

L'escussione della cauzione provvisoria tra automatismi e discrezionalità

di Sabrina Carta

Data di pubblicazione: 19-3-2026

La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 747 del 29 gennaio 2026 offre l'occasione per tornare su un tema che, pur affondando le radici nel Codice del 2006, conserva una sua attualità: la possibilità di escutere la cauzione provvisoria nei confronti di un operatore economico escluso dalla gara e non aggiudicatario.

Il caso nasce nell'ambito della procedura Consip per l'affidamento di servizi integrati negli istituti culturali: la nota "gara musei", indetta nel 2015.

Il Consiglio di Stato, in coerenza con i precedenti della Sezione e richiamati i principi di proporzionalità, parità di trattamento e trasparenza, come interpretati dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 26 settembre 2024, ribadisce che: ***"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"***.

Guida alla lettura

1. Il contesto: esclusione, irregolarità contributiva e automatismo sanzionatorio

Con la sentenza Sez. II, n. 4524 del 2023, oggetto dell'interposto appello, il TAR Lazio aveva confermato l'esclusione di un R.T.I., concorrente alla gara per diversi lotti ed aggiudicatario di alcuni di essi, disposta da Consip in ragione dell'irregolarità contributiva dell'impresa ausiliaria di una delle mandanti.

L'esclusione aveva prodotto due effetti immediati: l'escussione delle cauzioni provvisorie per tutti i lotti, per un importo complessivo di oltre 3,6 milioni di euro, e la segnalazione all'ANAC.

La stazione appaltante aveva infatti agito automaticamente, ritenendo che l'art. 48 dell'allora vigente D.Lgs. 163/2006 imponesse l'incameramento come conseguenza necessaria della mancata dimostrazione dei requisiti (in questo caso, la regolarità contributiva).

Nel rigettare il ricorso, il Giudice di prime cure aveva ricondotto la carenza del requisito di

ordine generale dell'ausiliaria alla sfera giuridica della concorrente ausiliata, secondo il principio "*ubi commoda ibi incommoda*".

Respinti con sentenza parziale del Consiglio di Stato n. 3506 del 18 aprile 2024 gli altri motivi di ricorso, residuavano le censure dell'appellante sull'incameramento della cauzione, sostanzialmente fondate su un duplice ordine di ragioni:

1. l'esclusione avrebbe potuto essere disposta solo per cause imputabili al concorrente, mentre nel caso di specie la carenza del requisito della regolarità contributiva era imputabile esclusivamente all'impresa ausiliaria;
2. l'escussione della cauzione era illegittima nella misura in cui era stata disposta anche per i lotti nei quali il raggruppamento non era risultato aggiudicatario, in violazione del principio di proporzionalità.

Ed infatti proprio con riferimento alle norme del Codice in tema di cauzione provvisoria (artt. 38, comma 1, lett. i, 48 e 75 D.Lgs. n. 163 del 2006) veniva **adita la CGUE**, al fine di **accertarne la compatibilità con i principi europei di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi**.

Dichiarata l'irricevibilità della questione, il giudizio di appello proseguiva quindi sull'unico profilo della dedotta illegittimità dell'escussione della cauzione.

Occorre a questo punto precisare che la vicenda si colloca in un momento di transizione normativa. Nel **Codice del 2006 convivevano infatti due modelli di garanzia**:

- uno "sanzionatorio", legato al controllo a campione sui requisiti speciali (art. 48);
- uno "compensativo", riferito all'aggiudicatario che non sottoscrive il contratto (art. 75, comma 6).

Con il successivo Codice del 2016, il primo modello veniva abbandonato: la **garanzia provvisoria sopravviveva solo nella sua funzione non sanzionatoria**, come confermato dal fatto che l'**art. 93, comma 6**, circoscriveva l'operatività della cauzione alla sola ipotesi della mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario.

Ed è proprio questa evoluzione a rendere problematico l'automatismo applicato da Consip: **l'escussione nei confronti di un operatore non aggiudicatario non può essere ricondotta alla logica dell'allora vigente art. 48 senza una verifica di compatibilità con i principi unionali**.

2. Il principio UE affermato: la valutazione dell'escussione della garanzia caso per caso

Capisaldi ermeneutici della decisione del Supremo Consesso sono i **principi di proporzionalità, parità di trattamento e trasparenza**, come espressi nella **sentenza del 26 settembre 2024** della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Nel **decidere le cause riunite C-403/23 e C-404/23**, la Corte aveva dichiarato che: *“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 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 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.**”*

Su questo specifico punto il Consiglio di Stato giunge - dunque - alla conclusione che l’art. 48 del D.Lgs. n. 163/ 2006, vigente *ratione temporis*, avrebbe dovuto essere **etero-integrato dal principio di proporzionalità e disapplicato nella parte in cui consentiva l’escussione automatica della garanzia.**

Il Supremo Consesso chiarisce il principio per cui **“la disapplicazione della norma nazionale va circoscritta nei limiti dell’effettiva incompatibilità della stessa con la norma europea, fermo restando che le norme e i principi unionali di diretta applicazione integrano l’ordinamento”**, rammentando che la sentenza della Corte di Giustizia “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)”.

Nella fattispecie concreta Consip si era – **illegittimamente - limitata a incamerare la garanzia per effetto dell’esclusione, senza alcuna valutazione sulla condotta dell’operatore né sulla proporzionalità della misura.**

Al contrario, per i soggetti non aggiudicatari *“l’escussione della cauzione 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”* mediante l’adozione di un **provvedimento adeguatamente motivato** che tenga conto, per esempio, delle **“regolarizzazioni eventualmente operate”** e della **“non manifesta eccessività dell’importo della cauzione”**.

3. Il quadro attuale: il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36

Sul tema delle garanzie il vigente Codice dei contratti pubblici conferma gli orientamenti interpretativi anticipati dalla giurisprudenza negli anni precedenti e oggi ribaditi dalla pronuncia in commento. Come noto, **gli artt. 53 e 106 disciplinano una garanzia provvisoria** che:

- **copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili all’affidatario;**
- **è svincolata automaticamente per i non aggiudicatari al momento della comunicazione dell’aggiudicazione;**
- **perde efficacia dopo 30 giorni.**

Il sistema attuale, dunque, esclude ogni automatismo sanzionatorio nei confronti dei

concorrenti esclusi, **investendo l'amministrazione del potere/dovere di valutare in concreto la presenza delle condizioni per l'eventuale incameramento della garanzia.**

4. Considerazioni conclusive. La cauzione non ha funzioni "sanzionatorie".

La sentenza n. 747/2026 si inserisce in un filone giurisprudenziale che **distingue nettamente la posizione del concorrente primo in graduatoria – destinatario della proposta di aggiudicazione – da quella dell'aggiudicatario vero e proprio.**

Già il Consiglio di Stato in **Adunanza Plenaria** (sentenza n. 7 del 26 aprile 2022) e successive pronunce avevano chiarito che **la garanzia provvisoria opera solo in un momento successivo l'aggiudicazione.** Ne deriva che **l'operatore escluso prima di tale momento non può essere considerato alla stregua di un aggiudicatario inadempiente.**

Questa distinzione, non di rado trascurata nella prassi, assume qui un ruolo decisivo: **l'incameramento della cauzione non può essere utilizzato come strumento punitivo ed "automatico" per irregolarità che emergono nella fase di verifica dei requisiti.**

La sentenza contribuisce dunque a riportare l'attenzione delle stazioni appaltanti su quale debba essere l'effettiva, potremmo dire **"fisiologica", funzione della cauzione provvisoria: garantire la serietà dell'offerta e non "punire" l'operatore escluso.**

In questa prospettiva, l'incameramento si pone non come un atto dovuto conseguente all'esclusione, ma come **atto da motivare caso per caso**, in linea con l'evoluzione normativa e con la giurisprudenza europea, che impone alle stazioni appaltanti un **uso più responsabile e proporzionato** degli strumenti di garanzia.

Pubblicato il 29/01/2026

N. 00747/2026REG.PROV.COLL.

N. 05396/2023 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 5396 del 2023, proposto da

Coopservice soc.coop. p.a. in proprio e quale mandataria del RTI costituito

con le mandanti Natuna s.r.l. e Alfredo Cecchini s.r.l., in persona del legale

rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 63460974E9,

63461039DB, 6346123A5C, rappresentata e difesa dagli avvocati

Massimiliano Brugnoletti, Enzo Perrettini, Pierpaolo Salvatore Pugliano e

Antonietta Favale, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia

e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Pierpaolo Salvatore

Pugliano in Roma, via Giuseppe Gioachino Belli, 60;

contro

Consip 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

Acciona Facility Service s.a. in proprio e quale mandataria del RTI con Getec Italia s.p.a. (già Antas s.p.a.), Del Bo -società consortile stabile a responsabilità limitata, l'Operosa s.p.a., in persona del legale rappresentante

pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvia

Marzot, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Dussmann Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Raffaello Perfetti, 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 Dussmann Service s.r.l., di Consip s.p.a. e del RTI Acciona Facility Services 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 Tomaselli su delega dell'avv. Brugnoletti, Perrettini, Pugliano, Favale; si dà atto che l'avvocato Marzot e gli avvocati dello Stato Di Giorgio e Berti Suman 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 Coopservice 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 Consip ne ha disposto l'esclusione dalla procedura aperta e avverso i provvedimenti di aggiudicazione a Dussmann Service s.r.l. dei lotti nn. 4 e 5 e al R.T.I. con mandataria Acciona Facility Service S.A. del lotto n. 3, dichiarando altresì improcedibile il ricorso incidentale del raggruppamento Acciona Facility Service.

Si tratta della procedura di gara aperta indetta in data 31 luglio 2015 da Consip 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 Coopservice è risultato primo graduato nel lotto n. 4, come da formale comunicazione, e anche nei lotti 3 e 5, come ha informalmente appreso; Consip non ha peraltro adottato alcun provvedimento di aggiudicazione definitiva.

L'impugnato provvedimento di esclusione è motivato con riguardo alla condizione di irregolarità contributiva della FCM Group s.r.l., ausiliaria della mandante Alfredo Cecchini 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 (giova precisare che la società FCM Group, 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 Alfredo Cecchini 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 FCM Group s.r.l., quale cessionaria della Edil Impianti 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 Consip 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 prospettiva 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 Coopservice 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 Consip, 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 Consip 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

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

