazioni generali di sanatoria di irregolarità della documentazione amministrativa, essendosi dato rilievo alla funzione specifica della garanzia provvisoria tesa ad evidenziare la serietà e affidabilità dell'offerta, trattandosi di un istituto che rientra nel patto di integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche.

Orbene, dalla piana lettura dell'art. 101 comma 1, lett. a) si evince che, in caso di mancata, incompleta, irregolare presentazione della garanzia provvisoria, il soccorso istruttorio è ammissibile solo qualora il documento che reca la garanzia provvisoria si sia formato validamente prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte. In sostanza, *condicio sine qua non* per l'esercizio del soccorso istruttorio, in ipotesi di inesatta/incompleta cauzione provvisoria, è che quest'ultima si sia costituita validamente prima di tale data.

Nella vicenda in esame, la stessa *lex specialis* ha espressamente previsto, a pena di esclusione, che la cauzione dovesse *‘avere validità per un periodo non inferiore a 180 giorni a far data dal termine ultimo di presentazione dell'offerta’*, e *‘nel caso in cui il concorrente non produca quanto richiesto nel termine assegnato, la Stazione appaltante procederà alla sua esclusione’*.

Il Collegio è al corrente di indirizzi discordanti della giurisprudenza di merito sulla questione

oggetto del presente giudizio, che l'appellante valorizza e richiama nei propri scritti difensivi; tuttavia ritiene che le pronunce richiamate non possono essere condivise.

Sulla questione della sanabilità delle criticità afferenti alla cauzione provvisoria, la giurisprudenza di legittimità e di merito sotto la vigenza del Codice del 2016 ha prevalentemente sostenuto che: *'l'erronea modalità di presentazione della cauzione provvisoria, ove pure dia luogo alla invalidità della cauzione, non costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara, ma mera irregolarità sanabile attraverso il soccorso istruttorio'* (Cons. Stato, n. 10274 del 2022; id. n. 3166 del 2021).

Come sopra evidenziato, la sanabilità delle irregolarità della cauzione provvisoria è certamente ammessa anche dal nuovo Codice, ma assume rilievo il dato temporale, posto che è consentita la sanabilità di una cauzione provvisoria carente solo entro il termine di presentazione delle offerte.

Ciò in quanto si deve rammentare che i principi ispiratori del soccorso istruttorio, come delineato dal nuovo Codice dei contratti pubblici, devono essere individuati, da un lato, nella buona fede, che in generale informa i rapporti dell'amministrazione con i cittadini e le imprese, e nel *favor participationis*, senza che possa essere pregiudicata la *par condicio*, posto che il soccorso istruttorio non deve permettere al concorrente cui è imputabile l'omissione di modificare il contenuto tecnico – economico della propria offerta o di sanare *ex post* le violazioni della *lex specialis* previste a pena di esclusione.

Nel caso in esame, emerge all'evidenza che la ricorrente non ha provato la costituzione di una valida garanzia provvisoria entro la data di scadenza prevista per la presentazione delle offerte, in quanto ha formulato 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.

La circostanza che assume rilievo è che tale irregolarità è in contrasto con la legge di gara che ha prescritto la totale copertura della garanzia per un periodo di 180 giorni dalla data finale per il deposito delle offerte, e altresì ha comportato la lesione della *par condicio* rispetto agli altri concorrenti che tale copertura integrale hanno invece assicurato.

Ne consegue l'infondatezza delle denunce prospettate dall'appellante principale S.E.A., non potendo trovare accoglimento, per i rilievi espressi, l'assunto secondo cui solo in caso di omissione della garanzia provvisoria entro il termine ultimo di presentazione delle offerte può essere disposta l'esclusione del concorrente dalla gara, mentre nel caso di garanzia irregolare/incompleta, come quella di specie, l'integrazione della documentazione, ancorché recante data successiva al termine ultimo di presentazione delle offerte, non comporterebbe l'esclusione del concorrente, trattandosi di una mera sanatoria di una cauzione originariamente comunque prodotta.

Va, pertanto, confermata la decisione impugnata nella parte in cui si sostiene che: *'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 immutabilità dell'offerta, d'imparzialità e di par condicio delle*

imprese concorrenti, concludendo che *‘non poteva essere ammessa l’integrazione cauzionale presentata da ICTS con efficacia da data posteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte’*.

Per quanto sopra espresso, vanno respinte le denunce con le quali si è voluto ravvisare un errore scusabile, dovendosi ribadire, quanto sostenuto dal T.A.R., secondo cui la ritenuta legittimità della riduzione dell’importo della cauzione non può essere considerata un errore scusabile, atteso che l’applicazione dell’art. 106, comma 8, del d.lgs. n. 36 del 2023 è espressamente esclusa per i settori speciali, cui appartiene l’appalto di cui trattasi, dall’art. 141 del Codice.

14. Il rigetto del primo motivo di appello principale comporta l’assorbimento del secondo mezzo, con il quale si sono riproposte in questa sede le difese illustrate dalla società S.E.A. nel corso del giudizio di primo grado, finalizzate a confutare i motivi di ricorso introduttivo spiegati dalla Italtopol.

15. Passando all’esame della prima doglianza dell’appello incidentale, la società ICTS contesta la sentenza impugnata nella parte in cui il Tribunale di prima istanza avrebbe introdotto la tematica dell’errore scusabile al solo fine di accogliere il primo motivo di ricorso di Italtopol.

L’appellante incidentale precisa che: *“Quanto riferito dal T.A.R. Lombardia è smentito dalla semplice lettura del ricorso di Italtopol che a pag. 6 espressamente esclude di volere censurare il soccorso istruttorio concesso dalla Stazione appaltante. Malgrado l’immediata evidenza della formulazione del ricorso avversario il T.A.R. Lombardia, introduce, (rectius: attribuisce) a Italtopol questa censura, non solo con un evidente travisamento dei fatti, ma incorrendo nel difetto di ultrapetizione, pronunciandosi su un vizio mai eccepito, e sviando esso stesso dall’esercizio del proprio potere, avendo utilizzato questo artificio argomentativo al fine di fondare l’accoglimento del ricorso”*.

15.1. La critica è infondata.

Nella specie non ricorre il vizio denunciato, tenuto conto del *‘thema decidendum’* delineato a seguito delle questioni prospettate dalle parti, sicché al giudicante è stato consentito l’esame di una questione che, sebbene non espressamente prospettata, è stata correttamente intesa come implicitamente proposta, e soprattutto necessaria ai fini della comprensione dell’iter argomentativo seguito per giungere alle conclusioni rese nella decisione.

Come argomentato da Italtopol con memoria, il giudice può porre a fondamento della decisione non solo le censure formalmente espresse, ma anche quelle desumibili in modo inequivoco dall’esposizione dei fatti e dal contesto del ricorso.

Spetta al giudice del merito, infatti, interpretare la domanda proposta individuando, mediante l’analisi delle allegazioni e delle affermazioni della parte, i suoi elementi costitutivi, e cercando di comprendere, al di là delle espressioni letterali impiegate, il contenuto sostanziale con riguardo alle finalità perseguite nel giudizio dalla parte, senza che assuma alcun valore

condizionante la formula adottata dalla parte medesima (Cass. n. 13602 del 2019; Cass. n. 27940 del 2013; Cass. n. 13459 del 2011).

Ne consegue che non sussiste alcuna violazione del principio della corrispondenza della pronuncia alla richiesta e non sussiste nessuna sostituzione d'ufficio di una diversa azione a quella formalmente proposta, atteso che l'interpretazione del giudice e la conseguente risposta, anche con riferimento all'errore scusabile, è stata emessa sulla base del *petitum* e della causa *petendi*, e in base a quanto espressamente allegato a dedotto dalle parti.

