

Pubblicato il 29/04/2025

N. 03633/2025REG.PROV.COLL.

N. 06450/2024 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 6450 del 2024, proposto da Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A043693221, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, 323;

contro

Comune di Cisternino, Consorzio per l'Inclusione Sociale dell'Ats Fasano – Ostuni – Cisternino, non costituiti in giudizio;

Consorzio Ciisaf, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfredo Tanzarella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Aldo Basile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 982/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale e di Consorzio Ciisaf;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2025 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Luca Tozzi e l'avv. Maurizio Avagliano in sostituzione dell'avv. Aldo Basile e dato atto che l'avv. Alfredo Tanzarella ha depositato istanza di passaggio in decisione senza discussione;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Raggio di Sole Società Cooperativa onlus ha partecipato alla procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dell'asilo nido di Cisternino bandita dal CIISAF.
2. La procedura di gara era da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e presentava un importo a base d'asta della concessione pari ad € 1.264.237,02 per una durata complessiva pari a 39 mesi.
3. All'esito delle operazioni di assegnazione dei punteggi, la graduatoria era la seguente:
 - La società cooperativa La Scintilla Sociale – punti 84,82;
 - Raggio di Sole Coop. sociale onlus – punti 73,93.
4. Con il provvedimento di aggiudicazione n. 294 del 23 aprile 2024 il servizio è stato affidato alla società cooperativa La Scintilla Sociale.
5. Raggio di Sole Società Cooperativa onlus ha proposto ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione n. 294 del 23 aprile 2024 dinanzi al TAR Lecce che lo ha respinto con sentenza n. 982/2024.
6. Di tale sentenza, Raggio di Sole Società Cooperativa onlus ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato alle seguenti censure: *"1 – ERROR IN IUDICANDO -Sulla violazione dell'art. 176 e ss D.lgs. 36/2023 – Sull'omessa presentazione del PEF da parte dell'aggiudicataria – Difetto di istruttoria – Carenza dei presupposti di fatto e di diritto – Manifesta irragionevolezza; 1.2 - In via subordinata – ERROR IN IUDICANDO - Sull'illegittimità della lex specialis – Sull'annullamento dell'intera gara; 2 – Error in iudicando - Sulla violazione dell'art. 106, comma 8, D.lgs 36/2023 – Sulla violazione dell'art. 9 del disciplinare – Sulla presentazione di una polizza avente un importo insufficiente rispetto al valore della procedura – Difetto di istruttoria – Manifesta irragionevolezza; 3 – Error in iudicando – Sulla violazione e falsa applicazione di legge art. 110 D.lgs 36/2023 – Sull'incongruità dell'offerta dell'aggiudicataria – Sull'assenza di coperture economiche per le migliori offerte – Eccesso di potere – Manifesta irragionevolezza".*
7. Hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto, La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale e il Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione sociale dell'Ambito Territoriale di Cisternino – Fasano – Ostuni.
8. Alla udienza pubblica del 16 gennaio 2025 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

9. Giunge all'esame del Collegio il ricorso in appello proposto da Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus, avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce n. 982/2024, con la quale il medesimo TAR ha respinto il ricorso proposto avverso:
 - il provvedimento di aggiudicazione n. 294 del 23 aprile 2024 con cui il Consorzio per l'integrazione l'inclusione sociale dell'Ambito Territoriale Sociale di Cisternino – Fasano – Ostuni (CIISAF) ha affidato il servizio di gestione dell'asilo nido del Comune di Cisternino in favore de La Scintilla;
 - la proposta di aggiudicazione con tutti i verbali di gara;
 - la determina a contrarre e la *lex specialis* ove interpretabile nel senso fatto proprio dalla stazione appaltante;
 - la nota con cui la stazione appaltante ha chiesto le giustificazioni e la documentazione con cui è stata ritenuta congrua l'offerta presentata dall'aggiudicataria.
10. La decisione del primo Giudice si articola, in sintesi, nei seguenti punti:

a) nessuna disposizione della *lex specialis* di gara imponeva ai concorrenti di presentare un piano economico - finanziario a corredo dell'offerta formulata, di tal che l'esclusione di La Scintilla non avrebbe potuto fondarsi su una possibile violazione della disciplina normativa regolante la procedura di cui si discute;

b) l'art. 182 del d.lgs. n. 36/2023, nel prevedere che l'affidamento delle concessioni debba avvenire tramite pubblicazione di un apposito bando, al comma 5 individua il medesimo Piano quale componente a carattere meramente eventuale, disponendo, più precisamente, che gli allegati al bando di concessione comprendono, *"a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico-finanziario"*;

c) ne discende che tutte le successive norme, lungi dal confermare un principio di necessaria predisposizione di un PEF a corredo dell'offerta di ciascun operatore, come sostenuto in ricorso, vanno lette in chiave sistematica rispetto al precedente art. 182, dovendo dunque intendersi come volte, a vario titolo, a dare rilevanza al Piano economico formulato dalla partecipante, ma solo nell'ipotesi in cui questo sia stato espressamente richiesto attraverso la *lex specialis* dalla stazione appaltante sulla base di una valutazione discrezionale operata da quest'ultima con riguardo alla specifica concessione oggetto di affidamento;

d) sempre in un'ottica sistematica, la tesi di parte attrice risulta smentita a contrario anche dal disposto testuale dell'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023, nel quale il Legislatore stabilisce invece a chiare lettere, in tema di finanza di progetto, che *"(c)iascuna proposta" di realizzazione in concessione di lavori o servizi "contiene (...) il piano economico-finanziario asseverato"*, così mostrando di considerare tale piano come un adempimento essenziale a corredo della proposta dell'operatore;

e) alla luce del complessivo quadro normativo evocato non è quindi possibile affermare che, nell'affidamento di concessioni, sia sempre necessaria la previa presentazione di un PEF ai fini della valutazione dell'adequatezza dell'offerta economica del partecipante (in tal senso, si veda Cons. Stato, Sez. III, n. 5283/2021), rimanendo al contrario ferma la discrezionalità dell'Amministrazione nel richiedere, tra i documenti di gara, la presentazione del PEF sulla base della specifica concessione da affidare (così T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. I, n. 2132/2024);

f) in merito alla garanzia fideiussoria provvisoria di importo inferiore rispetto a quello richiesto dalla disciplina di gara, il TAR ha affermato che sono sempre sanabili le criticità afferenti alla garanzia provvisoria, costituendo quest'ultima un elemento formale della domanda, la cui mancanza, incompletezza o irregolarità è emendabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio ad opera dell'Amministrazione;

g) in merito alla asserita insostenibilità dell'offerta avanzata da La Scintilla, nessuna manifesta erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'Amministrazione può essere ravvisata.

11. L'appellante, in sintesi, contesta la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) ai sensi degli art. 176 e ss. d.lgs. 36/2023 i concorrenti che intendono partecipare ad una procedura di gara in concessione devono presentare il PEF, documento che descrive in sede di concessione (come nel caso di specie) la sostenibilità o meno di un progetto da realizzare dal punto di vista economico-finanziario;

a.1.) se la concessione si qualifica per il trasferimento del rischio operativo dal concedente al concessionario, il PEF è lo strumento mediante il quale si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti del rapporto;

a.2.) la Scintilla si è limitata a produrre l'offerta economica ma non ha mai prodotto un PEF, circostanza che avrebbe dovuto comportare la sua esclusione;

a.3.) il documento prodotto dall'aggiudicataria si limita a indicare solo due voci di costo (manodopera ed oneri aziendali) senza fornire un quadro generale delle singole voci di costo dell'affidamento e senza fornire i dati economici-contabili richiesti, quali ad esempio gli utili stimati e le modalità di sostenibilità dell'operazione;

b) l'aggiudicataria doveva essere esclusa per aver prodotto una polizza inadeguata per garantire la corretta esecuzione del servizio;

c) la ricorrente ha lamentato l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione nella parte in cui l'Amministrazione non ha rilevato la palese insostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria, circostanza mascherata dolosamente dalla controinteressata laddove essa non ha presentato alcun PEF da cui potesse emergere l'incongruità del progetto presentato relativamente all'individuazione degli importi per garantire le migliori.

12. Le censure, così sintetizzate, possono a questo punto essere esaminate.

12.1. Una questione è risolutiva, quella proposta con il terzo motivo di appello, strettamente connesso con il primo.

La concessione, che rappresenta una *species* del più ampio *genus* delle forme di partenariato pubblico privato, si qualifica per il trasferimento del rischio operativo dal concedente al concessionario e il PEF è lo strumento mediante il quale si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti del rapporto, la cui adeguatezza e sostenibilità deve essere valutata dall'Amministrazione. Se non avviene un trasferimento del rischio, il rapporto è qualificabile come appalto.

12.2. Nel d.lgs. n. 36 del 2023, all'allegato I.1, i contratti di concessione, o concessioni, vengono definiti come *"(...) i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto a pena di nullità in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo"*.

12.3. Il concessionario assume e sopporta un rischio operativo, tipico del contratto di concessione e ciò si riverbera inevitabilmente sulla valutazione di affidabilità dell'offerta. Nelle concessioni deve essere valutato l'equilibrio dei rendimenti, la capacità di gestione del concessionario, capacità questa che consente di tener conto dei possibili andamenti dei costi e dei ricavi e dei conseguenti possibili aggiustamenti della gestione, come rilevabili dal piano economico-finanziario. Non può essere condiviso quanto affermato dal Consorzio Ciisaf a pagina 7 della memoria depositata il 26 agosto 2024, laddove si legge che in questo caso la gestione si connota per l'assenza di investimenti, e con flussi di cassa pressoché certi e garantiti provenienti in parte dal Comune, in parte dalla Regione e in (minima) parte dal libero mercato (questi ultimi basati su uno "storico" consolidato). Scontato che l'operazione congegnata è una concessione, l'assetto di interessi dedotto nel contratto deve garantire la conservazione dell'equilibrio economico-finanziario, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. È invece condivisibile quanto affermato dall'appellante a pagina 2 della memoria depositata il 30 dicembre 2024: *"L'assenza di interventi strutturali (lavori) è una circostanza neutra perché è comunque necessario verificare che gli introiti derivanti dagli utenti siano sufficienti per coprire i costi dell'affidamento (...)"*.

12.4. Nel caso che qui occupa il Collegio, il TAR ha valutato la censura proposta dal ricorrente come se oggetto del giudizio fosse un appalto e non una concessione. La verifica di anomalia relativa a un contratto di appalto e quella relativa a un contratto di concessione sono profondamente differenti. La prima è diretta a verificare la remuneratività del prezzo offerto, la seconda è diretta a verificare l'equilibrio complessivo del rapporto.

12.5. In questo caso, nulla è stato effettivamente verificato dato che l'aggiudicataria, pacificamente, non ha presentato documentazione idonea a dimostrare l'equilibrio economico e finanziario dell'iniziativa attraverso la corretta allocazione dei rischi, lungo tutto l'arco temporale della gestione.

12.6. A prescindere da quanto previsto dalla *lex specialis* di gara, che non ha prescritto la presentazione di un piano economico finanziario, l'offerta deve essere valutata per la sua adeguatezza e per l'effettiva

realizzabilità dell'oggetto della concessione. Il rischio assunto dal concessionario si valuta proprio intorno alla aleatorietà della domanda di prestazioni poiché l'errore di valutazione del livello di domanda attendibile evidentemente condiziona la remuneratività dell'investimento e misura la validità imprenditoriale dell'iniziativa economica. Si tratta, come noto, di una tipologia di rischio imprenditoriale diversa da quella riscontrabile nel contratto di appalto (di lavori, servizi o forniture), proprio perché entra in giuoco un elemento imponderabile (cioè la domanda di prestazioni per quel servizio pubblico, non determinabile a priori); elemento che nell'appalto non compare (in questo senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 4 febbraio 2022, n. 795). Peraltro, nel caso qui esaminato, il Consorzio Ciisaf ammette (pagine 3 e 4 della memoria depositata il 3 gennaio 2025) che sarebbe esigibile la produzione del PEF in quanto la stazione appaltante avesse svolto una puntuale istruttoria funzionale alla corretta allocazione dei rischi e alla loro sostenibilità, alla quantificazione dei costi di gestione e di investimento e alla stima dei ricavi derivanti dalla gestione e che nel caso di specie una tale istruttoria non vi è stata (per essere stata ritenuta superflua). In definitiva, il PEF non è stato richiesto e non vi è stata alcuna istruttoria funzionale alla corretta allocazione dei rischi. L'appellante ha presentato un PEF (documento 9 produzioni in primo grado) al fine di dimostrare la sostenibilità dell'offerta, la Scintilla Sociale ha presentato giustificazioni (documento datato 12 marzo 2024 prodotto in primo grado) talmente generiche che è del tutto impossibile ricostruire l'iter logico seguito dalla stazione appaltante per valutare la sostenibilità dell'offerta.

12.7. È sufficiente riportare alcuni passaggi del disciplinare di gara (documento 3 produzioni in primo grado della ricorrente) per comprendere che occorreva effettuare una seria valutazione della sostenibilità dell'offerta:

a) *“Per il Concessionario il corrispettivo sarà costituito dalla gestione funzionale ed economica della struttura affidata con acquisizione dei relativi ricavi (la riscossione delle rette) per l'intera durata della concessione (39 mesi)”* (art. 3, pagina 4 del disciplinare);

b) *“Resta a cura e spese del soggetto affidatario della gestione, ogni e qualunque intervento ed onere relativamente a lavori, fornitura ed installazione di arredi e/o attrezzature e quant'altro occorra a rendere i luoghi costantemente funzionali all'uso a cui sono destinati, nonché conformi alle normative nel tempo vigenti per l'esercizio dell'attività di “nido”, nel corso di tutta la gestione”* (art. 3, pagina 4 del disciplinare).

12.8. In difetto di una minima dimostrazione circa la sostenibilità dell'affidamento e il corretto trasferimento del rischio operativo al concessionario, l'aggiudicazione deve essere annullata in accoglimento del terzo motivo di appello.

13. Il secondo motivo di appello, sulla insufficienza della cauzione provvisoria, è invece stato esaminato correttamente dal primo Giudice dato che, in ogni caso, le criticità afferenti alla garanzia provvisoria non possono dar luogo all'esclusione automatica dalla gara, ma impongono alla stazione appaltante l'esercizio del dovere di soccorso istruttorio (in questo senso, Consiglio di Stato sez. V, 27 agosto 2024, n. 7256, che ha deciso una controversia relativa a una fattispecie disciplinata dall'art. 83 comma 9 d.lgs. n. 50 del 2016 e che, sotto questo specifico profilo, non muta in base all'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023).

14. Per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, va riformata la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 982/2024. L'annullamento dell'aggiudicazione e la declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto stipulato con l'impresa aggiudicataria, di cui ricorrono i presupposti previsti dall'art. 122 c.p.a., sono disposti con salvezza degli ulteriori provvedimenti che l'amministrazione porrà in essere

Le spese, vista l'assoluta particolarità della vicenda controversa, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 982/2024, accoglie il ricorso di primo grado, annulla l'aggiudicazione disposta in favore di La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale e dichiara inefficace il contratto stipulato, nei limiti e con gli effetti specificati in motivazione

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Maggio, Presidente FF

Alberto Urso, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Diana Caminiti, Consigliere

C