

Il Piano Economico Finanziario (PEF) nel contesto degli affidamenti di concessioni. Adempimento obbligatorio o solo eventuale?

di Sabrina Carta

Data di pubblicazione: 22-5-2026

Con decisione n. 2811 del 29 gennaio 2026 la Quinta Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata sul ricorso in ottemperanza proposto da una cooperativa che lamentava l'omessa esecuzione della sentenza n. 3633/2025 con cui il Giudice dell'Appello aveva annullato l'aggiudicazione della concessione di gestione di un asilo nido comunale a favore di altra cooperativa prima classificata in gara.

La decisione che qui si commenta offre l'occasione per tornare su temi di sicuro interesse, quali i margini di riedizione del potere decisionale delle amministrazioni in sede di ottemperanza e l'obbligatorietà o meno della presentazione del PEF nelle procedure per l'affidamento di concessioni.

Sommario: 1. I fatti. - 2. Ottemperanza ed effetto vincolante delle sentenze: effetto "pieno" e "strumentale". - 3. La concessione e il Piano Economico Finanziario (PEF). - 4. Conclusioni.

Guida alla lettura

1. I fatti

La cooperativa R. partecipava alla gara, bandita dal Consorzio per l'Inclusione Sociale dell'Ats Fasano – Ostuni – Cisternino (CIISAF) in vigore del D.Lgs. n. 36/2023, per la concessione del servizio di gestione di un asilo nido sito nel Comune di Cisternino, classificandosi seconda dietro la cooperativa S. (84,82 punti contro 73,93).

La base d'asta della concessione era pari ad € 1.264.237,02, per una durata complessiva pari a 39 mesi.

L'aggiudicazione era stata dapprima confermata dal T.A.R. Puglia Lecce, Sez. II (sentenza n. 982/2024) e poi annullata dal Consiglio di Stato con decisione Sez. V, n. 3633/2025.

Il Supremo Consesso aveva infatti ritenuto decisivo il motivo di appello con cui si deduceva che la stazione appaltante avesse valutato l'offerta come se si trattasse di un appalto e non di una concessione, omettendo la verifica dell'equilibrio economico-finanziario e del trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo: elementi, questi, decisivi per

determinare l'affidabilità dell'offerta, a differenza dell'appalto, che non deve sopportare il rischio da incertezza della domanda e la cui verifica può limitarsi alla remuneratività del prezzo offerto.

Come ben chiarito dal Consiglio di Stato: ***“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.”*** E, ancora: *“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”,* ma solo *“giustificazioni (...) talmente generiche che è del tutto impossibile ricostruire l'iter logico seguito dalla stazione appaltante per valutare la sostenibilità dell'offerta”*.

Precisava inoltre il Collegio che: *“È sufficiente riportare alcuni passaggi del disciplinare di gara (...) per comprendere che occorreva effettuare una seria valutazione della sostenibilità dell'offerta”,* così censurando l'assenza di una istruttoria funzionale alla valutazione di una corretta allocazione dei rischi.

Da qui l'inevitabile conclusione: ***“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”***, con conseguente **declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto stipulato con l'impresa aggiudicataria.**

Con ricorso per ottemperanza la cooperativa R. dapprima censurava l'inerzia dell'amministrazione nel dare attuazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 3633/2025 e, con motivi aggiunti, l'illegittimità della determina di aggiudicazione (n. 938 del 30 ottobre 2025) adottata dal Consorzio CIISAF in favore dell'originaria aggiudicataria cooperativa S.

Con la decisione Sezione V n. 2811/2026 che qui si commenta il Supremo Consesso **rigettava il ricorso per ottemperanza**, rilevando che in sede di riedizione del potere istruttorio la stazione appaltante aveva in effetti proceduto alla valutazione del complessivo equilibrio dell'offerta della cooperativa S., valutazione che al momento della prima aggiudicazione era del tutto assente.

2. Ottemperanza ed effetto vincolante delle sentenze: effetto “pieno” e “strumentale”

In via preliminare, nel trattare dell'effetto conformativo del giudicato, il Collegio riporta all'attenzione la distinzione tra:

- sentenze ad **“effetto vincolante pieno”**, con le quali l'atto viene annullato per difetto dei presupposti soggettivi o oggettivi o per violazione di termini perentori relativi all'esercizio del potere;

- sentenze ad “**effetto vincolante strumentale**”, con le quali l’annullamento per vizi formali (come quelli procedurali o di mero difetto di motivazione) impone all’amministrazione solo di eliminare il vizio dall’atto, senza vincolarla in alcun modo nei contenuti.

La verifica sulla conformità o meno della condotta al giudicato e sulla portata dell’effetto vincolante non può dunque prescindere dal numero e dalla natura dei motivi di ricorso accolti (e dei vizi accertati, quindi), tenuto conto sia della parte motiva sia del dispositivo della sentenza.

La **sussistenza dei presupposti dell’inottemperanza** richiede dunque una **verifica in concreto, dovendosi intendere il giudicato anche come limite al potere della P.A. in ottemperanza**, sicché *“il potere residuo dell’amministrazione in sede di riedizione del potere dopo una pronuncia di annullamento va delimitato con riferimento al tipo di vizio riscontrato e che, in ogni caso, l’effetto conformativo si estende all’obbligo di porre in essere una attività successiva conforme ai canoni di legittimità individuati dalla pronuncia da eseguire (tra le tante, in senso conforme Consiglio di Stato sez. V, 15 ottobre 2024, n. 8255)”*.

Nella fattispecie qui in discussione la stazione appaltante aveva riattivato il potere di verifica della sostenibilità dell’offerta, correttamente limitandola allo specifico segmento procedimentale affetto dal vizio di legittimità riscontrato dal Consiglio di Stato.

3. La concessione e il Piano Economico Finanziario (PEF)

Come ricostruito in fatto nel corso del giudizio, la stazione appaltante aveva aggiudicato la concessione alla cooperativa S. senza previamente espletare una verifica di sostenibilità dell’offerta, ancorché necessaria ai sensi del D.Lgs. n. 36/2023.

A seguito della decisione in appello, l’amministrazione procedeva dunque alla rivalutazione, confermando l’aggiudicazione alla medesima aggiudicataria originaria.

Il giudizio di ottemperanza era dunque incardinato allo scopo di accertare la non conformità della rivalutazione ai canoni di legittimità espressi nel giudicato ossia, nella fattispecie che qui interessa, la necessità di accertare l’equilibrio economico e finanziario dell’iniziativa e le modalità di distribuzione del rischio tra le parti interessate.

In questa prospettiva **il Piano Economico Finanziario asseverato è certamente uno strumento di valutazione della sostenibilità delle proposte di *project financing***, di cui costituisce **uno degli elementi essenziali**, al pari della bozza di convenzione, della specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e l’indicazione dei requisiti del promotore (così come da art. 193 c. 3 e allegato I.7, art. 6 bis).

Su questo punto il Supremo Consesso è molto chiaro nell’evidenziare le peculiarità della concessione rispetto alle altre forme di PPP, sottolineando come **il Legislatore non prevede affatto “un obbligo generalizzato di predisposizione del PEF nelle concessioni, ma ha lasciato spazio alla flessibilità e ad una valutazione discrezionale da parte degli enti concedenti da effettuarsi caso per caso, in funzione delle caratteristiche peculiari della**

gara”.

Sulla **distinzione** tra la **finanza di progetto** e le **concessioni** il Collegio richiama l'interessatissimo precedente della medesima **Sezione V (decisione n. 5196/2025)**, che qui vale la pena approfondire.

