

Pubblicato il 25/05/2026

N. 04190 /2026 REG.PROV.COLL.  
N. 07486/2025 REG.RIC.



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

**I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7486 del 2025, proposto da  
-OMISSIS- S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla  
procedura CIG -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -  
OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Mastrolia, con domicilio  
fisico eletto presso il suo studio in Lecce, viale XXV Luglio 2/B;

***contro***

Innovapuglia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e  
difesa dall'avvocato Michele Dionigi, con domicilio digitale come da PEC da Registri  
di Giustizia;

ASL B.T., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa  
dall'avvocato Andrea Scarpellini Camilli, con domicilio digitale come da PEC da  
Registri di Giustizia;

Regione Puglia, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Azienda Sanitaria Locale di Taranto, Azienda Sanitaria Locale di Brindisi, Azienda Sanitaria Locale di Bari, Azienda Sanitaria Foggia, Azienda Ospedaliero Universitaria "Ospedali Riuniti" di Foggia, Azienda Universitaria Ospedaliera Consorziata - Policlinico Bari, non costituiti in giudizio;

*nei confronti*

-OMISSIS- S.r.l., -OMISSIS- S.r.l., -OMISSIS- S.r.l., -OMISSIS- S.p.A., -OMISSIS- S.r.l., non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza) n. 1094/2025, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Innovapuglia S.p.a. e dell'ASL B.T.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 marzo 2026 il Cons. Raffaello Scarpato e udito per le parti il difensore della ASL B.T., presente in udienza;

Viste le conclusioni delle parti come in atti.;

FATTO e DIRITTO

1. -OMISSIS- S.p.A. (di qui in avanti "-OMISSIS-") ha impugnato, dinanzi al T.a.r. per la Puglia, Bari il provvedimento di esclusione dalla gara comunitaria per

l'affidamento della fornitura di protesi ortopediche per le Aziende Sanitarie della Regione Puglia, indetta da InnovaPuglia S.p.A. con Determinazione n. -OMISSIS-/2023 ed il consequenziale provvedimento di escussione della cauzione provvisoria.

2. L'esclusione dalla procedura di gara è stata determinata dal riscontro, a carico della società, di violazioni fiscali definitivamente accertate per un importo di € 17.762,29, somma superiore alla soglia di gravità di cui al combinato disposto degli articoli 94 comma 6 e 1 dell' All. II.10 del D.lgs. n. 36/2023.

3. -OMISSIS- ha contestato la legittimità dell'escussione della cauzione, chiedendo al T.a.r. di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 94, comma 6, del Dlgs. 36/2023 per violazione dell'art. 3 della Costituzione, deducendo altresì di aver presentato istanza di rateizzazione del debito, non potendosi pertanto la violazione fiscale ritenere "grave", con conseguente applicazione delle più elevate soglie di esclusione non automatica.

4. Il T.a.r. ha respinto il ricorso, ritenendo l'esclusione un atto vincolato e doveroso, con conseguente legittimità dell'escussione della cauzione.

5. -OMISSIS- ha impugnato la decisione lamentando l'erronea interpretazione e gradazione dei motivi di ricorso da parte del T.a.r., deducendo di aver chiaramente anteposto l'interesse ad ottenere l'annullamento della determinazione concernente l'incameramento della cauzione provvisoria rispetto alle censure relative all'esclusione automatica derivante dall'accertata irregolarità fiscale.

Ciò posto, l'appellante ha contestato la legittimità dell'incameramento della cauzione provvisoria poiché disposto prima dell'aggiudicazione della gara, in aperto contrasto con quanto espressamente sancito dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7/2022, relativa sì al comma 6 dell'art. 93 del D.lgs. n. 50 del 2016, ma espressiva di un principio applicabile anche sotto il vigore del D.lgs. n. 36/2023.

L'appellante ha poi rinunciato all'altro motivo di ricorso respinto dal T.a.r., relativo all'esclusione dalla procedura di gara in ragione della natura definitiva del debito

fiscale, prendendo atto della pronuncia della Corte Costituzionale n. 138/2025 pubblicata il 30 luglio 2025, dopo la notificazione del ricorso di primo grado.

6. Si è costituita InnovaPuglia S.p.A., chiedendo la reiezione del gravame.

7. Si è costituita l'Azienda Sanitaria Locale BT, chiedendo di accedere agli atti del fascicolo processuale, senza tuttavia formulare memorie.

8. Con ordinanza n. 3762/2025 il Collegio ha accolto la domanda di misure cautelari, sospendendo l'efficacia esecutiva della sentenza impugnata.

9. All'udienza pubblica del 12 marzo 2026 l'appello è stato trattenuto in decisione.

10. Stante la rinuncia dell'appellante al motivo attinente all'esclusione dalla procedura di gara, il *thema decidendum* si concentra sulle censure relative all'incameramento della cauzione provvisoria da parte dell'Amministrazione.

11. Limitatamente a tale motivo l'appello è fondato, per le seguenti ragioni.

12. L'appellante ha dedotto l'illegittimità dell'escussione della cauzione poiché disposta dopo la proposta di aggiudicazione e, dunque, in assenza di un provvedimento di aggiudicazione definitivo.

13. L'Amministrazione ha insistito sulla legittimità del provvedimento, poiché conforme all'art. 106 del D.lgs. n. 36/2023 ed agli articoli 10 e 22 del Disciplinare di gara, ritenendo inconferenti i riferimenti giurisprudenziali citati dall'appellante, formati sotto la vigenza del D.lgs. n. 50/2016 e superati dalla diversa formulazione dell'art. 106 del nuovo Codice, con il quale è stato stabilito che l'aggiudicazione diviene efficace solo dopo la positiva verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante.

Ciò posto, l'Amministrazione ha concluso che l'incameramento delle somme a titolo di garanzia provvisoria rappresenta una conseguenza automatica ed inevitabile del provvedimento di esclusione.

14. Osserva il Collegio, richiamando quanto già statuito nel precedente costituito dalla sentenza 1 aprile 2026, n. 2642 avente ad oggetto identica questione, che l'art. 106 c.

6 del D.lgs. n. 36/2023 pone la garanzia provvisoria a presidio della mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione (*“La garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all’affidatario...”*), innovando sul punto la disposizione recata dal precedente 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”*), sotto la vigenza del quale la sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 7/2022 aveva statuito che la cauzione copre il solo periodo compreso tra l’aggiudicazione ed il contratto e non anche il periodo compreso tra la proposta di aggiudicazione e l’aggiudicazione.

15. Ciò posto, il citato art. 106 del D.lgs. n. 36/2023 deve comunque essere interpretato conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’UE (sez. VIII, 26 settembre 2024, n. 403), successiva sia alla decisione della Adunanza Plenaria dianzi citata, sia alla stessa entrata in vigore del D.lgs. n. 36/2023.

15.1. Con questa decisione, correttamente citata dall’appellante, il giudice europeo ha stabilito 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 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).

15.2. Pertanto, l'articolo 106, comma 6, del D.lgs. n. 36/2023 deve 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.

16. Nel caso di specie, l'escussione della cauzione è stata disposta quale conseguenza automatica dell'accertamento della sussistenza, in capo all'odierna appellante, di una causa di esclusione, senza alcuna valutazione e motivazione in ordine all'incidenza di ciò sul regolare svolgimento della procedura.

17. 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, donde le disposizioni del Disciplinare vanno a loro volta annullate nella parte in cui prevedevano come automatico, anziché discrezionale, l'incameramento della garanzia provvisoria.

18. Conclusivamente, il primo motivo di appello va accolto, quanto all'incameramento automatico della cauzione, e, 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.

19. Sussistono, in ragione della novità della questione e dell'evoluzione giurisprudenziale soprarichiamata, 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 accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione;

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellante.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 12 marzo 2026, 17 aprile 2026, con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Pescatore, Presidente F/F

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere

Raffaello Scarpato, Consigliere, Estensore

Enzo Bernardini, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Raffaello Scarpato**

**IL PRESIDENTE**

**Giovanni Pescatore**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.