

# **Nell'ambito delle procedure di gara per l'affidamento di concessioni di servizi è obbligatorio depositare il Piano Economico Finanziario (PEF)?**

*di Christian Longo*

*Data di pubblicazione: 25-9-2024*

Nell'affidamento di concessioni, non è sempre necessaria la previa presentazione di un PEF ai fini della valutazione dell'adeguatezza 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.

Publicato il 06/08/2024

**N. 00982/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 00639/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**Lecce - Sezione Seconda**

ha pronunciato la presente

## **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 639 del 2024, proposto da Raggio di Sole Soc. Coop. 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 n. 323;

***contro***

Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione sociale dell'Ambito Territoriale Sociale di Cisternino, Fasano e 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;

Comune di Cisternino e Comune di Ostuni, non costituiti in giudizio;

### ***nei confronti***

La Scintilla Soc. Coop. Soc., 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'annullamento***

- del provvedimento di aggiudicazione n. 294 del 23.4.2024 con cui 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 – CIG A04369221;

- della proposta di aggiudicazione con tutti i verbali di gara;

- della Determina a Contrarre e della *lex specialis* ove interpretabile come illegittimamente fatto nella specie dalla stazione appaltante;

- di tutti gli atti di gara;

- della nota con cui la SA ha chiesto le giustifiche alla controinteressata e della documentazione con cui è stata ritenuta congrua l'offerta presentata dall'aggiudicataria;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;

### ***nonché per la declaratoria***

- del diritto all'aggiudicazione della Raggio di Sole, dell'inefficacia del contratto di servizio eventualmente stipulato ai fini della dichiarazione del diritto al subentro per l'intera durata dell'affidamento, con riserva di agire per il risarcimento del danno;

### ***nonché in via subordinata***

- per l'annullamento dell'intera gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione sociale dell'Ambito Territoriale Sociale di Cisternino, Fasano e Ostuni, nonché di La Scintilla Soc. Coop. Soc.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 luglio 2024 il dott. Paolo Fusaro e uditi per le parti i difensori come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso assistito da istanza cautelare, notificato e depositato in data 23.5.2024, la Raggio di Sole Soc. Coop. Onlus (d'ora in avanti, per brevità, anche solo "Raggio di Sole"), esponendo di aver partecipato alla procedura aperta bandita ai sensi dell'art. 71 del D. Lgs. n. 36/2023 dal Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione sociale dell'Ambito Territoriale Sociale di Cisternino, Fasano e Ostuni (d'ora in avanti, anche solo "Consorzio") avente per oggetto l'affidamento in concessione del servizio di gestione dell'asilo nido comunale di Cisternino, ha impugnato innanzi a questo Tribunale, in uno con gli ulteriori atti meglio indicati in epigrafe, la determinazione n. 294 del 23.4.2024, con cui il predetto Consorzio ha aggiudicato l'affidamento del servizio in favore de La Scintilla Sociale Soc. Coop. soc. (d'ora in avanti, "La Scintilla").

Articolando diversi motivi di doglianza, la ricorrente ha chiesto al Tribunale: a) in via principale, di annullare tutti gli atti impugnati, con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto di servizio, qualora nelle more stipulato dall'Amministrazione; b) in via subordinata, di annullare l'intera procedura di gara.

1.1. Si sono costituiti nel presente giudizio La Scintilla e il Consorzio, rispettivamente con memorie depositate il 4.6.2024 e il 10.6.2024, per resistere al ricorso azionato dalla controparte.

1.2. All'udienza camerale del 12.6.2024, la Raggio di Sole ha rinunciato alla domanda cautelare avanzata in sede di ricorso.

1.3. Depositata dalle parti ulteriori documenti e memorie ai sensi dell'art. 73 c.p.a., all'esito dell'udienza pubblica del 25.7.2024 la causa è stata infine trattenuta in decisione.

