

## **Consiglio di Stato, Sezione Terza, Sentenza n. 2642 del 1 aprile 2026**

Appalti pubblici – Garanzia provvisoria – Escussione – Solo in caso di effettivo pregiudizio derivante da condotta dell’OE

Publicato il 01/04/2026

**N. 02642/2026REG.PROV.COLL.**

**N. 05603/2025 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5603 del 2025, proposto da (...) S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

### **contro**

- (...) S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- la (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- il (...) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

- la Regione (...), l'(...), l'(...), l'(...), l'(...), l'(...), l'(...) e l'(...) Foggia, non costituite in giudizio;

**nei confronti**

di (...) S.r.l., (...) S.r.l., (...) S.r.l., (...) S.r.l., (...) S.r.l., (...) S.r.l. e (...) S.r.l., non costituite in giudizio,

**per la riforma**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza) n. 788/2025, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del (...), di (...) S.p.a. e della (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2026, il Cons. Sebastiano Zafarana, udito l'Avv. (...) per l'appellante e viste le conclusioni delle altre parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.1. L'appellante (...) ha partecipato alla gara comunitaria a procedura aperta telematica indetta ai sensi dell'art. 71 del D.Lgs. n. 36/2023 da (...) S.p.a., suddivisa in 21 lotti, mediante Bando di gara inviato alla GUUE in data 11 settembre 2023, avente ad oggetto l'affidamento della fornitura di protesi ortopediche segmento ginocchio, materiale accessorio e correlati servizi per le Aziende Sanitarie della Regione Puglia di importo a base d'asta quadriennale pari a € 67.007.200,00, oltre IVA, di cui € 0,00 per oneri della sicurezza, con opzione di incremento in aumento fino al 10% ai sensi dell'art. 120, co. 9, del D.lgs. n. 36/2023, per un importo dell'opzione pari a € 6.700.720,00, oltre IVA, con importo complessivo dell'appalto, comprensivo dell'opzione, pari ad € 73.707.920,00, oltre IVA, di cui € 0,00 per oneri della sicurezza. La suddetta

procedura è finalizzata alla stipula di una Convenzione Quadro, *ex art.* 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, sottoscritta da (...) S.p.a. in qualità di Soggetto Aggregatore.

1.2. La Commissione giudicatrice, concluse le operazioni di esame e valutazione delle offerte tecniche ed economiche dei concorrenti, e terminate le verifiche sulle offerte risultate anormalmente basse, nella seduta pubblica del 18 febbraio 2025 ha formulato la proposta di aggiudicazione nei confronti dei primi cinque concorrenti in graduatoria per ogni lotto.

1.3. Per quanto qui di interesse, la società (...) è risultata classificata con esito positivo per i lotti nn. 2 e 16. Pertanto, in data 19 febbraio 2025, attraverso la piattaforma EmPULIA, con registro di sistema n. PE066447-25, è stato richiesto alla ricorrente di comprovare i requisiti di ordine generale *ex artt.* 94 -95 e 98 d.lgs. n. 36/2023.

1.4. La società, quindi, ha riscontrato la richiesta in data 28 febbraio 2025 con registro di sistema n. PE083819-25, dichiarando, tra l'altro:

- di non avere obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, o di contributi previdenziali, per violazioni in materia fiscale e/o contributiva previdenziale, “*definitivamente*” accertate;
- di avere obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, o di contributi previdenziali, per violazioni in materia fiscale e/o contributiva previdenziale “*non definitivamente*” accertate e di aver ottemperato a tali obblighi pagando, o impegnandosi in modo vincolante a pagare, le imposte/contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni.

Ha esposto che, dopo la richiesta della stazione appaltante di comprovare se avesse ottemperato al pagamento di tali somme, ovvero si fosse impegnata con la rateizzazione, ha prodotto un documento attestante l'impegno a pagare la cartella, ormalizzato in data 1 aprile 2025, quindi dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte del 30 ottobre 2023; ha precisato altresì, di aver già

presentato per la stessa cartella istanza di rateizzazione in data 6 giugno 2023, quindi prima del termine, come da documento prodotto in atti.

1.4. A fronte di ciò, la stazione appaltante disponeva l'esclusione dell'operatore economico con provvedimento comunicato all'appellante il 16 aprile 2025 poiché, dopo l'aggiudicazione e nella fase di controllo dei requisiti di ordine generale, ha verificato la sussistenza di violazioni definitivamente accertate da parte dell'Agenzia delle Entrate per un importo di € 7.785,29 (cartella n. 05920230009594336000 notificata il 28 aprile 2023), somma quindi superiore alla soglia di gravità di cui all'art. 1, All. II.10 del Codice degli Appalti, che richiama l'articolo 48-*bis*, commi 1 e 2-*bis*, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602 (pari ad € 5.000,00), con conseguente sussistenza di una causa di esclusione di tipo automatico *ex art.* 94, comma 6, D.lgs. n. 36/2023. Rilevando altresì come il tardivo tentativo di sanatoria fosse inidoneo a neutralizzare la causa di esclusione automatica, richiedendo la norma che l'impegno al pagamento sia perfezionato anteriormente al termine di presentazione delle offerte.

1.5. Con atto notificato il 16 maggio 2025 la società (...) S.p.a. ha impugnato dinnanzi al T.A.R. per la Puglia il provvedimento di esclusione dalla gara.

1.6. Si sono costituiti per resistere in giudizio (...) S.p.a. ed il (...).

1.7. Con sentenza n. 788/2025, resa in forma semplificata all'esito della camera di consiglio prevista per la trattazione dell'istanza cautelare, il T.A.R. per la Puglia ha respinto il ricorso ritenendo l'esclusione legittima. Il giudice di prime cure ha qualificato come decisiva la circostanza che l'appellante fosse "*pacificamente decaduta*" dalla prima rateizzazione del 6 giugno 2023, e che la seconda istanza (dell'1 aprile 2025), oltre a costituire un'ammissione implicita di tale decadenza, fosse irrimediabilmente tardiva. Tale decadenza, come osservato dal T.A.R., ha determinato una "*soluzione di continuità nel possesso dei requisiti di affidabilità*", rendendo pienamente legittimo il provvedimento espulsivo.

2.1. Con atto notificato l'8 luglio 2025, (...) ha proposto appello avverso la suddetta sentenza articolando due motivi di gravame così rubricati:

I) Violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato. Carezza assoluta di *pronunciamento e conseguentemente di motivazione. Travisamento dei fatti posti a fondamento del ricorso introduttivo di prime cure.*

II) Violazione ed errata interpretazione dei motivi di ricorso. Carezza della motivazione. *Travisamento dei fatti posti a fondamento del ricorso introduttivo di prime cure. Contraddittorietà e illogicità della motivazione.*

2.2. Si è costituito per resistere in giudizio il (...) il quale ha depositato atto di costituzione di mero stile con il quale ha chiesto respingersi il ricorso.

2.3. Si è costituita in appello anche la (...) (non costituita in primo grado) al solo fine di compulsare gli atti del processo.

2.4. Si è costituita anche (...) S.p.a. la quale ha depositato atto di costituzione e memorie difensive con le quali ha contestato i motivi di appello chiedendone la reiezione.

2.5. Con ordinanza n.2785 del 30 luglio 2025 questa Sezione ha parzialmente accolto l'istanza cautelare proposta dall'appellante, ritenendo meritevole di approfondimento il primo motivo di ricorso con il quale l'appellante si duole dell'automatismo con il quale la stazione appaltante ha disposto l'escussione della cauzione provvisoria prestata ai sensi dell'art. 106 D.lgs. n. 36/2013, disponendo la sospensione *in parte qua* del relativo provvedimento.

2.6. In vista dell'udienza di trattazione del ricorso nel merito, l'appellante e (...) hanno depositato memorie conclusionali e repliche.

2.7. Alla pubblica udienza del 15 gennaio 2026 l'appello è stato trattenuto in decisione.

3. Preliminarmente deve darsi atto che, con la memoria depositata il 30 dicembre 2025 ai sensi dell'articolo 73 c.p.a., l'appellante ha espressamente rinunciato al secondo motivo d'appello, che riproponeva la prima censura articolata in primo

grado, con riguardo all'esclusione dalla procedura di gara disposta nei suoi confronti a seguito dell'accertamento di una grave violazione fiscale definitivamente accertata. Pertanto, per questa parte, l'appello deve essere dichiarato improcedibile.

4. Residua, pertanto, quale unico *thema decidendum*, il primo motivo di appello col quale l'appellante ripropone -lamentandone l'omesso esame da parte del primo giudice -le censure di illegittimità dell'incameramento della cauzione provvisoria e della segnalazione all'ANAC ad opera dell'Amministrazione.

5. Con riferimento al primo profilo di censura (illegittimità dell'incameramento della cauzione provvisoria) l'appellante premette, in punto di fatto, che la stazione appaltante non ha mai disposto l'aggiudicazione della gara in favore di (...) la quale, invero, è stata esclusa prima dell'adozione del provvedimento conclusivo della procedura.

Quanto alla disciplina di gara applicata dalla stazione appaltante, espone che:

- l'art. 106 del D.lgs. n. 36/2023 recita: *“La garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario...”* (comma 6);

- l'art. 10 del Disciplinare, a sua volta, così, testualmente recita: *“la garanzia provvisoria copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione [...] imputabile a ogni fatto riconducibile all'affidatario”*, specificando che tra tali fatti rientra espressamente *“la mancata prova del possesso dei requisiti generali...”*.

Nonostante il dato testuale delle disposizioni citate, l'appellante deduce:

- che il Consiglio di Stato, seppur esprimendosi sul precedente codice dei contratti pubblici (ma il principio, dovrebbe estendersi anche al Dlgs. n. 36/2023) ha ritenuto che *“Il comma 6 dell'art. 93, d.lg. n. 50 del 2016 – nel prevedere che la “garanzia provvisoria” a corredo dell'offerta “copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)” – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al*

*periodo compreso tra la “proposta di aggiudicazione” e l’aggiudicazione”* (Adunanza Plenaria n. 7/2022);

- che la giurisprudenza di primo grado, inoltre, pronunciandosi proprio sulla nuova disposizione codicistica, ha ritenuto che *“Sul punto, si è pronunciato il Giudice europeo, svolgendo considerazioni dalle quali non è possibile discostarsi: “I principi di proporzionalità e di parità di trattamento, nonché l’obbligo di trasparenza, quali enunciati all’articolo 2 e al considerando 2 della direttiva n. 18/2004/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che prevede l’incameramento automatico della cauzione provvisoria costituita da un offerente a seguito dell’esclusione di quest’ultimo da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, anche qualora il servizio di cui trattasi non gli sia stato aggiudicato”* (cfr. Corte giustizia UE sez. VIII, 26/09/2024, n. 403)”; in termini TAR Campania, sentenza n. 2711 del 2025 e Consiglio di Stato sentenza n. 2260 del 19 marzo 2025.

Si duole, dunque, che nel caso di specie in cui l’operatore non è risultato formalmente aggiudicatario, la stazione appaltante non ha effettuato alcun concreto esame volto a verificare: la natura e la gravità delle eventuali inadempienze pregresse poste a base dell’esclusione; la posizione assunta dall’operatore nel singolo lotto (in particolare se si tratti di primo graduato, secondo o mero partecipante); l’effettiva incidenza della sua esclusione sull’andamento della procedura, cioè se essa abbia effettivamente causato un pregiudizio all’amministrazione; l’eventuale esistenza di condotte riparatorie (*self-cleaning*) o di elementi che attenuino la rilevanza dei fatti contestati o che diano prova della buona fede dell’operatore.

Deduce che, in ogni caso, la stazione appaltante non può aver subito alcun reale nocumento dalla esclusione dalla gara della società appellante atteso che i lotti per i quali essa è stata esclusa sono stati comunque aggiudicati ad altri operatori economici partecipanti alla procedura di gara; e ciò nonostante la stazione appaltante ha, in maniera del tutto automatica, collegato all’esclusione della società

(per sopravvenuta carenza del requisito della regolarità fiscale) la conseguente escussione della polizza.

Chiede pertanto la riforma della sentenza appellata e che questo Consiglio dichiari la illegittimità del provvedimento di esclusione nella parte in cui la stazione appaltante ha disposto la automatica escussione della cauzione provvisoria rilasciata dalla appellante per l'appalto *de quo*.

5.1. (...) S.p.a. ha replicato solo parzialmente alle doglianze di parte appellante, evidenziando semplicemente che la giurisprudenza richiamata da quest'ultima (a partire da Cons. Stato, ad. pl., 26 aprile 2022, n. 7), maturata nel vigore del codice del 2016, è superata dal nuovo codice del 2023.

La questione andrebbe quindi risolta tenendo conto che il nuovo Codice, all'art. 106, comma 6, ha espressamente superato la precedente impostazione (art. 93 del vecchio Codice D.Lgs. n. 50/2016), statuendo che: *“La garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario...”* (comma 6). Il legislatore del 2023 avrebbe, quindi, codificato espressamente l'ipotesi che connota la fattispecie oggetto di giudizio, e ciò sarebbe stroncante ai fini di ritenere l'infondatezza della censura.

6. Riepilogate così le opposte tesi, rileva il Collegio che il motivo di appello è fondato per i seguenti motivi.

6.1. E' indubbio che il legislatore del 2023 ha codificato espressamente l'ipotesi che connota la fattispecie oggetto di giudizio, come risulta evidente dal confronto dell'articolo 93, comma 6, del d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50 (*“La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto”*), con l'attuale articolo 106, comma 6, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (*“La garanzia copre la mancata aggiudicazione*

*dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario o conseguenti all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*”), essendo stata la nuova norma elaborata proprio per superare il limite applicativo evidenziato dalla Adunanza plenaria n. 7/2022.

6.2. Deve osservarsi, tuttavia, che la riformulazione del dato testuale della norma nei termini testé richiamati non esaurisce l'esame della censura proposta dall'appellante.

Va infatti rilevato che la citata decisione della Corte europea (cfr. Corte giustizia UE sez. VIII, 26 settembre 2024, n. 403) - come il successivo indirizzo giurisprudenziale che vi si è conformato - è successiva sia alla decisione della Adunanza plenaria dianzi citata, sia alla stessa entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023, ed impone, pertanto, che l'articolo 106, comma 6, di tale ultimo decreto, debba essere sempre interpretato in modo da escludere l'automaticità dell'escussione della cauzione provvisoria se non, forse, nel caso di mancata stipula del contratto dopo l'aggiudicazione (laddove in certi casi il pregiudizio potrebbe finanche essere considerato in *re ipsa*), ma certamente nei casi - come quello che qui occupa - di esclusione del concorrente dopo la proposta di aggiudicazione all'esito dell'accertamento del mancato possesso di uno dei requisiti di partecipazione, dovendo in questo caso la stazione appaltante sempre motivare in ordine alla sussistenza del pregiudizio causato dalla condotta procedimentale del concorrente.

6.3. Orbene, dall'esame del provvedimento di esclusione impugnato in prime cure risulta evidente che, nel caso di specie, l'escussione della cauzione (così come anche la segnalazione all'ANAC) è stata disposta quale conseguenza automatica dell'accertamento della sussistenza, in capo all'odierna appellante, di una causa di esclusione obbligatoria, senza alcuna valutazione e motivazione in ordine

all'incidenza di ciò sul regolare svolgimento della procedura: incidenza che verosimilmente (anche se non necessariamente), come rileva l'appellante, potrebbe perfino essere nulla, trattandosi di procedura finalizzata alla stipula di un accordo quadro con più affidatari e, dunque, ben potendo l'odierna appellante, che era solo una degli aggiudicatari selezionati, essere sostituita da altro operatore economico mediante un semplice scorrimento della graduatoria.

6.4. Né giova all'Amministrazione richiamare l'articolo 10 del Disciplinare che, in effetti, prevedeva come automatica l'escussione della cauzione anche in caso di esclusione del concorrente disposta dopo la proposta di aggiudicazione e prima dell'aggiudicazione: infatti, la *lex specialis* di gara è stata a sua volta impugnata dall'originaria ricorrente in primo grado, per contrasto con il diritto nazionale ed europeo, ove interpretata nel senso di legittimare un incameramento automatico della cauzione provvisoria in un caso come quello che qui occupa (ma è evidente che, più che interpretabile, in questo caso la legge di gara era chiara ed esplicita in tal senso), donde le disposizioni del Disciplinare vanno a loro volta annullate nella parte in cui prevedevano come automatico, anziché discrezionale, l'incameramento della garanzia provvisoria.

7. Invece, il motivo in esame va respinto per la parte in cui ha censurato la segnalazione che la stazione appaltante ha fatto all'ANAC, stante l'inammissibilità di tale impugnazione: infatti, per pacifica giurisprudenza la segnalazione all'ANAC di condotte illecite commesse dai partecipanti alle gare pubbliche non è suscettibile di autonoma impugnazione trattandosi di un atto, privo di effetti autonomi, che funge soltanto da "impulso" all'attivazione del procedimento sanzionatorio di competenza dell'Autorità, i cui esiti potranno essere eventualmente impugnati (così Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2022, n. 2518; id., 28 marzo 2019, n. 2069).

8. Conclusivamente, per tutti i surriferiti motivi, il primo motivo di appello va in parte accolto, quanto all'incameramento automatico della cauzione, e in parte respinto, quanto alla segnalazione fatta dalla Stazione appaltante all'ANAC; per

l'effetto, vanno annullati il provvedimento di esclusione, limitatamente alla parte in cui la stazione appaltante ha disposto l'automatica escussione della cauzione provvisoria, e l'art. 10 del Disciplinare laddove correlativamente ha previsto l'automatica escussione della cauzione medesima.

9. Sussistono giustificati motivi per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

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

- lo dichiara in parte improcedibile (quanto al secondo motivo di appello);
- per la restante parte lo accoglie parzialmente, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione, e lo respinge per il resto;
- compensa tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2026 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente Giovanni Pescatore, Consigliere Ezio Fedullo,  
Consigliere Angelo Roberto Cerroni, Consigliere Sebastiano Zafarana,  
Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Sebastiano Zafarana**

**IL PRESIDENTE**

**Raffaele Greco**

**IL SEGRETARIO**