E' emerso dai fatti di causa che ICTS, in fase di presentazione dell'offerta, aveva prodotto la cauzione provvisoria per un importo (pari ad euro 210.000,00) inferiore rispetto a quello richiesto dal punto III.1, n. 2) della lettera di invito (pari ad euro 300.000,00) nella quale, in ogni caso, veniva espressamente specificato che il termine ultimo per la presentazione delle offerte era il 6.5.2024, e che la garanzia *'decorre dalla data di presentazione dell'offerta'*.

La stazione appaltante aveva rilevato l'insufficienza dell'importo della cauzione provvisoria e, in data 14.5.2024, aveva formulato alla società ICTS una richiesta di integrazioni ai sensi dell'art. 101 del Codice, chiedendo l'allegazione della documentazione a comprova del possesso del rating di legalità, nella specie unica documentazione che avrebbe consentito la riduzione dell'importo della garanzia.

La società ICTS, in riscontro alla richiesta di integrazione, precisava che la presentazione della cauzione di importo inferiore era stata determinata dalla ritenuta applicazione delle riduzioni previste ex art. 106, comma 8 del Codice, disponendo della certificazione ISO 9001, allegando l'appendice alla cauzione provvisoria, e precisando con messaggio del 16.5.2024, che *'si prevede ad aumentare la garanzia prestata con la stessa per l'importo di euro 90.000,00'* e che *'pertanto, la somma massima assicurata della polizza, a far data dal 14.5.2024, deve intendersi di euro 300.000,00'*.

Per questo motivo, correttamente, il Giudice del merito, senza incorrere in ultra petizione, ha dedotto un errore non scusabile nell'ignoranza, da parte di ICTS, della circostanza per cui le riduzioni di cui all'art. 106, comma 8, del Codice non fossero applicabili ai settori speciali, come coerentemente previsto dalla Lettera di invito, che non ne aveva fatto espresso richiamo.

15.2. Quanto al secondo motivo di ricorso incidentale, va ribadito che la censura prospettata dall'appellante non sposta l'esito del giudizio, tenuto conto delle argomentazioni sopra ampiamente espresse con riferimento alla asserita illegittimità dell'integrazione dell'importo della garanzia provvisoria, a mezzo di soccorso istruttorio, dopo la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

15.3. Va respinta anche la doglianza prospettata da ICTS con il terzo mezzo, con la quale si deduce che il T.A.R. avrebbe errato nella misura in cui non ha esaminato la censura secondo cui *'malgrado nei settori speciali la Stazione appaltante non sia tenuta ad applicare l'istituto della cauzione provvisoria, in ogni modo, quando si determina ad applicarlo non può farlo in irragionevole violazione di quelli che sono i principi stabiliti dal Legislatore...Ne discende pertanto che... la Stazione appaltante dovrebbe allora quantomeno motivare per quale ragione*

intende discostarsi dal modello tipico legale'.

La critica non può trovare accoglimento, tenuto conto che, stante l'illegittimità della integrazione della cauzione provvisoria mediante soccorso istruttorio, per il principio dell'assorbimento improprio il T.A.R., senza incorrere in omessa pronuncia, ha disatteso implicitamente tutte le altre censure prospettata nel corso del giudizio di primo grado da ICTS.

E, per le medesime ragioni, devono ritenersi assorbite tutte le altre denunce e questioni prospettate dalla ICTS con l'appello incidentale, tenuto conto che l'eventuale esame delle stesse non determinerebbe una soluzione di segno contrario.

16. In definitiva, l'appello principale e l'appello incidentale, come sopra riuniti, vanno respinti e la sentenza impugnata va confermata.

17. La complessità anche fattuale delle questioni trattate, e le ragioni della decisione, giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite del grado tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, principale ed incidentale, come in epigrafe indicati, li respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del grado.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore