

Pubblicato il 24/03/2026

N. 02472/2026REG.PROV.COLL.
N. 09845/2025 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9845 del 2025, proposto da I.E.C.I. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B345D376F4, rappresentata e difesa dagli avvocati Achille Morcavallo e Oreste Morcavallo, con domicilio eletto presso lo studio Achille Morcavallo in Roma, via Arno, 6;

contro

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

D.E.S.I. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco De Marini e Barbara Savorelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (Sezione Seconda) n. 2039 del 2025, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di D.E.S.I. S.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 marzo 2026 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Morcavallo Achille, anche in sostituzione di Morcavallo Oreste, e De Marini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

D.E.S.I. S.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione definitiva a I.E.C.I. S.r.l. della procedura aperta indetta dalla Centrale Unica di Committenza Roggiano Gravina per conto del comune di San Marco Argentano per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva nei cimiteri comunali periodo 2024-2034.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, con sentenza n. 2039 del 2025, ha accolto il ricorso principale e respinto il ricorso incidentale, annullando l'aggiudicazione definitiva e dichiarando 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 dall'1 gennaio 2026.

I.E.C.I. S.r.l. ha impugnato la sentenza per i seguenti motivi di diritto:

I) *error in iudicando e/o procedendo*; perplessità e contraddittorietà intrinseca della pronuncia; errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto; infondatezza del ricorso principale;

II) *error in procedendo e/o iudicando*; fondatezza del ricorso incidentale per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 15.4 del disciplinare – violazione e/o falsa applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza;

III) *error in procedendo e/o iudicando*; infondatezza della disposta tutela in forma specifica.

Si è costituita per resistere all'appello D.E.S.I. S.r.l., che ha altresì riproposto i motivi assorbiti dalla sentenza.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 5 marzo 2026 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da I.E.C.I. S.r.l. per la riforma della sentenza del Tar Calabria n. 2039 del 2025, con cui è stato accolto il ricorso principale, respinto il ricorso incidentale, annullata l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta indetta dalla Centrale Unica di Committenza Roggiano Gravina per conto del comune di San Marco Argentano per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva nei cimiteri comunali periodo 2024-2034 e dichiarata 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 dall'1 gennaio 2026.

Deve premettersi che, con bando di gara del 3 ottobre 2024, la Centrale Unica di Committenza Roggiano Gravina 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" (CIG B345D376F4), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (per un massimo di 100 punti di cui 80 punti attribuiti all'offerta tecnica e 20 punti all'offerta economica), con un importo stimato della concessione di euro 209.040,00. Nel termine fissato del 3 novembre 2024 hanno presentato domanda di partecipazione alla procedura quattro operatori economici, tra i quali D.E.S.I. S.r.l., posizionatasi al secondo posto in graduatoria e I.E.C.I. S.r.l., che si è aggiudicata la gara.

Il Tar ha accolto l'impugnazione dell'aggiudicazione da parte di D.E.S.I., respingendo il ricorso incidentale dell'odierna appellante e disponendo, per l'effetto, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione impugnato, dichiarando l'inefficacia del contratto per l'affidamento del servizio, ove

medio tempore stipulato, a partire dal 31 dicembre 2025, con conseguente subentro di D.E.S.I. nel rapporto contrattuale a partire dall'1 gennaio 2026, con compensazione delle spese di giudizio.

Per la sentenza, con riferimento al ricorso principale, l'art. 106 del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede l'obbligo che la polizza fideiussoria sia tanto emessa quanto firmata digitalmente e che il documento che incorpora la polizza sia nativo digitale, mentre, nel caso di specie, IECI non ha mai prodotto una polizza fideiussoria in formato nativo digitale, con conseguente violazione della disposizione normativa succitata., atteso che la presentazione di una polizza fideiussoria non emessa digitalmente equivale a tutti gli effetti alla sua mancata presentazione e che l'eventuale nuovo documento formato, ai sensi dell'art. 20, comma 1-*bis* d.lgs. n. 82 del 2005, non potrebbe che avere una marcatura temporale, e cioè una data di sottoscrizione, successiva alla scadenza del termine di presentazione delle domande. Con riferimento al ricorso incidentale: *“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”*.

Con il primo motivo di gravame I.E.C.I. ha dedotto l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha statuito che la presentazione di una polizza non emessa digitalmente equivale a tutti gli effetti alla sua mancata presentazione, non potendo essere applicato il soccorso istruttorio in quanto mancherebbe *ab initio* la polizza in formato nativo digitale. Al contrario, l'art. 22 CAD contemplerebbe la sostanziale equiparazione dei documenti nativi digitali a quelli analogici. Sussisterebbe, dunque, la violazione del principio per cui la forma *ad substantiam* deve essere espressamente richiesta dalla legge a pena di nullità. Sebbene la norma disponga l'obbligo che il documento sia

emesso e sottoscritto digitalmente, il legislatore non commina, in tal caso, la nullità, né afferma che la polizza formata su supporto analogico e regolarmente sottoscritta sia inesistente. La sentenza avrebbe violato anche il principio del *favor participationis*. Ed invero, la stazione appaltante non riconnetteva alcuna portata escludente né all'art. 106 né al disciplinare di gara, che prevedeva espressamente l'esclusione solo nel caso in cui l'offerta non fosse corredata da una garanzia provvisoria pari al 2% del valore complessivo della concessione. L'appellante ha prodotto la polizza con firma autografa e, a seguito di soccorso istruttorio, la medesima polizza firmata digitalmente dal legale rappresentante dell'assicurazione. Inoltre, per la pacifica giurisprudenza amministrativa, l'invalidità o irregolarità della cauzione provvisoria deve essere tenuta distinta dalla mancanza assoluta della stessa; in quest'ultimo caso, senza dubbio più grave, il documento di cui è chiesta l'integrazione mediante soccorso istruttorio deve avere data anteriore alla scadenza del termine di partecipazione, mentre, argomentando a contrario, l'integrazione ben potrebbe recare data successiva alla scadenza del termine. In ogni caso, poiché la polizza originaria era stata allegata alla domanda di partecipazione, la produzione in sede di soccorso istruttorio della sottoscrizione digitale della polizza allegata alla domanda di partecipazione non consentirebbe il sorgere di incertezze sulla data del primo documento, sia pure formato su supporto analogico poi trasformato in documento digitale, con ulteriore erroneità motivazionale della sentenza gravata. D'altra parte, anche in omaggio al principio del risultato di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023, dovrebbe propendersi per una lettura sostanzialistica della *lex specialis*, che dequota forma e procedura da fine a mezzo per selezionare l'operatore economico più idoneo all'aggiudicazione dell'appalto.

Con la seconda censura l'appellante ha dedotto che, con riferimento all'ordine di trattazione delle questioni poste con il ricorso principale e con quello incidentale, nella presente fattispecie, a fronte di un ricorso principale e di un ricorso incidentale contenenti censure reciprocamente "escludenti",

erroneamente la sentenza avrebbe deliberato prima il ricorso principale, mentre avrebbe dovuto comunque prioritariamente esaminare le censure a carattere “escludente” sollevate con il ricorso incidentale perché dalla eventuale fondatezza dello stesso sarebbe derivato il difetto di legittimazione o, comunque, l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse delle censure proposte con il ricorso principale della seconda graduata. In ogni caso, per l'appellante il ricorso incidentale sarebbe fondato, atteso che l'offerta economica di cui alla busta C prodotta da D.E.S.I. sarebbe stata erroneamente valutata dalla stazione appaltante con il punteggio massimo di 10, pur avendo indicato “0” riguardo al criterio relativo a: *“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”*. Invero, sebbene la legge di gara prevedesse l'attribuzione del punteggio massimo pari a 10 punti a chi avesse offerto il prezzo di contributo più basso, dato dalla somma dei prezzi offerti per le singole operazioni, affinché un'offerta possa considerarsi tale la stessa dovrebbe evidentemente essere diversa da zero. La previsione di un canone annuo da corrispondere alla stazione appaltante non bilanciata dalla previsione dei costi a carico dell'utenza, integrerebbe un'offerta non sostenibile e sostanzialmente inaffidabile. In ogni caso, anche ove si ritenesse che la mancanza delle suddette voci di costo non costituisse causa di esclusione, per l'appellante la Commissione non avrebbe potuto assegnare il punteggio massimo di 10 punti all'offerta di D.E.S.I.

Con il terzo motivo di gravame l'appellante ha dedotto che, in conseguenza della fondatezza delle prime due censure, la sentenza sarebbe erronea, altresì, nella parte in cui ha accolto la domanda e ha disposto l'inefficacia del contratto e il subentro della controinteressata.

D.E.S.I. ha controdedotto specificamente a tutti i motivi di doglianza, ritenendoli infondati e riproponendo i motivi del ricorso di primo grado non esaminati dalla sentenza appellata.

L'appello è infondato.

Con riferimento al primo motivo dedotto, l'art. 106, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede 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”*; inoltre, ai sensi del comma 3 della stessa norma: *“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”*.

Dalla lettera della succitata disposizione normativa risulta in maniera inequivocabile l'obbligo in capo ai concorrenti, nel caso in cui scelgano di produrre una garanzia fideiussoria, che la stessa sia emessa in formato digitale (*“la garanzia fideiussoria deve essere emessa e firmata digitalmente”*).

Ed invero, come chiarito dalla relazione illustrativa di accompagnamento al d.lgs. n. 36 del 2023, espressamente richiamata pure dalla sentenza impugnata: *“In tema di garanzie per la partecipazione alla procedura la principale novità dell'articolo 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. ... 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”*.

La *ratio* della suddetta previsione normativa risulta, dunque, chiaramente espressa dalla succitata relazione, atteso che l'obbligo che il documento che incorpora la polizza fideiussoria sia nativo digitale e, dunque, che lo stesso non possa consistere in una mera copia informatica di un documento analogico, è presupposto necessario per garantire una maggiore efficienza e

sicurezza del sistema, oltre che minori oneri amministrativi in capo alle stazioni appaltanti.

Tanto premesso, come risulta dalla documentazione versata in atti, I.E.C.I. ha prodotto in allegato alla domanda di partecipazione una copia informatica di un documento analogico con sottoscrizione a mano e non una polizza fideiussoria in formato nativo digitale e, in sede di soccorso istruttorio, ha prodotto una copia informatica di documento analogico, seppure firmata digitalmente.

Da ciò consegue l'evidente violazione dell'art. 106 del d.lgs. n. 36 del 2023, atteso che, come statuito in maniera condivisibile dalla sentenza impugnata:

“nel caso di specie la presentazione di una polizza fideiussoria non emessa digitalmente equivale a tutti gli effetti alla sua mancata presentazione ... perché ... il codice degli appalti non contempla la possibilità di presentare una polizza fideiussoria che non sia nativa digitale”.

Né il soccorso istruttorio ha potuto rimediare a tale carenza, atteso che, nel caso di specie, in mancanza di una polizza fideiussoria emessa in formato nativo digitale e sottoscritta digitalmente prima del termine di scadenza della presentazione delle offerte, l'integrazione della polizza fideiussoria è avvenuta con una copia informatica di documento analogico necessariamente firmata digitalmente in data successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Ne consegue, dunque, la piena applicazione anche dell'art. 10 del disciplinare di gara, ove dispone 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, invece, nella fattispecie all'esame del Collegio, il nuovo documento formato ai sensi dell'art. 20, comma 1-bis d.lgs. n. 82 del 2005 ha una marcatura temporale successiva alla scadenza del termine di presentazione delle domande.

Invero, per consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa: *“il soccorso istruttorio è attivabile in quanto le ragioni di invalidità della cauzione provvisoria*

integrino ipotesi di "carenze di elementi formali della domanda" o di "mancanza, incompletezza" o di "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione.

In tali ipotesi, quindi:

- il soccorso istruttorio va a buon fine e l'operatore economico resta in gara 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;*
- il soccorso istruttorio non va a buon fine e l'operatore economico deve essere escluso se, come nella fattispecie in esame, la cauzione provvisoria è stata formata successivamente al termine per la presentazione delle offerte, poiché la circostanza che si consenta ad uno degli operatori 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. Cons. Stato, V, 12 febbraio 2024, n. 1365; 4 dicembre 2019 n. 8296; 2 settembre 2019, n. 6013; 22 ottobre 2018, n. 6005; 26 luglio 2016, n. 3372).*

Quanto al secondo motivo dedotto dall'appellante, per cui, a fronte di ricorsi contenenti censure reciprocamente "escludenti", la sentenza impugnata erroneamente avrebbe esaminato in via prioritaria il ricorso principale, mentre avrebbe dovuto prima scrutinare quello incidentale, che era da ritenersi fondato, dichiarando improcedibile quello principale, deve convenirsi, invece, con il giudice di prime cure il quale, in adesione al più recente orientamento giurisprudenziale concernente il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale in materia di appalti, per economia processuale ha esaminato prioritariamente il ricorso principale, atteso che dalla sua eventuale reiezione sarebbe derivata l'improcedibilità del ricorso incidentale, mentre dall'eventuale fondatezza di quest'ultimo non sarebbe potuta conseguire in ogni caso l'improcedibilità del ricorso introduttivo, permanendo in capo alla ricorrente principale la titolarità dell'interesse legittimo strumentale alla rinnovazione della gara.

Ed invero, in applicazione della giurisprudenza della Corte di giustizia, l'art. 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi (cfr. Corte giustizia UE, sez. X, 5 settembre 2019, n. 333).

Tale indirizzo è, inoltre, coerente con il principio di ordine logico secondo cui la reiezione del ricorso principale comporta l'assorbimento del ricorso incidentale subordinato o condizionato all'accoglimento di quello principale.

In ogni caso, la sentenza ha correttamente statuito, con riferimento al ricorso incidentale, che: *“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”*.

Ed invero, come di recente affermato da questa sezione: *“la formula di interpolazione lineare mira a premiare in modo deciso il ribasso, non potendosi dunque*

escludere un'offerta pari a zero (equivalente a mancata offerta, nel senso di rinuncia ad alcun corrispettivo per le operazioni bancarie di bonifico su altri istituti di credito) per una voce di un'offerta composta da più voci, a condizione che sia complessivamente affidabile e seria (...).

Né può dirsi che l'offerta a valore zero determini l'inapplicabilità della formula matematica per il computo del relativo punteggio, quanto piuttosto ne condiziona il risultato comparativo, fermo restando che tale "non offerta", per singole voci, era consentita a ciascun partecipante alla gara.

Va, del resto, considerato che l'eventuale incoerenza della formula matematica elaborata per tradurre in algoritmo il criterio di assegnazione del punteggio non può prevalere sul criterio, e cioè sullo scopo perseguito; come è stato affermato in giurisprudenza, seppure in una diversa fattispecie, "è l'algoritmo che deve adeguarsi alla norma e non la norma cedere all'inidoneo algoritmo" (Cons. Stato, V, 22 agosto 2022, n. 7357). Ciò significa anche che la formula matematica va applicata con ragionevolezza, salvaguardando l'interesse dell'amministrazione (...) senza dare luogo ad inammissibili (in quanto non previste dalla lex specialis) esclusioni dalla gara ..." (cfr. Cons. Stato, V, 17 gennaio 2025, n. 366).

Tale indirizzo giurisprudenziale si conforma, del resto, a quanto affermato dal giudice europeo (cfr. CGUE 10 settembre 2020, n. C367/19) secondo cui l'art. 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24/UE non consente il rigetto automatico dell'offerta con cui l'operatore economico proponga di fornire all'amministrazione aggiudicatrice, senza esigere alcun corrispettivo, i lavori, i servizi o le forniture che l'Ente intende acquisire.

Da tutto ciò consegue, altresì, l'infondatezza del terzo motivo di gravame, con cui l'appellante ha dedotto che, in conseguenza della fondatezza delle prime due censure, la sentenza sarebbe erronea, altresì, nella parte in cui ha accolto la domanda e ha disposto l'inefficacia del contratto e il subentro della controinteressata. E consegue, altresì, l'improcedibilità dei motivi di ricorso non esaminati dalla sentenza e riproposti da D.E.S.I. ai sensi dell'art. 101 c.p.a.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti di D.E.S.I. S.r.l., che si liquidano in euro 6000, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2026 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO