

La legittimazione del garante autonomo a impugnare l'esclusione dell'operatore garantito

di Maria Nappo

Data di pubblicazione: 19-3-2026

In materia di appalti pubblici, la legittimazione ad agire spetta di regola agli operatori economici che hanno partecipato alla gara e sono titolari di un interesse concreto, diretto e attuale, derivante dalla esclusione dalla procedura di gara o dall'aggiudicazione della stessa in favore di altro operatore economico.

Si ammette la legittimazione ad agire dell'operatore economico che non ha partecipato alla gara in ipotesi di natura eccezionale, quando venga contestata la scelta della stazione appaltante di non indire una procedura di gara, ma di procedere mediante affidamento diretto, ovvero quando si impugnano clausole del bando di gara che rendano la partecipazione alla gara impossibile, abnorme o irragionevolmente difficoltosa (c.d. "clausole escludenti"), ovvero, infine, quando la stazione appaltante abbia omissso di indicare nel bando elementi essenziali ai fini della partecipazione alla procedura di gara.(...)

11. Tanto premesso, la società appellante non era legittimata ad impugnare il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara della società Green Link s.r.l. perché, pur avendone interesse, difettava sia della situazione giuridica soggettiva differenziata rispetto al c.d. quisque de populo, non potendo vantare un interesse legittimo di tipo pretensivo all'aggiudicazione della gara sia della legittimazione ad agire dal lato attivo, non essendo l'atto di esclusione rivolto all'odierna appellante bensì ad altro soggetto giuridico (si rinvia alle considerazioni già svolte al paragrafo 10)."(...)Ragionando come propone la società appellante, e incentrando tutto sull'interesse, ogni rapporto contrattuale intrattenuto tra l'operatore economico che partecipa alla gara e un soggetto terzo estraneo alla gara, dovrebbe considerarsi sufficiente per far ritenere sussistente la legittimazione del terzo, creditore o parte contrattuale, a impugnare l'esclusione dalla gara. In ipotesi, dovrebbe allora ammettersi anche la legittimazione dei creditori dell'operatore economico a impugnare l'esclusione dalla gara per poter contare su una maggiore consistenza del patrimonio del debitore che partecipa alla gara, col rischio di trasformare il giudizio amministrativo in un'azione surrogatoria sui generis.

Guida alla lettura

La sentenza del Consiglio di Stato in commento si interroga sulla **legittimazione del garante autonomo**, che ha prestato la **garanzia provvisoria ex art 106 del D.Lgs. n. 36/2023**, ad **impugnare in appello la sentenza di rigetto del ricorso dell'escluso garantito, avverso la propria esclusione**. In tale sede, l'appellante formula un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, recante il quesito se osti al diritto unionale una normativa quale quella nazionale, che consenta l'escussione della garanzia provvisoria, anche quando la causa di esclusione venga accertata dalla P.A. dopo la proposta di aggiudicazione, pur potendo essere diligentemente

riscontrata nella fase della partecipazione alla gara. La risposta al quesito non è influente sul piano pratico, in quanto, essendo **venuta meno la caratterizzazione sanzionatoria dell'istituto della garanzia provvisoria, l'importo non viene trattenuto dalla stazione appaltante quando l'esclusione è pronunciata prima della proposta di aggiudicazione.** La Corte di Giustizia ha statuito già da tempo che **i principi di proporzionalità e di parità di trattamento enunciati dall'art. 2 e al considerando 2 della direttiva 2004/18 ostano ad una normativa nazionale che prevede l'incameramento automatico della cauzione provvisoria anche qualora il servizio di cui si tratta non gli sia stato aggiudicato.** Più in particolare, quanto alla **natura giuridica della garanzia** la giurisprudenza amministrativa ha osservato che nella vigenza del **Codice del 2006** l'orientamento prevalente distingueva la **garanzia provvisoria escussa dei confronti dei concorrenti e la garanzia provvisoria escussa nei confronti dell'aggiudicatario**, ritenendo che **la prima avesse natura sanzionatoria, mentre la seconda rivestisse la natura di cauzione, analoga alla caparra confirmatoria.** Con il **Codice del 2016** la **garanzia provvisoria ha assunto una caratterizzazione unitaria ed è stata depurata da ogni matrice sanzionatoria**, con la conseguenza che **non avviene l'escussione se l'operatore che ha prestato la garanzia è escluso prima della proposta di aggiudicazione.** Pacificamente, pertanto la garanzia provvisoria riveste una natura esclusivamente non sanzionatoria, con **caratterizzazione di cauzione.** Nella fase fisiologica, la cauzione assolve alla funzione di **evidenziare la serietà e l'affidabilità dell'offerta con l'obbligo dell'amministrazione di restituirla al momento della sottoscrizione del contratto.** Invece, nella fase patologica essa ha natura di **rimedio di autotutela con funzione compensativa, potendo l'amministrazione incamerare la somma a titolo di liquidazione forfettaria dei danni relativi alla fase procedimentale.**

Nel caso venuto all'attenzione del Consiglio di Stato, la stazione appaltante accerta una causa di esclusione automatica dopo la proposta di aggiudicazione, **pur essendo stata in condizione di condurre il relativo accertamento prima della fase della valutazione delle offerte.** Simile negligenza certamente implica una lesione nella sfera giuridica del garante, che si trova esposto ad una escussione a prima richiesta, che non avrebbe subito qualora nella fase concorrenziale la P.A. avesse esercitato il potere di riscontro delle cause di esclusione automatiche. Il presupposto dell'incameramento è rappresentato dalla mancata aggiudicazione o dalla mancata sottoscrizione del contratto per fatto imputabile all'operatore. Ad una più attenta analisi, che tenga conto della scansione procedimentale scolpita nell' art 17 del Codice, simile presupposto non appare essersi verificato. A mente dell'articolo 17, comma 5 del Codice l'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla miglior offerta non anomala, mentre l'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta e se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti dell'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace. **Solo se l'aggiudicazione non viene attribuita all'offerente già valutato come migliore, per causa ad esso imputabile ovvero solo in caso di suo rifiuto alla stipula, la cauzione viene introitata.** Tuttavia, se è vero che in fase di aggiudicazione l'operatore è risultato carente del requisito della capacità contributiva, è anche vero che il riscontro di tale carenza di requisito avviene nella fase rilevante sul piano dell'affidabilità solo per fatto ascrivibile alla stazione appaltante e alla sua negligenza. Risulterebbe un dubbio di sproporzione dell'incameramento della cauzione e di carenza del

presupposto di imputabilità.

Il rinvio pregiudiziale e, in genere il merito, non viene affrontato dal Consiglio di Stato per il riscontro della carenza della legittimazione dell'azione in capo al garante appellante.

Occorre premettere che **nel sistema processuale amministrativo le condizioni dell'azione rivestono una valenza più rilevante della giurisdizione**. Infatti, **nel caso in cui il giudice pronuncia nel merito, implicitamente ritenendosi munito di giurisdizione, il capo della sentenza relativo al riconoscimento anche implicito della propria giurisdizione deve essere impugnato. In base all'art 9 c.p.a. non è concepibile che il giudice di appello rilevi di ufficio il difetto di giurisdizione**. Un'attenta dottrina ha individuato la *ratio* di tale preclusione in una ragione sistemica, rappresentata dalla oramai consolidata equipollenza tra lo strumentario processuale civile ed amministrativo. In altre parole, **non è una *deminutio* di tutela il fatto che per errore un diritto soggettivo venga affidato alle cure del GA, perché il processo amministrativo è oggi in grado di approntare una tutela di pari intensità**.

Analoghe considerazioni non valgono per le condizioni dell'azione. Il giudice di appello ha il potere di rilevare in ufficio l'esistenza delle condizioni per la proposizione di ricorso di primo grado. A differenza che per le questioni di giurisdizione per le quali può formarsi un giudicato implicito, **il sistema non tollera che l'azione prosegua senza il sostegno delle condizioni**. Ciò in quanto, **diversamente opinando, si ammetterebbe la configurazione di una giurisdizione a caratterizzazione oggettiva**. Orbene, se il ricorso avverso il provvedimento deve recare il supporto della legittimazione e dell'interesse a ricorrere, il concetto di atto inoppugnabile si relativizza: l'atto è inoppugnabile non in assoluto, ma a seconda del fatto che il soggetto sia munito o meno delle condizioni dell'azione.

Poste tali premesse il Consiglio di Stato stabilisce che **il garante autonomo che in appello contesti la sentenza di rigetto avverso l'esclusione dell'operatore è sfornito di legittimazione, perché non ha partecipato alla gara. “Secondo principi giurisprudenziali consolidati, l'azione di annullamento proposta innanzi al giudice amministrativo è subordinata alla sussistenza di tre condizioni:**

- a) la titolarità di una posizione giuridica, in astratto configurabile come interesse legittimo, inteso come posizione qualificata – di tipo oppositivo o pretensivo – che distingue il soggetto dal “quisque de populo” in rapporto all'esercizio dell'azione amministrativa;**
- b) l'interesse ad agire, ovvero la concreta possibilità di conseguire un bene della vita, anche di natura morale o residuale, attraverso il processo, in corrispondenza di una lesione diretta e attuale dell'interesse protetto, a norma dell'art. 100 cod. proc. civ.;**
- c) la legittimazione attiva o passiva di chi agisce o resiste in giudizio, in quanto titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo”.**

Non vi è dubbio che l'appellante sia munito di interesse, perché l'escussione della cauzione per il suo automatismo e per la carenza di accessorietà, che inibisce il sollevamento delle

eccezioni della valuta provoca una lesione. Tuttavia, ciò non è sufficiente a consentire l'esame del merito, per il quale occorre la contestuale presenza della legittimazione. **La condizione processuale dell'appellante avrebbe, viceversa, consentito la proposizione dell'intervento *ad adiuvandum* nel giudizio di primo grado in quanto ricorre la titolarità di una posizione di fatto, dipendente obbligata rispetto a quello dell'operatore.** Tuttavia, **quand'anche ciò fosse avvenuto, comunque l'autonoma impugnativa da parte del garante autonomo della sentenza sarebbe esclusa.** Occorre premettere che **l'intervento nel giudizio di primo grado può essere dispiegato da una classe specifica di soggetti.** Rileva l'intervento della **parte necessaria pretermessa**, ad esempio un contro interessato a cui non è stato notificato il ricorso, quando questo sia ammissibile perché notificato ad almeno un controinteressato. Rileva, altresì, l'intervento del **controinteressato in senso solo sostanziale**, cioè che abbia subito una lesione diretta ed immediata dal provvedimento, ma la sua condizione non è deducibile in base al provvedimento. Rileva l'intervento del **soggetto che si trovi nelle condizioni dell'articolo 28 comma 2**, cioè che non sia parte del giudizio e non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni ma vi abbia interesse. Infine, rileva l'intervento del **soggetto che subisce gli effetti solo indiretti del provvedimento impugnato dalla parte necessaria.** In tale ultima classe **poteva essere inquadrato l'odierno appellante: in quanto portatore di una posizione indiretta ed ancillare rispetto a quella dell'escluso garantito**, sentendosi leso dal provvedimento gravato, avrebbe potuto dispiegare intervento. I poteri dell'interventore tuttavia, sono limitati. **L'intervento infatti ha solo la funzione di dare rilevanza processuale situazioni giuridiche soggettive che si muovono interrelate nell'azione amministrativa onde consentire al giudice una visione globale della controversia** (cfr Adunanza Plenaria n. 5 del 2024). Pertanto, **l'interveniente *ad adiuvandum* nel giudizio di primo grado non è legittimato a proporre appello in via principale e autonoma, salvo che non abbia un proprio interesse direttamente riferibile alla sua posizione.** Si allude all'ipotesi in cui l'intervento sia stato dichiarato inammissibile o sia stata emessa nei suoi confronti la condanna alle spese del giudizio. In ultima analisi, consentire al garante autonomo l'impugnazione del provvedimento di esclusione dell'operatore, senza che questi abbia intentato l'appello si risolverebbe in un'elusione delle coordinate essenziali del processo amministrativo, tra cui, oltre che la legittimazione, la garanzia della decadenza.

Pubblicato il 20/02/2026

N. 01379/2026REG.PROV.COLL.

N. 00755/2026 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 755 del 2026, proposto da Axiom Insurance Company Jsk, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B268FFD0FF, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Di Ciommo, con domicilio eletto presso lo studio del difensore in Roma, via Tacito 41;

contro

Comune di Martina Franca, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Inps, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Emanuele De Rose, Ester Ada Vita Sciplino, Antonino Sgroi, Carla D'Aloisio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Gial s.r.l., in proprio e in qualità di mandataria dell'Ati costituita con Impregico s.r.l. e Sieco s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Quinto, Pietro Quinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Monteco s.p.a., Navita s.r.l. a socio unico, Green Link s.r.l. società benefit, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce (Sezione Prima) n. 1585/2025.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune Martina Franca, della società Gial s.r.l. e dell'Inps;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2026 il consigliere Paolo Marotta e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. La società appellante ha impugnato la sentenza indicata in epigrafe, con la quale il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sez. I, previa riunione dei ricorsi R.G. n. 158/2025 e n. 817/2025, ha così disposto:

- ha dichiarato improcedibili, per sopravvenuto difetto di interesse, il ricorso introduttivo del giudizio proposto dalla società Green Link s.r.l. società benefit, il ricorso incidentale proposto dalla società Monteco s.p.a. (notificato in data 4 marzo 2025) nonché il ricorso per motivi aggiunti proposto dalla società Green Link s.r.l. società benefit (notificato in data 20 marzo 2025) nell'ambito del giudizio R.G. n. 158/2025;

- ha respinto i secondi motivi aggiunti proposti da Green Link s.r.l. società benefit (notificati in data del 21 luglio 2025) proposti nell'ambito del giudizio R.G. n. 158/2025 e il ricorso introduttivo del giudizio R.G. n. 817/2025.

Il giudice di primo grado ha disposto la compensazione delle spese di giudizio.

2. L'oggetto del giudizio concerne una procedura di gara indetta dal Comune di Martina Franca, quale ente capofila dell'A.R.O. n. 2 della Provincia di Taranto per *"l'affidamento dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, dei servizi di igiene urbana e complementari nei comuni ricadenti nell'Ambito di Raccolta Ottimale n. 2 della Provincia di Taranto"*.

L'odierna appellante, che nell'ambito della procedura di gara sopra richiamata **ha prestato garanzia provvisoria per la società Green Link s.r.l. società benefit** (di seguito nel presente atto anche Green Link s.r.l. o solo Green Link), censura la sentenza impugnata sia con riguardo alle statuizioni relative alla esclusione della società Green Link dalla procedura di gara, sia con riguardo a statuizioni relative alla conseguente escussione della garanzia provvisoria prestata per euro 1.641.892,71.

3. La società appellante premette che *"Oggetto del presente gravame è la parte della sentenza in cui il TAR Puglia, ai punti da 10 a 11, ritenendo infondato il secondo motivo di ricorso, ha dichiarato fondati i rilievi svolti dalla stazione appaltante in ordine alla sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 94, co. 6, D.Lgs. 36/2023 e, conseguentemente, legittimo il provvedimento di esclusione adottato dall'amministrazione nei confronti della Green Link (punti da 10 a 10.9), mentre ha ritenuto assorbito l'ulteriore censura formulata dalla Green Link con il primo motivi di ricorso in ordine alla violazione dell'art. 35 del capitolato speciale d'appalto, omettendone, dunque, la sua disamina....Parimenti oggetto dell'odierno gravame è la parte della pronuncia del TAR Puglia che al punto 12 ha ritenuto infondato il terzo motivo di ricorso formulato in primo grado dalla Green Link in ordine all'illegittimità dell'escussione della garanzia provvisoria – rilasciata dalla Axiom Insurance Company per l'importo garantito di € 1.641.892,71 - ex art. 106, comma 6, D.Lgs. 36/2023"* (ricorso in appello, pagg. 12 e 13).

4. Tanto premesso, la società appellante censura la sentenza impugnata con due articolati motivi.

4.1. Con il primo motivo di gravame, la società appellante si sofferma sulla ritenuta erroneità della sentenza gravata nella parte in cui il giudice di primo grado ha ritenuto sussistenti le condizioni previste dall'art. 94, comma 6, d.lgs. n. 36/2023 e non rilevante la sopravvenuta sanatoria della posizione contributiva dell'operatore economico; deduce contraddittorietà e carenza di motivazione della sentenza impugnata.

In sintesi, **la società appellante contesta la sentenza impugnata nella parte in cui il giudice di primo grado ha ritenuto legittima l'esclusione di Green Link s.r.l. dalla procedura di gara, ai sensi dell'art. 94, comma 6, d.lgs. n. 36/2023, per carenza del requisito della capacità contributiva, sulla base del principio di cd. "continuità" dei requisiti, in forza del quale nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.**

La società appellante evidenzia che solo in data 30 maggio 2025 e per la prima volta la stazione appaltante contestava alla società Green Link la mancanza del requisito della regolarità contributiva, mentre, in sede di presentazione dell'offerta nell'agosto 2024, alcuna irregolarità era stata contestata alla società Green Link.

Evidenzia inoltre che la società Green Link era creditrice del Comune di Bisceglie per servizi resi, fatturati e riconosciuti dall'Ente, per cui aveva chiesto in data 20 dicembre 2024 l'intervento sostitutivo per il pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali, ai sensi del combinato disposto dell'art. 1676 del c.c., dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, nonché dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016; il Comune di Bisceglie, con determinazione dirigenziale n. 1575 del 21 dicembre 2024, aveva attivato il predetto intervento sostitutivo, limitandosi tuttavia a corrispondere il pagamento diretto delle sole retribuzioni del mese di novembre 2024 e della tredicesima mensilità 2024, senza provvedere anche al versamento dei contributi; qualora il predetto pagamento diretto fosse stato effettuato da parte del Comune di Bisceglie, il debito contributivo della società Green Link non sarebbe esistito.

Sostiene inoltre, che la società Green Link non avrebbe effettuato alcuna omissione dichiarativa, poiché, tanto alla data di presentazione dell'offerta, quanto alla data di verifica dei requisiti in data 29 aprile 2025, il Durc sarebbe stato regolare.

Anche a voler ritenere legittima l'esclusione della società Green Link s.r.l. dalla procedura di gara, dovrebbe essere comunque dichiarata illegittima l'escussione della garanzia provvisoria, poiché le cause comportanti l'esclusione della Green Link avrebbero dovuto essere valutate prima dell'aggiudicazione provvisoria disposta in data 29 aprile 2025, in quanto già note prima di tale data.

La società appellante si sofferma poi sulla seconda causa di esclusione della società Green Link dalla procedura di gara, costituita dalla violazione dell'art. 35 del Capitolato speciale d'appalto, in quanto l'offerta tecnica della predetta società non avrebbe rispettato i Criteri ambientali minimi (CAM), e precisamente la percentuale (15%) di utilizzo dei mezzi considerati puliti in categoria 1 (in quanto dal 1° gennaio 2026 i mezzi alimentati a GPL non sono più considerati puliti, divenendo tali solo quelli elettrici).

La società appellante richiama quanto sostenuto dalla società Green Link nel giudizio di primo grado, sostenendo che, nel caso in esame, né la legge (artt. 57, comma 2, e 83, comma 2, d.lgs. 36/2023), né il disciplinare di gara prevedevano un'espressa comminatoria di esclusione con riferimento al possesso del requisito dei mezzi considerati puliti.

Anche con riguardo alla seconda causa di esclusione della società Green Link (per mancato rispetto dei CAM previsti dal Capitolato speciale d'appalto), l'appellante sostiene che dovrebbe comunque essere dichiarata illegittima l'escussione della garanzia provvisoria, poiché la relativa causa di esclusione dalla procedura di gara avrebbe dovuto essere valutata prima dell'aggiudicazione provvisoria disposta in data 29 aprile 2025, in quanto già nota prima di tale data.

4.2. Con il secondo motivo di gravame, la società appellante deduce erroneità della sentenza impugnata per insussistenza dei presupposti e violazione dell'art. 17, comma 3, d.lgs. n. 36/20023; violazione del dovere di buona fede da parte della amministrazione; illogicità, contraddittorietà e carenza di motivazione; richiesta di rimessione alla Corte di Giustizia europea.

La società appellante contesta la sentenza impugnata nella parte in cui il giudice di primo grado ha ritenuto legittima l'escussione della garanzia provvisoria, di cui all'art. 106 d.lgs. 36/2023, per effetto della esclusione di Green Link dalla procedura di gara.

La società appellante evidenzia che:

“a) se il Comune di Bisceglie avesse correttamente ottemperato alla richiesta della Green Link ai sensi del combinato disposto dell'art.1676 del c.c., dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, nonché dell'art. 30 del D.Lgs n. 50/2016, alcun debito contributivo sarebbe sorto a carico della predetta società;

b) solo in data 26.02.2025 l'INAIL ha cristallizzato una situazione contributiva debitoria a carico di Green Link;

c) la Green Link, in totale buona fede e correttezza, non ha effettuato alcuna omissione dichiarativa poiché alla data di presentazione dell'offerta (agosto 2024), ed invero anche alla data di verifica dei requisiti in data 29.04.2025, il Durc risultava regolare;

d) la stazione appaltante conosceva sin da febbraio/marzo le presunte irregolarità del DURC di Green Link e, nonostante ciò, ha deciso in data 29.04.2025 di aggiudicare provvisoriamente alla predetta società l'appalto, salvo inoltrare in data 30.05.2025 la comunicazione di avvio del

procedimento di esclusione dalla procedura di gara nei confronti anche della Green Link adducendo questa volta sia la carenza di regolarità del Durc alla data del 26.02.2025 sia il presunto mancato rispetto dei CAM (art. 35 CSA);

e) ai sensi dell'art. 17, comma 3, del D.Lgs. n. 36/2023, la Stazione appaltante aveva l'obbligo di concludere le procedure di selezione (con l'aggiudicazione) entro i termini indicati nell'allegato I.3 (9 mesi per procedure aperte) ..."

In sintesi, la società appellante sostiene che, volendo ritenere sussistenti le cause di esclusione della società Green Link (per violazione dell'art. 35 C.S.A. e dell'art. 94, comma 6, d.lgs. 36/2023), la predetta società non avrebbe dovuto essere individuata quale destinataria della proposta di aggiudicazione, precludendosi così l'escussione della cauzione, ex art. 106, comma 6, d.lgs. 36/2023.

In altri termini, la stazione appaltante sarebbe incorsa in una violazione dei principi di correttezza e buona fede, laddove, invece di disporre immediatamente l'esclusione della Green Link, ha dapprima disposto l'aggiudicazione provvisoria, per poi procedere alla sua esclusione dalla procedura di gara (per carenza dei requisiti di ammissione) e alla escussione della relativa garanzia provvisoria.

Dopo aver richiamato la sentenza del 26 settembre 2024 (cause C403/2023 e C404/2023) della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sostiene che l'incameramento automatico della garanzia provvisoria integrerebbe una violazione del principio di proporzionalità delle sanzioni perché disposto in assenza di un giusto bilanciamento tra l'interesse pubblico alla correttezza della procedura e i diritti fondamentali garantiti a livello europeo; per effetto dell'incameramento automatico della cauzione, il concorrente sopporterebbe una sanzione pecuniaria senza un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto.

Sulla base di questa premessa, la società appellante **chiede** la sospensione del presente giudizio e **la rimessione** alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione pregiudiziale formulata nei seguenti termini:

“È compatibile con i principi e le norme europee la possibilità per la stazione appaltante di escutere la cauzione provvisoria, anche laddove la mancata stipula del contratto non si è verificata in ragione del rifiuto dell'aggiudicataria di procedere in tal senso o per la sopravvenuta scoperta di elementi tali da giustificare l'esclusione e non comunicati dall'aggiudicataria, bensì da una inadempienza e non efficiente valutazione da parte della stazione appaltante di circostanze di cui è venuta a conoscenza prima di addivenire all'aggiudicazione provvisoria e che – ove preventivamente verificate – avrebbero portato all'immediata esclusione dell'offerente dalla gara?”.

5. Si è costituito in giudizio il Comune di Martina Franca, eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso in appello, per difetto di legittimazione attiva.

A tale riguardo, ha evidenziato che la società Green Link s.r.l. non ha impugnato la sentenza di primo grado, prestando così acquiescenza alle statuizioni del T.a.r. in merito alla legittimità

degli atti impugnati.

Ha evidenziato altresì che il rapporto tra soggetto garante e l'impresa partecipante alla procedura di gara non legittima l'odierna appellante (garante) a sostituirsi alla società Green Link (operatore economico che ha partecipato alla procedura di gara) per far valere le ragioni che quest'ultima avrebbe potuto opporre alla stazione appaltante (beneficiario della garanzia).

Nel merito, l'amministrazione appellata ha contestato la fondatezza delle deduzioni di parte appellante e ha chiesto la reiezione dell'appello.

6. Si è costituita la società Gial s.r.l., in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI costituita con le società Impregico Servizi Integrati Igiene Urbana e Sieco s.p.a., eccependo, in via preliminare, il difetto di legittimazione della società appellante ad impugnare il provvedimento di esclusione della società Green Link; nel merito, la società controinteressata si è soffermata sui motivi di esclusione della società Green Link dalla procedura di gara, chiedendo il rigetto dell'appello.

7. Nella memoria depositata in data 3 febbraio 2026 la società appellante ha ribadito quanto argomentato nel ricorso in appello, senza confrontarsi criticamente con l'eccezione di inammissibilità del gravame sollevata dalla amministrazione resistente e (con riguardo all'esclusione dalla procedura di gara della società Green Link) dalla società controinteressata.

8. Alla camera di consiglio del 5 febbraio 2026, fissata per la deliberazione della istanza cautelare, presentata in via incidentale dalla parte appellante, il ricorso è stato introitato per una possibile decisione con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, ricorrendo, a giudizio del Collegio, nel caso *de quo*, le condizioni per l'applicazione della citata disposizione, ai fini dell'immediata definizione del giudizio, e avendo, altresì, il Presidente del Collegio rese edotte le parti presenti all'odierna udienza camerale di tale eventualità.

9. Il ricorso in appello deve essere dichiarato inammissibile, per difetto di legittimazione della società appellante ad impugnare la sentenza di primo grado.

10. Secondo principi giurisprudenziali consolidati, l'azione di annullamento proposta innanzi al giudice amministrativo è subordinata alla sussistenza di tre condizioni:

a) **la titolarità di una posizione giuridica, in astratto configurabile come interesse legittimo**, inteso come posizione qualificata – di tipo oppositivo o pretensivo – che distingue il soggetto dal “*quisque de populo*” in rapporto all'esercizio dell'azione amministrativa;

b) **l'interesse ad agire**, ovvero la concreta possibilità di conseguire un bene della vita, anche di natura morale o residuale, attraverso il processo, in corrispondenza di una lesione diretta e attuale dell'interesse protetto, a norma dell'art. 100 cod. proc. civ.;

c) **la legittimazione attiva o passiva di chi agisce** o resiste in giudizio, in quanto **titolare del**

rapporto controverso dal lato attivo o passivo (giurisprudenza consolidata: cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2015, n. 994; Cons. St., sez. III, 3 febbraio 2014, n. 474 e 28 febbraio 2013, n. 1221; Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131, 22 maggio 2012, n. 2947, 4 maggio 2012, n. 2578, 27 ottobre 2011, n. 5740 e 17 settembre 2008, n. 4409; Cons. St., sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4844; Cons. St., sez. VI, 12 dicembre 2014, n. 6115).

Il giudice di appello ha il potere di rilevare *ex officio* l'esistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, sui quali non può mai formarsi un giudicato implicito, tenendo conto della natura della giurisdizione amministrativa quale giurisdizione soggettiva, dalla quale discende il corollario secondo cui l'inoppugnabilità di un atto, che deriva dalla mancata tempestiva impugnazione, non è assoluta, ma è relativa al singolo soggetto che era interessato a censurarlo.

In materia di appalti pubblici, la legittimazione ad agire spetta di regola agli operatori economici che hanno partecipato alla gara e sono titolari di un interesse concreto, diretto e attuale, derivante dalla esclusione dalla procedura di gara o dall'aggiudicazione della stessa in favore di altro operatore economico.

Si ammette la legittimazione ad agire dell'operatore economico che non ha partecipato alla gara in ipotesi di natura eccezionale, quando venga contestata la scelta della stazione appaltante di non indire una procedura di gara, ma di procedere mediante affidamento diretto, ovvero quando si impugnano clausole del bando di gara che rendano la partecipazione alla gara impossibile, abnorme o irragionevolmente difficoltosa (c.d. "clausole escludenti"), ovvero, infine, quando la stazione appaltante abbia omissso di indicare nel bando elementi essenziali ai fini della partecipazione alla procedura di gara.

Per pacifica giurisprudenza, dal momento che l'interesse a ricorrere si sostanzia nell'utilità o nel vantaggio (materiale e morale) che il ricorrente può ricavare dall'accoglimento della domanda proposta in giudizio e che lo stesso presuppone una lesione attuale e concreta alla situazione soggettiva del privato ricorrente, il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara è immediatamente impugnabile, poiché produce, e a condizione che abbia prodotto, una lesione attuale, concreta e diretta nella sfera della concorrente, privandolo in via definitiva della possibilità di conseguire il bene della vita sperato, vale a dire l'aggiudicazione dell'appalto (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 14 dicembre 2021 n. 8332).

11. Tanto premesso, la società appellante non era legittimata ad impugnare il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara della società Green Link s.r.l. perché, pur avendone interesse, difettava sia della situazione giuridica soggettiva differenziata rispetto al c.d. *quisque de populo*, non potendo vantare un interesse legittimo di tipo pretensivo all'aggiudicazione della gara sia della legittimazione ad agire dal lato attivo, non essendo l'atto di esclusione rivolto all'odierna appellante bensì ad altro soggetto giuridico (si rinvia alle considerazioni già svolte al paragrafo 10).

12. La società appellante fonda la sua legittimazione ad agire sul fatto di aver prestato alla società Green Link s.r.l. la garanzia provvisoria, ai sensi dell'art. 106 d.lgs. n. 36/2023.

Ritiene il Collegio che l'aver prestato garanzia provvisoria in favore di uno degli operatori economici che ha partecipato alla gara (società Green Link s.r.l.) non legittimi la società appellante alla impugnazione del provvedimento di esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara. Come detto, la società oggi appellante – si ripete, società questa che non ha partecipato alla gara d'appalto e che si è limitata a prestare la garanzia provvisoria, ex art. 106 d. lgs. 36/2023 all'operatore che ha partecipato alla procedura di evidenza pubblica – non è titolare nei confronti della stazione appaltante di una posizione giuridica differenziata, rispetto al resto dei consociati, che la legittimi all'impugnazione dell'atto di esclusione dell'operatore economico per il quale ha prestato garanzia, in quanto l'obbligazione da essa assunta in favore della stazione appaltante trova la sua genesi in un rapporto giuridico di diritto privato con l'operatore economico partecipante alla gara, cui la stazione appaltante è estranea. Ragionando come propone la società appellante, e incentrando tutto sull'interesse, ogni rapporto contrattuale intrattenuto tra l'operatore economico che partecipa alla gara e un soggetto terzo estraneo alla gara, dovrebbe considerarsi sufficiente per far ritenere sussistente la legittimazione del terzo, creditore o parte contrattuale, a impugnare l'esclusione dalla gara. In ipotesi, dovrebbe allora ammettersi anche la legittimazione dei creditori dell'operatore economico a impugnare l'esclusione dalla gara per poter contare su una maggiore consistenza del patrimonio del debitore che partecipa alla gara, col rischio di trasformare il giudizio amministrativo in un'azione surrogatoria *sui generis*.

In relazione alla fattispecie dedotta in giudizio, la società appellante è titolare di una posizione di fatto, dipendente o collegata a quella della società Green Link s.r.l. che avrebbe potuto giustificare l'intervento *ad adiuvandum* nel giudizio di primo grado (a sostegno delle ragioni fatte valere dalla società che ha partecipato alla gara e che ha fatto ricorso innanzi al giudice di primo grado), ma non giustifica l'autonoma impugnativa dell'atto di esclusione (la società Green Link non ha proposto appello avverso la sentenza di primo grado che ha ritenuto legittima la esclusione dalla procedura di gara) e conseguentemente non legittima la proposizione dell'appello.

13. Giova aggiungere, inoltre, che neppure avuto riguardo all'escussione della polizza fideiussoria sono configurabili i presupposti per legittimare il garante alla proposizione della domanda di annullamento del provvedimento di esclusione adottata nei confronti del debitore garantito che è soggetto giuridico diverso.

Al riguardo va ricordato che per l'art. 106, comma 6, d. lgs. 36/2023 *“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. 15”*.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha statuito che i principi di proporzionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza, quali enunciati all'art. 2 e al considerando 2 della direttiva 2004/18, 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 della relativa esclusione da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, anche qualora il servizio di cui trattasi non gli sia stato aggiudicato (Corte di

Giustizia dell'Unione europea, 26 settembre 2024 n. 403).

Senonché il principio enunciato dalla Corte di Giustizia UE ha interessato un operatore economico non aggiudicatario che era stato escluso dalla gara a causa di vicende riferite alle mandanti, colpite da una causa di esclusione non automatica e, quindi, rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, mentre il caso di specie attiene all'applicazione di una causa di esclusione c.d. automatica, prevista dall'art. 94, comma 6, d.lgs. n. 36 del 2023, in quanto la società partecipante alla procedura di gara è risultata priva dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando di gara, sia con riguardo alla capacità contributiva, che con riguardo ai criteri ambientali minimi, ossia di requisiti di ammissione alla gara che non sono suscettibili di regolarizzazione.

14. In ogni caso, il fatto che la giurisprudenza amministrativa ammetta la autonoma impugnabilità della escussione della cauzione provvisoria non incide sulla necessità di verificare preliminarmente la legittimazione alla impugnativa, legittimazione questa che deve ritenersi ravvisabile solo rispetto all'operatore economico garantito ed escluso dalla procedura di gara e non anche in relazione al garante.

Ed invero, l'art. 106 del d.lgs. n. 36/2023, nel disciplinare la garanzia provvisoria, recita: *“4. La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante”*.

La giurisprudenza amministrativa, con riguardo alla disciplina normativa precedentemente vigente (ma il principio è estensibile, *mutatis mutandis*, anche alla disciplina sopravvenuta), ha qualificato la garanzia bancaria a “prima domanda” come il contratto da cui deriva un impegno autonomo a garanzia sulla serietà dell'offerta e con il quale la stessa banca emittente si impegna nei confronti della stazione appaltante in caso di inadempimento della ditta concorrente, ossia come una figura che presenta tutte le caratteristiche del c.d. *“contratto autonomo di garanzia”*, come individuate dalla giurisprudenza civile (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2017 n. 2851; Cassazione civile, sezioni unite, 18 febbraio 2010 n. 3947).

Ne consegue che, in relazione alla natura del contratto posto in essere con l'operatore economico partecipante alla gara, innanzi a una richiesta della stazione appaltante, per il garante sono giuridicamente irrilevanti le ragioni dell'inadempimento contestato dalla stazione appaltante alla ditta partecipante (che ne hanno determinato la esclusione dalla procedura di gara), dovendo il garante pagare *“entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante”* (art. 106, comma 4, cit.), fatte salve le eccezioni delineate dalla giurisprudenza civile che nel caso di specie non ricorrono. Per le sezioni unite della Corte di cassazione, infatti, *“pare sufficiente considerare che, secondo una diffusa opinione, la funzione del Garantievertrag è quella di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che non sempre consiste in un dare ma può anche riguardare un fare infungibile, contrariamente a quanto accade per il fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante). In*

altri termini, mentre con la fideiussione è tutelato l'interesse all'esatto adempimento dell'(unica) prestazione principale - per cui il fideiussore è un "vicario" del debitore -, l'obbligazione del garante autonomo è qualitativamente altra rispetto a quella dell'ordinante - sia perchè non necessariamente sovrapponibile ad essa, sia perchè non rivolta al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore. Ne consegue che polizze fideiussorie e fideiussione, pur accomunate dal medesimo (generico) scopo di offrire al creditore-beneficiario la garanzia dell'esito positivo di una determinata operazione economica, si distinguono perchè le prime (se prestate a garanzia di obbligazioni infungibili) appartengono alla categoria delle cd. garanzie di tipo indennitario, potendo il creditore tutelarsi (rispetto all'inadempimento del debitore) soltanto tramite il risarcimento del danno, mentre la fideiussione appartiene alle cd. garanzie di tipo satisfattorio, caratterizzate dal rafforzamento del potere del creditore di conseguire il medesimo bene dovuto, cioè di realizzare specificamente il soddisfacimento del proprio diritto" (Cass., s.u., 18 febbraio 2010, n 3947).

Sempre per le sezioni unite ora citate l'apposizione della clausola "a semplice richiesta" è volta a "precludere al garante l'opponibilità al creditore garantito delle eccezioni spettanti al debitore principale (siano esse relative al rapporto di valuta tra quest'ultimo e il creditore o al rapporto di provvista tra il debitore principale e il garante), in deroga alla regola essenziale della fideiussione posta dagli artt. 1945 e 1941 c.c., con l'effetto di svincolare (in tutto o in parte) la garanzia dalle vicende del rapporto principale e di precludere la proponibilità delle eccezioni fideiussorie"; ciò per conseguire "l'effetto di "autonomizzare" il rapporto di garanzia rispetto al rapporto base, contrariamente a quanto accade per la fideiussione tipica".

Così qualificata la fattispecie, ammettendo un'autonoma legittimazione del garante a contestare l'esclusione dalla gara del debitore garantito, per un verso, risulterebbero sovvertite le regole legittimanti la proposizione del ricorso innanzi al giudice amministrativo e, per altro verso, si avrebbe una non consentita interferenza con la vicenda contrattuale che, invece, deve svolgersi secondo le regole delineate dalla più volte richiamata sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione (sent. 3947/2010).

15. Né la legittimazione della odierna appellante alla impugnazione della sentenza impugnata può derivare dalla sua partecipazione al giudizio di primo grado svoltosi presso il T.a.r. Puglia sezione staccata di Lecce (R.G. n. 817/2025), nell'ambito del quale si è costituita in giudizio con atto di mera forma, in quanto essa non è parte necessaria del processo, ma la sua posizione processuale deve essere qualificata come quella di intervenitore *ad adiuvandum* delle ragioni dell'operatore economico escluso dalla procedura di gara (Green Link s.r.l.), che ha ritenuto di non impugnare la sentenza di primo grado.

Per pacifica giurisprudenza amministrativa, l'interveniente *ad adiuvandum* nel giudizio di primo grado non è legittimato a proporre appello in via principale e autonoma, salvo che non abbia un proprio interesse direttamente riferibile alla sua posizione, come nell'ipotesi in cui l'intervento sia stato dichiarato inammissibile o sia stata emessa nei suoi confronti la condanna alle spese di giudizio (Consiglio di Stato sez. IV, 19/02/2025, n. 1401; prima, *ex multis*,

Consiglio di Stato sez. IV, 10/12/2024, n. 9941; Consiglio di Stato sez. IV, 12/12/2023, n. 10713; Consiglio di Stato sez. VI, 1/09/2021, n. 6139; Consiglio di Stato sez. IV, 14/04/2020, n. 2405; Consiglio di Stato sez. IV, 14/04/2020, n. 2421; Consiglio di Stato sez. IV, 24/01/2020, n. 567; Consiglio di Stato sez. V, 11/07/2017, n. 3409; Consiglio di Stato sez. V, 13/02/2017, n. 614). Orientamento questo confermato dalla Cassazione civile (sentenza n. 5992 del 17 aprile 2012 nel decisivo presupposto della peculiarità del giudizio amministrativo di legittimità) che ha anche aggiunto che per l'interveniente ad adiuvandum *“la sua impugnazione è inammissibile, laddove la parte adiuvata non abbia esercitato il proprio diritto di proporre impugnazione ovvero abbia fatto acquiescenza alla decisione ad essa sfavorevole”* (cfr., sez. un., ordinanza n. 31266 del 29 novembre 2019).

Questa regola di origine giurisprudenziale - ora recepita dall'art. 102, comma 2, del codice del processo amministrativo, secondo cui l'interventore *“può proporre appello soltanto se titolare di una posizione giuridica autonoma”* - costituisce il corollario del carattere dipendente dell'intervento nel processo amministrativo, che consente all'interventore solo di aderire alle censure formulate dal ricorrente, poiché diversamente opinando l'intervento in giudizio potrebbe costituire uno strumento per l'elusione del termine di decadenza previsto per la impugnazione degli atti amministrativi (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 2023 n. 10713; sez. III, 14 dicembre 2016, n. 5268; 26 ottobre 2016, n. 4487; sez. IV, 29 febbraio 2016 n. 853; 29 gennaio 2016 n. 351). Ragionando diversamente, e ammettendo la legittimazione a impugnare in capo a un soggetto diverso dal partecipante alla gara che viene escluso, ci si troverebbe in presenza di una non consentita sostituzione processuale e si dovrebbe conseguentemente ammettere che il giudice amministrativo debba pronunciarsi sulla legittimità dell'atto di esclusione, pur trovandosi in presenza di acquiescenza all'atto da parte del diretto destinatario.

16. Da quanto sino a qui detto, consegue che le questioni di merito sollevate dalla società appellante non possono essere esaminate nel presente giudizio di appello, per carenza dei presupposti processuali della domanda di annullamento. All'inammissibilità consegue, inoltre, anche l'impossibilità di scrutinare nel merito la domanda di rimessione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea perché avanzata da soggetto non legittimato all'azione.

17. In conclusione, per le ragioni sopra indicate, il ricorso in appello deve essere dichiarato inammissibile.

18. Le spese del presente grado di giudizio, liquidate nel dispositivo in favore del Comune di Martina Franca, dell'Inps e della società Gial s.r.l., debbono essere poste a carico della società appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto lo dichiara inammissibile.

Condanna la società appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che liquida in € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, in favore del Comune di Martina

Franca, in € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, in favore dell'Inps e in € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, in favore della società Gial s.r.l.

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

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

Vincenzo Neri, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Luigi Furno, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere

Paolo Marotta, Consigliere, Estensore