2. Il ricorso in esame è infondato e, pertanto, non può trovare accoglimento alla luce delle argomentazioni che seguono.

3. Con il primo ordine di censure (*"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"*), la ricorrente si duole, in sintesi, della mancata esclusione dell'aggiudicataria, evidenziando, in particolare: che, secondo quanto si ricava dal combinato disposto degli artt. 182, comma 5, 185, comma 5, 186, commi 3 e 5, 190, comma 4, e 192, comma 4, del D.lgs. 36/2023, i concorrenti che

intendono partecipare a una procedura di gara in concessione sono sempre tenuti a presentare un Piano Economico Finanziario (“PEF”) asseverato da un professionista abilitato; che per converso La Scintilla, nel corso della gara di cui si discute, non ha prodotto alcun PEF, limitandosi ad allegare la propria offerta economica; che tale omissione avrebbe dovuto comportare l'immediata esclusione dell'aggiudicataria, pur in assenza di un'espressa clausola escludente in tal senso all'interno della *lex specialis* della procedura, posta la necessaria eterointegrazione di quest'ultima ad opera delle disposizioni normative sopra richiamate; che detta carenza documentale non sarebbe, peraltro, passibile di soccorso istruttorio, essendo *“impossibile conseguire un'asseverazione retrodatata ad un momento antecedente allo spirare del termine per la formulazione dell'offerta”*.

Sulla medesima questione (*“In via subordinata – Sull'illegittimità della lex specialis – Sull'annullamento dell'intera gara”*) la parte ha altresì dedotto, in via gradata, che, a voler diversamente ritenere, la *lex specialis* di gara sarebbe da considerarsi illegittima per contrasto con le norme di cui agli artt. 176 e seguenti del D. Lgs. n. 36/2023, con i conseguenti precipitati caducanti sull'intera procedura espletata.

3.1. Le doglianze richiamate non sono condivisibili.

3.2. Occorre anzitutto muovere dalla considerazione che 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.

3.3. Secondo la ricostruzione propugnata dalla parte ricorrente, l'obbligo di predisposizione di un PEF discenderebbe, tuttavia, *ex se* dalla portata precettiva delle previsioni normative di cui agli artt. 182, comma 5, 185, comma 5, 186, commi 3 e 5, 190, comma 4, e 192, comma 4, del D.lgs. 36/2023, eterointegranti in tal senso la *lex specialis* di gara.

Tale conclusione ermeneutica non appare, però, coerente con il dato letterale delle disposizioni normative citate.

Sebbene, infatti, il PEF venga in effetti espressamente richiamato da tutte le norme richiamate dalla ricorrente, la prima di queste, ossia 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 però 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”*.

Ne discende che tutte le successive norme sopra indicate, 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.

Del resto, 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.

3.4. 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'adeguatezza 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).

3.5. Ne discende pertanto che, con riferimento al caso di specie, La Scintilla non poteva essere in alcun modo esclusa dalla competizione di gara per il sol fatto di aver omesso di allegare alla propria offerta un piano economico-finanziario asseverato, posto che la presentazione di tale documento, non obbligatoria *ex lege*, non era neppure imposta dalla *lex specialis* regolante la procedura *de qua*.

3.6. Per le medesime ragioni, non può parimenti essere accolta la pretesa annullatoria del bando concessorio, azionata dalla ricorrente in via subordinata, per non aver la disciplina normativa di gara richiesto la presentazione di un piano economico a supporto dell'offerta formulata dai concorrenti, dovendosi in questa sede aderire alla tesi ermeneutica, già sopra richiamata, secondo cui “*la previsione del PEF nell'affidamento delle concessioni non costituisce un adempimento imperativo idoneo ad etero-integrare la legge di gara laddove essa non lo preveda*” (cfr. sempre T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. I, n. 2132/2024).

4. Con il secondo motivo di ricorso (“*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*”), la Raggio di Sole lamenta, ancora, la doverosa esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura *de qua*, atteso che la stessa avrebbe depositato una garanzia fideiussoria provvisoria di importo inferiore rispetto a quello richiesto dalla disciplina di gara, avendo in particolare la Società indebitamente ridotto in misura pari al 70% la somma dovuta a garanzia del valore complessivo del servizio in assenza dei presupposti normativamente richiesti, con conseguente violazione del combinato disposto di cui all'art. 106, comma 8, del D. Lgs. n. 36/2023 e all'art. 9 del Disciplinare di gara.

4.1. Anche tale doglianza non merita accoglimento.

Pur invero riscontrandosi, in relazione al tema in questione, la sussistenza di opposte posizioni interpretative, questo Tribunale ritiene tuttavia di aderire, condividendone le varie

argomentazioni a supposto, a quel diverso orientamento seguito dalla giurisprudenza amministrativa, anche in tempi recenti, secondo cui 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 (in senso simile, cfr. T.A.R. Campania, Sez. I, n. 1429/2024, che richiama anche Cons. Stato, Sez. V, nn. 10274/2022 e 3166/2021; sul punto si veda anche T.A.R. Calabria, Sez. I, nn. 627/2024 e 252/2024, che, a sua volta, evoca il precedente di T.A.R. Sicilia, Catania, n. 2584/2023; con riguardo alle disposizioni del precedente Codice, cfr. altresì Cons. Stato, Sez. V, n. 3249/2019; Id., Sez. III, n. 3635/2018; Id., Sez. V, nn. 685/2018 e n. 4764/2015).

Partendo da tale impostazione ricostruttiva, è allora di tutta evidenza che, anche qualora si accertasse in questa sede - in linea con le prospettazioni di ricorso - che l'importo indicato nella garanzia fideiussoria prodotta da La Scintilla (pari a € 10.113,90) fosse effettivamente divergente, peraltro in termini assai limitati, rispetto a quello effettivamente preteso dall'art. 9 del Disciplina di gara (pari a € 12.642,37, secondo il conteggio di parte ricorrente), tale circostanza condurrebbe comunque a un sostanziale rigetto della censura attorea in esame, non potendo tale scostamento di importi implicare, in ogni caso, l'automatica esclusione dell'aggiudicataria dalla competizione di gara in questione.

Con conseguente rigetto *in parte qua* del ricorso.

5. Con l'ultimo ordine di censure articolato ("*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*"), la ricorrente si duole, infine, dell'illegittimità dell'aggiudicazione disposta dall'Amministrazione, non avendo quest'ultima rilevato l'insostenibilità dell'offerta avanzata da La Scintilla.

Secondo prospettazione attorea, in particolare, tale insostenibilità discenderebbe dall'errata valutazione dei costi connessi alle migliori proposte dall'aggiudicataria senza alcun onere per l'utenza e, più precisamente, dalle spese relative al personale necessario per garantire n. 800 ore di servizio aggiuntive nonché per l'attivazione dei diversi laboratori proposti, da quantificarsi in un importo non inferiore ad € 43.520,00 (per le sole ore aggiuntive proposte) a fronte di una spesa stimata dalla proponente pari a soli € 20.000,00.

5.1. Anche la censura in esame va rigettata.

Si rammenta invero che, per consolidata giurisprudenza amministrativa, il sindacato giurisdizionale avente per oggetto il giudizio svolto dall'Amministrazione con riguardo all'eventuale anomalia o incongruità di una determinata offerta formulata da una partecipante ad una gara pubblica, in quanto afferente a una valutazione di tipo tecnico-discrezionale, deve essere limitato alle sole ipotesi in cui detta valutazione sia inficiata da macroscopiche illegittimità, quali gravi errori di valutazione o di fatto, tali da rendere palese, da un punto di vista globale e sintetico, la complessiva inattendibilità dell'offerta formulata dall'operatore economico (in senso analogo, di recente, si veda Cons. Stato, Sez. V, nn. 4559/2023, 3085/2023 e 2170/2023).

Orbene, con riguardo all'odierna fattispecie di giudizio, il Tribunale rileva che nessuna manifesta erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'Amministrazione può essere ravvisata con riguardo all'offerta avanzata da La Scintilla, non essendo invero le prospettazioni attoree idonee a sostenere, e dunque sufficienti a dimostrare, la complessiva insostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria.

Si osserva, infatti, che i presunti superiori costi (€ 43.520) che La Scintilla sarebbe tenuta a sostenere per le n. 800 ore integrative di servizio offerto si fondano essenzialmente su conteggi effettuati dalla ricorrente postulando a monte, in via del tutto presuntiva, la necessaria presenza di un determinato numero minimo di lavoratori (in particolare, almeno due educatori e un soggetto ausiliario; cfr. ricorso, p. 16).

Tuttavia, una simile necessitata organizzazione di tale servizio suppletivo ad opera dell'aggiudicataria non risulta ricavarsi da alcun elemento obiettivo e concreto, nulla pertanto escludendo l'impiego di un minor personale per la prestazione del suddetto servizio e nulla, in definitiva, deponendo per l'assoluta incongruità degli importi complessivamente ipotizzati da La Scintilla (€ 20.000) al fine di coprire tutti i costi delle migliorie avanzate.

Le suddette considerazioni, che possono essere estese anche con riferimento agli eventuali costi da correlare allo svolgimento dei vari laboratori proposti dall'odierna controinteressata, risulta peraltro confermata alla luce della presenza dell'utile stimato dalla Società per lo svolgimento del servizio in affidamento, che, seppur di importo relativamente esiguo (€ 13.000), implica comunque la sussistenza di un ulteriore margine economico in grado di confermare, in termini appunto globali e sintetici, la concreta sostenibilità dell'offerta in questione.

6. Alla luce di tutto quanto precede, il ricorso azionato dalla Raggio di Sole deve essere integralmente rigettato.

7. In ragione delle peculiarità che connotano la vicenda in esame, si ravvisano eccezionali motivi per compensare integralmente le spese di giudizio tra tutte le parti costituite, nulla dovendosi invece disporre sul punto con riguardo alle ulteriori Amministrazioni intimiate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Lecce, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa integralmente le spese di lite tra le parti costituite.

Nulla sulle spese delle restanti parti.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 25 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Manca, Presidente

Nino Dello Preite, Primo Referendario

Paolo Fusaro, Referendario, Estensore

## Guida alla lettura

Il Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione sociale dell'Ambito Territoriale Sociale di Cisternino, Fasano e Ostuni (d'ora in avanti, anche solo "Consorzio") ha indetto una procedura aperta bandita ai sensi dell'art. 71 del D. Lgs. n. 36/2023 avente per oggetto l'affidamento in concessione del servizio di gestione dell'asilo nido comunale di Cisternino. Un Operatore economico ha poi impugnato innanzi al TAR la determinazione con cui il predetto Consorzio ha aggiudicato l'affidamento del servizio in favore di altro Operatore economico.

Tra i motivi di doglianza proposti dal ricorrente, risulta interessante focalizzare l'attenzione sul tema – più volte dibattuto in giurisprudenza – della **necessità (o meno) di depositare, per l'affidamento di concessioni, il Piano Economico Finanziario da parte degli Operatori economici**, al fine di permettere alla Stazione appaltante di verificarne l'adeguatezza anche in merito all'offerta economica presentata.

Volgendo lo sguardo alla disciplina di cui al D.Lgs. n. 36/2023, occorre necessariamente leggere le disposizioni in tema di concessioni, di cui al Libro IV, Parte II, Titolo II del medesimo D.Lgs., che definisce l'aggiudicazione delle concessioni principi generali e garanzie procedurali. Ancora più nel dettaglio, occorre soffermarsi sull'**art. 182, rubricato "Bando"**, che al **comma 5**, prescrive quanto segue: *"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. Tali avvisi contengono le informazioni di cui all'allegato VI alla direttiva 2014/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014"*.

Già dalla lettura del citato articolo, si nota come il legislatore abbia previsto la possibilità (a seconda dei casi) per le S.A., nell'ambito della propria discrezionalità, di approvare "lo schema di contratto e il piano economico-finanziario", tra i relativi allegati del bando.

In tal senso, viene spontaneo effettuare un confronto con quanto accade per le procedure di aggiudicazione degli appalti (in proposito, si badi bene che, a differenza del D.Lgs. n. 50/2016, l'attuale Codice dei Contratti pubblici prevede espressamente un Libro dedicato al PPP e alle concessioni, rimarcando – quindi – quella autonomia e auto-conclusività che la Direttiva europea n. 23/2014 ha sempre garantito agli stessi).

Ai sensi dell'art. 82, del D.Lgs. n. 36/2023, di cui al Titolo I, Parte V, del Libro II, dedicato agli appalti, "Costituiscono **documenti di gara**, in particolare:

a) il bando, l'avviso di gara o la lettera d'invito;

b) il disciplinare di gara;

c) il capitolato speciale;

d) le condizioni contrattuali proposte".

Ora, per analogia, l'art. 182 del D.Lgs. n. 36/2023, dedicato – appunto – alle concessioni, attribuisce risalto al bando (che deve avere le informazioni indicate nell'allegato IV.1 al Codice) e ad altri allegati – non ben definiti – tra cui lo schema di contratto e il Piano economico-finanziario, se previsti. In tal senso, soccorre anche la **Relazione al Codice dei contratti pubblici**, elaborata dal Consiglio di Stato, che, con riferimento al comma 5 dell'art. 182, prevede quanto segue: "**la lex specialis e i relativi allegati, ivi compresi 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. Ciò in piena coerenza col criterio ff) della legge di delega**".

Degradando l'analisi della norma alla lettura del comma 4, unitamente a quanto anche riportato nella Relazione al Codice, risulterebbe che **la Stazione appaltante, in sede di adozione della decisione di contrarre, può decidere di prevedere o meno tra gli "allegati" al bando (lex specialis), anche lo schema di contratto e il piano economico e finanziario, ritenendo quindi non obbligatoria la relativa approvazione.**

Nel ricorso proposto, l'Operatore economico richiama il citato art. 182, comma 5 del D.Lgs. n. 36/2023, abbinando la lettura con gli articoli 185, comma 5; 186, commi 3 e 5; 190, comma 4, e 192, comma 4, del D.lgs. 36/2023, ritenendo – quindi – che i concorrenti debbano sempre necessariamente presentare un Piano Economico Finanziario "PEF", asseverato da un professionista abilitato.

Venendo alla lettura delle norme richiamate dal ricorrente – al di là del più volte citato art. 182, comma 5 del Codice – occorre verificarne la relativa collocazione. Il comma 5 dell'art. 185 del Codice prevede espressamente che, la Commissione aggiudicatrice, prima dell'assegnazione del punteggio all'offerta economica, verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano Economico-finanziario. I commi 3 e 5 dell'art. 186 del D.Lgs. richiamano il P.E.F. e gli articoli 190 e 192, commi 4 del Codice, con riferimento alla risoluzione e al recesso, prevedono la possibilità di riconoscere un indennizzo al concessionario sulla base degli utili previsti dal piano economico-finanziario.

In tal senso, il ricorrente ritiene che le norme, per come strutturate, devono essere considerate eterointegranti la *lex specialis* di gara.

Con riferimento all'istituto della eterointegrazione, a parere dello scrivente, occorre verificare come si è espressa la Giurisprudenza in materia.

Il Giudice ritiene che **l'eterointegrazione della *lex specialis* è da limitarsi alle ipotesi in cui si individuino una vera e propria "lacuna" nella disciplina di gara**, la quale abbia **omesso di prevedere elementi considerati come obbligatori dall'ordinamento giuridico** (Cons. Stato, Sez. V, sent. del 6 ottobre 2022). Opera, quindi, in presenza di una (obiettiva) "lacuna" delle regole di gara, ovvero nel caso in cui la stazione appaltante abbia omesso di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come necessari ed obbligatori dall'ordinamento giuridico nel suo complesso, sicché il bando, nella sua portata precettiva di *lex specialis* della procedura, debba essere integrato, in via suppletiva, da una vincolante (e non derogabile) previsione della *lex generalis* (Consiglio di Stato, sez. V, 21.08.2023 n. 7870).

Anche tenendo conto di questi percorsi giurisprudenziali, occorre **rileggere attentamente l'art. 182, comma 5 del D.Lgs. n. 36/2023, per comprendere se la mancata previsione del PEF tra gli allegati del bando, possa essere considerata quale "lacuna" della disciplina di gara, superabile attraverso l'applicazione dell'istituto dell'eterointegrazione.**

A tale questione, ha fornito una ampia risposta la II Sezione del TAR – Lecce, che, a parere dello scrivente, affronta due aspetti.

**Il primo aspetto, riferito alla eterointegrazione della *lex specialis* con gli articoli 185, comma 5; 186, commi 3 e 5; 190, comma 4, e 192, comma 4, del D.lgs. 36/2023:** *"Sebbene, infatti, il PEF venga in effetti espressamente richiamato da tutte le norme richiamate dalla ricorrente, la prima di queste, ossia 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 però 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".*

*Ne discende che tutte le successive norme sopra indicate, 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".*

Il secondo aspetto riferito alla "lacuna" nella disciplina di gara, che ha omesso di prevedere elementi considerati come obbligatori dall'ordinamento giuridico: **"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".**

A seguito della pubblicazione della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 982/2024, l'O.e. ha promosso ricorso in appello, presentando, altresì, la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza del Tribunale amministrativo regionale di reiezione del ricorso di primo grado.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha respinto la domanda cautelare, ritenendo che le argomentazioni dell'appellante non siano idonee a supportare la domanda cautelare in quanto il pregiudizio grave e irreparabile non appare sussistente anche in ragione della natura stessa della procedura.