Il Supremo Consesso aveva in tale sede rilevato come *“la più recente giurisprudenza, sulla base di una lettura restrittiva delle disposizioni del d.lgs. n. 36 del 2023, ha in qualche modo attribuito al PEF una funzione meramente ‘eventuale’.*

*Secondo tale orientamento, l’art. 182 del d.lgs. n. 36 del 2023 stabilisce che l’affidamento delle concessioni deve avvenire tramite pubblicazione di un apposito bando, specificando al **comma 5**, che il **PEF è una componente meramente ‘eventuale’** (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, n. 982 del 2024, T.A.R. Lombardia, Milano, n. 2132 del 2024).*

(...)

*Secondo l’indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato, la **natura facoltativa del PEF** verrebbe ulteriormente **confermata dall’art. 193 del Codice che, invece, impone espressamente la presentazione di un PEF asseverato solo nell’ambito delle proposte di finanza di progetto.***

Questa disposizione confermerebbe l’interpretazione secondo cui, in alcuni casi, il Legislatore ha inteso essenziale la predisposizione del PEF, dove la complessità e l’entità del progetto richiedono una valutazione più approfondita della sostenibilità economica e finanziaria.

*Secondo questo indirizzo, **il PEF, pur non essendo obbligatorio in ogni concessione, conserva un ruolo centrale quando il bando espressamente lo richieda, ma va modulato secondo le caratteristiche dalla concessione alla quale accede.**”*

Una differenza che dunque emerge dalla stessa lettura comparativa degli articoli 182 (Concessione) e 193 (Finanza di Progetto) del D.Lgs. n. 36/2023: il comma 5 dell’art. 182 stabilisce espressamente - il grassetto è di chi scrive – che: *“**I bandi** e i relativi allegati, ivi compresi, **a seconda dei casi**, lo schema di contratto e il piano economico-finanziario, sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito. I bandi possono anche richiedere che le offerte siano corredate da manifestazioni di interesse dell’istituto finanziatore. “*

In questo senso **la giurisprudenza offre una lettura restrittiva del Codice che, nel contesto delle concessioni, attribuisce una funzione appunto meramente “eventuale” al PEF, imponendone l’obbligatorietà nei soli casi in cui la stessa struttura e complessità dell’operazione lo richiedono, come appunto il project financing o quelle stesse concessioni per i quali le stazioni appaltanti hanno ritenuto nei bandi di imporle la presentazione.**

Ci si chiede dunque come debba procedere la stazione appaltante qualora il bando non preveda l'obbligo di presentare un PEF a corredo dell'offerta di concessione.

In coerenza con l'autorevole orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato, **la stazione appaltante avrebbe ben potuto e dovuto, sia inizialmente in gara sia, ovviamente, in sede di ottemperanza del giudicato, procedere alla valutazione dell'equilibrio dell'offerta presentata dalla cooperativa S.**

Una valutazione che, in assenza di un PEF, deve fondarsi su ogni elemento ritenuto utile dalla stazione appaltante in forza del potere discrezionale da effettuarsi caso per caso, in funzione delle caratteristiche peculiari della gara.

Nella fattispecie che qui rileva, successivamente alla decisione in appello la stazione appaltante aveva acquisito ed esaminato il PEF dell'operatore economico primo classificato (la cooperativa S.), ritenendo che fosse adeguatamente rappresentato il rischio in capo all'aspirante concessionario.

Con questa ulteriore, documentata, attività istruttoria l'amministrazione ha concretamente e legittimamente attuato il comando contenuto nella sentenza, sicché, conclude il Giudice, il ricorso per ottemperanza non può che essere respinto.

4. Conclusioni

Si è visto come la verifica dell'equilibrio economico-finanziario e del trasferimento sul concessionario del rischio operativo - elementi del rapporto concessorio distintivi rispetto all'appalto - debba essere sempre puntualmente condotta dalla stazione appaltante.

Quanto alle modalità con cui effettuare questa verifica, se per la finanza di progetto il PEF è obbligatorio, per le concessioni le stazioni appaltanti conservano invece una certa flessibilità nell'indicare in gara quali documenti ed informazioni debbano essere fornite a corredo delle offerte.

L'amministrazione è dunque chiamata, già in fase di predisposizione della documentazione di gara, a valutare se richiedere ai concorrenti il PEF o altri documenti comunque idonei a comprovare la sostenibilità dell'offerta (si pensi per esempio a proiezioni della domanda attesa, piani di ricavi e dei costi, analisi di sensitività, referenze bancarie, bilanci ecc..), non potendosi certo limitare ad acquisire generiche dichiarazioni di sostenibilità, pena l'illegittimità dell'aggiudicazione.

Definire con rigore già in sede di preparazione del bando di gara quali documenti richiedere - e il PEF può essere uno di questi- consente dunque all'amministrazione un più oggettivo approccio alla valutazione, anche comparativa, della sostenibilità dell'offerta, riducendo eccessivi margini di discrezionalità potenzialmente censurabili dal Giudice Amministrativo.

Publicato il 08/04/2026

N. 02811/2026REG.PROV.COLL.

N. 05536/2025 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 5536 del 2025, integrato da motivi aggiunti, 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, non costituito in giudizio;

Ispettorato Territoriale del Lavoro di Potenza Matera, Ministero del Lavoro e

delle Politiche Sociali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex

lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione Sociale dell'Ambito Territoriale

di Cisternino – Fasano – Ostuni, 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 l'ottemperanza

della sentenza del Consiglio di Stato - Sez. V n. 3633/2025, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Potenza Matera, del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, di La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale e di Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione Sociale dell'Ambito Territoriale di Cisternino – Fasano – Ostuni;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2026 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Tozzi e Tanzarella. Si dà atto che l'avvocato Basile 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 (d'ora in avanti anche solo Raggio di Sole) ha partecipato alla procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dell'asilo nido di Cisternino.
2. All'esito delle operazioni di assegnazione dei punteggi, il vertice della graduatoria era il seguente:
 - società cooperativa La Scintilla Sociale soc. coop (d'ora in avanti anche solo la Scintilla) punti 84,82;
 - Raggio di Sole punti 73,93.
3. Con provvedimento di aggiudicazione n. 294/2024 del 23 aprile 2024 il servizio è stato affidato a La Scintilla.
4. Il provvedimento è stato impugnato da Raggio di Sole dinanzi al TAR Puglia. Il ricorso è stato rigettato con sentenza n. 982/2024 che è stata riformata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 3633/2025.
5. In data 22 maggio 2025, con nota prot. n. 465/is, la ricorrente ha diffidato sia il Consorzio per l'inclusione sociale dell'ATS Fasano – Ostuni – Cisternino che il Comune di Cisternino a dare esecuzione alla sentenza

citata.

6. A fronte dell'inerzia della stazione appaltante Raggio di Sole ha proposto ricorso per l'ottemperanza della sentenza n. 3633/2025, affidato ai

seguenti motivi così rubricati: *1 – Sulla violazione dell'art. 112 CPA –*

Sull'illegittima mancata ottemperanza della sentenza del Consiglio di Stato

n. 3633/2025 da parte del Consorzio e del Comune resistenti”.

7. Si sono costituiti in giudizio La Scintilla e il Consorzio per l’Integrazione e l’Inclusione sociale dell’Ambito Territoriale di Cisternino – Fasano – Ostuni chiedendo il rigetto del ricorso.

8. In data 20 novembre 2025 Raggio di Sole ha proposto ricorso per motivi aggiunti avverso la sopravvenuta determina di aggiudicazione n. 938 del 30 ottobre 2025 disposta in favore della società cooperativa La Scintilla. Il ricorso per motivi aggiunti è affidato alle seguenti censure: “

1 – Sulla

violazione dell'art. 112 CPA – Sull'illegittima mancata ottemperanza della

sentenza del Consiglio di Stato n. 3633/2025 da parte del Consorzio e del

Comune resistenti – Sulla illegittimità della determinazione di

aggiudicazione n. 938 del 30.10.2025”.

9. Alla camera di consiglio del 27 novembre 2025 il Collegio adottava

ordinanza n. 41/2025 recante la seguente motivazione: *“La ricorrente ha*

chiesto l'ottemperanza della sentenza di questa Sezione n. 3633/2025.

2. Con la citata sentenza era stato accolto il ricorso 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 seguente motivazione: "(omissis) 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”.

3. Risulta dagli atti che l'Ente concedente ha deciso di riconfermare l'aggiudicazione in favore di La Scintilla Sociale Società Cooperativa

4. Risulta altresì che è stato esaminato il PEF e che sarebbe adeguatamente rappresentato il rischio che l'operatore economico è

chiamato ad assumere.

5. Ritenuto, ai fini del decidere, di acquisire il PEF e l'analisi che è stata effettuata al fine di disporre di tutti gli elementi necessari per verificare l'attuazione del comando contenuto nella sentenza di cui è chiesta

l'ottemperanza.

6. Al predetto adempimento il Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione Sociale dell'Ambito Territoriale di Cisternino – Fasano – Ostuni dovrà provvedere entro 10 (dieci) giorni dalla notificazione o comunicazione in via

amministrativa della presente ordinanza”.

10. L'ordinanza è stata eseguita con deposito atti avvenuto il giorno 8 gennaio 2026.

11. Alla camera di consiglio del 29 gennaio 2026 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

12. Il ricorso è infondato.

13. Per enucleare il comando contenuto nella sentenza di cui è chiesta

l'ottemperanza è utile riportarne un passaggio: *“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”.

14. Com'è noto, per la delimitazione dell'ambito dell'effetto conformativo del giudicato, occorre avere riguardo alla tipologia e al numero dei motivi accolti e distinguere le sentenze a «effetto vincolante pieno», con le quali l'atto viene annullato per difetto dei presupposti soggettivi o oggettivi o per violazione di termini perentori relativi all'esercizio del potere, da quelle a «effetto vincolante strumentale», con le quali l'annullamento per vizi formali (come quelli procedurali o di mero difetto di motivazione) impone soltanto all'amministrazione di eliminare il vizio dall'atto senza vincolarla in alcun modo nei contenuti. La portata effettiva del giudicato va ricostruita sulla base di una lettura congiunta del dispositivo della sentenza e della parte motiva, che vanno inoltre correlate ai dati oggettivi di identificazione delle domande (

causa petendi? e ? petitum) proposte dalla parte ricorrente,

considerando che il potere residuo dell'amministrazione in sede di

riedizione del potere dopo una pronuncia di annullamento va delimitato con

riferimento al tipo di vizio riscontrato e che, in ogni caso, l'effetto

conformativo si estende all'obbligo di porre in essere una attività successiva

conforme ai canoni di legittimità individuati dalla pronuncia da eseguire (tra

le tante, in senso conforme Consiglio di Stato sez. V, 15 ottobre 2024, n.

8255).

15. La stazione appaltante ha rieditato il potere partendo dal segmento procedimentale del quale era stato riscontrato il vizio: verificare la sostenibilità dell'offerta formulata da La Scintilla. Il Legislatore, con il d.lgs. n. 36/2023, non ha inteso imporre un obbligo generalizzato di predisposizione del PEF nelle concessioni, ma ha lasciato spazio alla flessibilità e ad una valutazione discrezionale da parte degli enti concedenti da effettuarsi caso per caso, in funzione delle caratteristiche peculiari della gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 giugno 2025, n. 5196).

16. Questo comporta che in sede di riedizione del potere la stazione appaltante poteva chiedere ogni elemento utile al fine di valutare il complessivo equilibrio dell'offerta della società La Scintilla, valutazione che, al momento della prima aggiudicazione difettava del tutto.

17. Per le ragioni sopra esposte il ricorso va respinto.

18. Le spese, vista l'esistenza di difficoltà di accertamento della vicenda fattuale controversa, idonea ad incidere sulla esatta conoscibilità a priori delle rispettive ragioni delle parti (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 780, Cass. civ., Sez. Unite, 30 luglio 2008, n. 20598), possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2026 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Maggio, Presidente FF

Alberto Urso, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

