

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 747 del 29 gennaio 2026

Appalti pubblici – Escussione garanzia provvisoria – Anche per lotti per i quali non è risultato aggiudicatario – Discrezionalità della P.A.

Publicato il 29/01/2026

N. 00747/2026REG.PROV.COLL.

N. 05396/2023 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 5396 del 2023, proposto da (...) soc.coop. p.a. in proprio e quale mandataria del RTI costituito con le mandanti (...) s.r.l. e (...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), (...), (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato (...);

contro

(...) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

(...) s.a. in proprio e quale mandataria del RTI con (...) s.p.a. (già (...) s.p.a.), (...)

- società consortile stabile a responsabilità limitata, (...) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

(...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. II, n. 4524 del 2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) s.r.l., di (...) s.p.a. e del RTI (...) s.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2025 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati (...) su delega dell'avv. (...), (...), (...), (...); si dà atto che l'avvocato (...) e gli avvocati dello Stato (...) e (...) hanno depositato, per le rispettive parti in causa, istanze di passaggio in decisione senza discussione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.-Il R.T.I. con mandataria la (...) soc. coop. p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 14 marzo 2023, n. 4524 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. II, che ha respinto il suo ricorso principale e dichiarato improcedibili i motivi aggiunti rispettivamente avverso il provvedimento in data 9 luglio 2021 con cui (...) ne ha disposto l'esclusione dalla procedura aperta e avverso i provvedimenti di aggiudicazione a (...) s.r.l. dei lotti nn. 4 e 5 e al R.T.I. con mandataria (...) S.A. del lotto n. 3, dichiarando altresì improcedibile il ricorso incidentale del raggruppamento (...).

Si tratta della procedura di gara aperta indetta in data 31 luglio 2015 da (...) s.p.a. per l'affidamento di servizi integrati, gestionali e operativi, da eseguirsi negli istituti e luoghi di cultura (c.d. "gara musei"), suddivisa in nove lotti geografici; l'appellante ha chiesto di partecipare a cinque lotti (3, 4, 5, 7 e 9), come consentito dal disciplinare di gara.

Il raggruppamento (...) è risultato primo graduato nel lotto n. 4, come da formale comunicazione, e anche nei lotti 3 e 5, come ha informalmente appreso; (...) non ha peraltro adottato alcun provvedimento di aggiudicazione definitiva.

L'impugnato provvedimento di esclusione è motivato con riguardo alla condizione di irregolarità contributiva della (...) s.r.l., ausiliaria della mandante (...) s.r.l., la quale è dunque risultata priva del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 163 del 2006 e ciò ha comportato la escussione delle cauzioni provvisorie rilasciate a garanzia delle offerte per tutti i lotti di partecipazione (per il rilevante importo di euro 3.640.000,00), oltre che la segnalazione all'ANAC (giòva precisare che la società (...), a seguito del rigetto dell'istanza di autotutela nei confronti del durc "non regolare" da parte dell'INPS, ha proposto ricorso dinanzi al Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro e ha poi rateizzato il pagamento degli importi dovuti).

In particolare, la mandante (...) s.r.l. si era avvalsa, per dimostrare il possesso del requisito di capacità economica contemplato dall'art. 17.2 del bando, del fatturato specifico posseduto dalla (...) s.r.l., quale cessionaria della (...) s.r.l.

2. – La sintesi dei motivi di ricorso e dello svolgimento del processo è contenuta nella sentenza parziale 18 aprile 2024, n. 3506, con cui sono stati respinti tutti i motivi di appello tranne il terzo (relativo all'incameramento della cauzione provvisoria), il cui esame è stato sospeso in attesa della decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla questione pregiudiziale, rimessa con la coeva ordinanza 18 aprile 2024, n. 3530.

3. - Il terzo motivo di appello concerne, appunto, l'escussione delle cauzioni

provvisorie disposta da (...) per tutti i lotti per i quali il raggruppamento appellante ha presentato domanda di partecipazione.

L'appellante ha dedotto la violazione dell'art. 2 del disciplinare (prevedente l'escussione solo allorché emergano condizioni ostative imputabili al concorrente), mentre nel caso di specie si tratta del venire meno di un requisito di ordine generale in capo all'impresa ausiliaria, nonché la violazione dell'art. 49, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 che contempla l'escussione della garanzia solo nel caso di dichiarazioni mendaci dell'impresa ausiliaria.

Ha criticato dunque la statuizione di primo grado secondo cui l'accertata carenza di un requisito di ordine generale di partecipazione in capo all'ausiliaria è comunque imputabile alla sfera giuridica del concorrente secondo il principio "*ubi commoda ibi incommoda*".

Inoltre, sempre nella prospettazione dell'appellante, l'escussione della cauzione è illegittima nella misura in cui è stata disposta anche per i lotti nei quali il raggruppamento non è risultato aggiudicatario, in violazione del principio di proporzionalità delle sanzioni (come confermato dal fatto che la sopravvenuta disposizione di cui all'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 circoscrive l'operatività della cauzione alla sola ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario).

Da qui anche la richiesta, in via subordinata, di rinvio alla C.G.U.E., ai sensi dell'art. 267 TFUE, onde verificare la compatibilità con i principi europei di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di un sistema (in particolare, desumibile dagli artt. 38, comma 1, lett. i, 48 e 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che ammetta l'automatismo nell'incameramento delle cauzioni provvisorie di un operatore escluso dalla gara a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario della gara.

4. - La CGUE, dopo avere richiesto se permanesse l'interesse alla decisione sulla domanda di pronuncia pregiudiziale alla stregua della sua sentenza 26 settembre

2024, nelle cause riunite C-403/23 e C-404/23, con ordinanza 12 marzo 2025 ha ritenuto manifestamente irricevibile la domanda.

5. – La (...) soc. coop. p.a. ha dunque chiesto la fissazione dell'udienza.

6. – All'udienza del 18 dicembre 2025 la causa è stata trattenuta in decisione, limitatamente al terzo motivo sull'escussione della cauzione, e dunque per quanto non deciso con la sentenza non definitiva n. 3506 del 2024.

7. – Il motivo è fondato, nei termini che seguono, in coerenza con i precedenti della Sezione.

L'escussione delle cauzioni nei confronti di un operatore non aggiudicatario, quale automatica conseguenza della sua esclusione dalla gara, indipendentemente dalla natura delle regolarizzazioni eventualmente operate, ed in assenza di una motivazione individuale, viola i principi sovranazionali di proporzionalità, parità di trattamento e trasparenza, come interpretati dalla Corte di giustizia nella suindicata sentenza del 26 settembre 2024.

L'impugnata escussione deve dunque ritenersi illegittima, in quanto l'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, etero-integrato dal principio di proporzionalità, nella portata enunciata dalla Corte di giustizia, la consente, nei confronti dell'operatore escluso, che non sia aggiudicatario, esclusivamente in base ad un provvedimento adeguatamente motivato con riferimento, da un lato, alla posizione individuale ed alle regolarizzazioni eventualmente operate dall'offerente, e, dall'altro lato, alla non manifesta eccessività dell'importo della cauzione rispetto al caso concreto; provvedimento, dunque, espressione di un potere discrezionale, che, nel caso di specie, non è stato mai esercitato, risultando conseguentemente preclusa in questa sede una pronuncia con effetti conformativi, stante il divieto di cui all'art. 34, comma 2, cod. proc. amm. (in termini Cons. Stato, V, 19 marzo 2025, n. 2260; V, 27 maggio 2025, n. 4588; V, 11 giugno 2025, n. 5044).

Nel caso di specie, l'escussione delle cauzioni è stata invece disposta solamente in ragione dell'intervenuta esclusione del raggruppamento appellante dalla procedura

per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. i), e dell'art. 49, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, senza alcuna menzione o valutazione della sua condotta, in base all'interpretazione al tempo prevalente del predetto art. 48 dello stesso testo normativo.

E' noto che l'eventuale contrasto tra le norme statali e quelle unionali di diretta applicazione nell'ordinamento interno comporta la disapplicazione delle prime; peraltro la disapplicazione della norma nazionale va circoscritta nei limiti della effettiva incompatibilità della stessa con la norma europea, fermo restando che le norme ed i principi unionali di diretta applicazione integrano l'ordinamento.

Ne discende che l'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, laddove prevede che *«quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria [...]»* va disapplicato nella parte in cui consente l'escussione automatica della garanzia, mentre può continuare ad essere applicato laddove l'escussione sia stata o sia subordinata alla valutazione del caso concreto, alla luce dei principi unionali di diretta applicazione nel nostro ordinamento, come chiariti dalla sentenza della Corte di giustizia, che è vincolante per tutti i giudici nazionali e non solo per quello che ha disposto il rinvio pregiudiziale (Corte cost., 4 giugno 2024, n. 100).

In definitiva, l'escussione della cauzione per i soggetti che non siano risultati aggiudicatari forma oggetto di attività discrezionale, concernente sia l'*an* che il *quantum*, e va esercitata in funzione della tipologia e della gravità del comportamento tenuto dai singoli operatori.

Va ricordato ancora, per completezza di analisi, che l'Adunanza plenaria, con sentenza 26 aprile 2022, n. 7, proprio in tema di garanzia provvisoria, ha posto in rilievo la differenza di posizioni tra l'aggiudicatario e il concorrente destinatario della "proposta di aggiudicazione", stabilendo che la garanzia opera in un momento successivo all'aggiudicazione. La successiva giurisprudenza ha

confermato che la posizione del concorrente che si sia collocato primo in graduatoria (quand'anche destinatario della proposta di aggiudicazione) non equivale a quella dell'aggiudicatario ai fini dell'escussione della garanzia (cfr. ancora Cons. Stato, V, 19 marzo 2025, n. 2260).

8. - Alla stregua di quanto esposto, il terzo motivo di appello va accolto; per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, va accolto in parte il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del gravato provvedimento (...), limitatamente all'escussione delle cauzioni provvisorie.

La complessità delle questioni ermeneutiche trattate, oltre alla situazione di soccombenza reciproca emergente dalla sentenza non definitiva n. 3506 del 2024, integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui alla motivazione; per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie in parte il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di (...) di escussione delle cauzioni provvisorie.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO