



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 in appello iscritto al numero di registro generale 2422 del 2021, proposto da

Ministero della giustizia, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, è domiciliato;

contro

SAEP s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Biagio Giliberti, Guido Reggiani, Luciano Bonito Oliva e Giovanni Crisostomo Sciacca, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via di Porta Pinciana n. 6;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, Sezione Prima, n. 704/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di SAEP s.p.a., che ha spiegato appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1° luglio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d. l. n. 28 del 30 aprile 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 70 del 25 giugno, richiamato dall'art. 25 d. l. n. 137 del 28 ottobre 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 176 del 18 dicembre 2020, come modificato prima dall'art. 1, co. 17, del d.l. n. 183 del 31 dicembre 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 21 del 26 febbraio 2021 e poi dall'art. 6, comma 1, lett. e) d.l. n. 44 del 1° aprile 2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 76 del 28 maggio 2021, il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Sciacca e Giliberti, nonché l'avvocato dello Stato Santini, i quali hanno dichiarato di non avere interesse alla pubblicazione del dispositivo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 74 del 29 giugno 2020 il Provveditorato regionale per la Sardegna del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria poneva a gara la conclusione di un accordo-quadro per l'affidamento del servizio per il Vitto dei detenuti ed internati ristretti negli Istituti penitenziari per adulti della Regione, da svolgersi mediante l'approvvigionamento e fornitura di derrate alimentari necessarie al confezionamento di pasti giornalieri completi (colazione, pranzo e cena), con assicurazione, se non gestito direttamente dalla Direzione dell'Istituto, del servizio di vendita di generi extra-vitto (c.d. Sopravvitto), da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (suddiviso in tre lotti).

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Sardegna SAEP s.p.a. impugnava la *lex specialis* di gara, sul presupposto che la stessa non consentisse la formulazione di un'offerta ponderata e competitiva in ragione di una pluralità di profili di illegittimità che avrebbero impresso carattere escludente alle previsioni del bando impuginate.

Segnatamente, l'argomento centrale del gravame atteneva al rilievo che la legge di gara avrebbe lasciato indeterminata l'eventualità che si potesse o meno fornire il sopravvitto in conseguenza dell'aggiudicazione dell'affidamento del servizio di vitto, privando in tal modo l'operatore economico degli elementi essenziali per tarare l'offerta da praticare sul vitto; più nello specifico, la ricorrente deduceva che

la disciplina di gara sarebbe stata carente di un piano economico-finanziario che tenesse unitariamente conto di vitto e sopravvitto, non essendo stato considerato quest'ultimo nella strutturazione della base d'asta, né ai fini della presentazione dell'offerta tecnica ed economica, nonostante l'obbligo per l'aggiudicatario di assicurare il sopravvitto, a fronte della successiva discrezionale facoltà di scelta delle singole Direzioni carcerarie di attivarlo ovvero

sospenderlo. Tale scelta, tra l'altro, avrebbe contraddetto la giurisprudenza amministrativa formatasi sul bando del 2017, configurando il sopravvitto come un elemento generico, indeterminato ed indeterminabile, espunto dalle dinamiche di gara a tutti i livelli, nonostante il suo valore fosse pari se non spesso superiore a quello del vitto.

A conforto delle proprie tesi la ricorrente produceva un'articolata perizia, in base alla quale, in assenza di una indicazione dei costi reali del sopravvitto e stante la prevista facoltà di

attivazione e disattivazione discrezionale ad opera dell'amministrazione, *“l'obbligo assunto dall'operatore economico di fornire il sopravvitto sia in grado di esporre concretamente lo stesso al pericolo effettivo di un generale default dell'offerta, al di là del rischio tipico e plausibile di oscillazione della domanda”*.

Veniva contestata inoltre l'asserita genericità della clausola del disciplinare di gara che prevedeva, tra i criteri attributivi dei punteggi, la valutazione di un progetto volto alla valutazione di soluzioni tecnico-gestionali e di taluni elementi organizzativi finalizzati al rafforzamento del controllo in fase di esecuzione e potenziamento della verifica di conformità, valevole sino a venti su settanta punti previsti per l'offerta tecnica; infine si denunciava l'irragionevole incertezza legata al fatto che le offerte avrebbero dovuto esser formulate e presentate entro un termine che cadeva a ridosso dell'entrata in vigore dei nuovi criteri ambientali minimi introdotti con decreto del Ministro dell'ambiente 10 marzo 2020.

3. L'adito Tribunale, nella resistenza del Ministero della giustizia, con la sentenza segnata in epigrafe ha accolto il ricorso, ritenendo che le scelte poste a base del disegno della (nuova) *lex specialis* di gara fossero abnormi e irragionevoli, al punto da ostacolare l'elaborazione di un calcolo di convenienza economica affidabile ai fini di una consapevole e seria partecipazione alla procedura pubblica.

4. Avverso tale decisione il Ministero della giustizia ha interposto appello, chiedendone la riforma per i seguenti motivi:

1) *Violazione dell'art 35, comma 1 lett b) c.p.a.. Sulla inammissibilità del ricorso proposto da SAEP per difetto di legittimazione.*

2) *Violazione dell'art 35, comma 1 lett b). Sulla inammissibilità del ricorso proposto da SAEP per difetto di interesse.*

3) *Violazione e falsa applicazione dell'art 9 della legge 354/1975 – Violazione a falsa applicazione dell'art 13 del D.P.R.230/2000 – Violazione e falsa applicazione dell'art 30, 35, 54, 95 del D.lgs. 50/2016 – Violazione e falsa applicazione degli artt. 2.1, 2.2, 2.5M, 4, 5, 8 del Capitolato prestazionale - Sull'insussistenza di una situazione di impossibilità di presentare un'offerta economica seria, consapevole e ponderata – Erronea interpretazione della legge di gara – Travisamento dei fatti – Insussistenza dell'eccesso di potere, difetto di istruttoria e sviamento di potere.*

4) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 95, 165 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art 9 l. n. 354/1975 – Violazione e falsa applicazione dell'art 4.2 del Capitolato prestazionale – Erronea qualificazione del “sopravvitto” in termini di concessione di servizi invece che servizio opzionale, accessorio previsto nell'Accordo Quadro – Insussistenza di una situazione di rischio operativo in capo all'operatore economico.*

5. Costituitasi in giudizio, SAEP s.p.a. ha dedotto infondatezza dell'appello, di cui ha chiesto il rigetto, spiegando inoltre appello incidentale “condizionato”, con il quale ha riprosto le censure disattese nel precedente grado di giudizio.

6. Nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti hanno illustrato con apposite memorie le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 1° luglio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. Con il primo motivo di appello la sentenza impugnata viene censurata per aver ritenuto sussistente la legittimazione ad agire di SAEP s.p.a., nonostante la stessa non avesse partecipato alla gara e dovesse considerarsi priva di legittimazione processuale, con conseguente inammissibilità del ricorso a norma dell'art 35, comma primo, lett. b), Cod. proc. amm.

Il motivo non è fondato.

7.1. Come rilevato in precedenza, le censure mosse con il ricorso principale attengono alla ritenuta impossibilità di presentare un'offerta consapevole e seria per un qualsiasi operatore economico, stante l'incertezza relativa alla prestazione "opzionale" del sopravvitto dovuta alla formulazione delle disposizioni impugnate della legge speciale di gara.

A prescindere dalla fondatezza o meno delle predette censure, va ricordato come la giurisprudenza abbia progressivamente esteso le fattispecie derogatorie del principio di non impugnabilità diretta del bando di gara, giungendo a tipizzare la categoria delle cd. clausole escludenti, ossia di quelle previsioni della *lex specialis* che, incidendo in via immediata e diretta sulla possibilità dell'operatore economico di partecipare alla procedura, concretizzano una lesione di per sé già attuale senza bisogno di ulteriori atti applicativi e lo onerano dell'immediata impugnativa entro il termine decadenziale.

7.2. In particolare, come bene ha ricordato il primo giudice, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio n. 4 del 26 aprile 2018 ha ribadito la riconducibilità in tale ambito di quelle *"regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001)"*, nonché delle *"disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980)"* e le *"condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293)"*.

In tali categorie si iscrivevano le clausole oggetto delle censure dedotte da SAEP s.p.a., sì che quest'ultima era ed è da ritenersi legittimata alla proposizione del ricorso.

8. Per le stesse ragioni va poi esclusa la fondatezza del secondo motivo di gravame, con il quale si contesta la sussistenza, in capo alla ricorrente, di un effettivo interesse al ricorso, attesa la ritenuta natura non escludente delle clausole della *lex specialis* impugnate.

9. Possono quindi essere esaminati congiuntamente, in quanto strettamente connessi, il terzo ed il quarto motivo di appello, relativi alla possibilità o meno, per l'operatore

economico, di formulare un'offerta consapevole e ponderata alla luce delle disposizioni della *lex specialis* di gara.

Le censure ivi dedotte non possono trovare accoglimento, alla stregua delle ragioni appresso indicate.

9.1. In linea preliminare occorre rammentare che la *lex specialis* della gara ha la funzione di individuare il puntuale contenuto delle prestazioni oggetto del contratto da stipulare (indipendentemente dal *nomen juris* utilizzato dall'amministrazione appaltante) ed è perciò destinata ad orientare in termini di congruità la formulazione della proposta negoziale ad opera degli operatori economici interessati (Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2020, n. 5029).

Nell'elaborazione giurisprudenziale ormai consolidata vengono infatti annoverate tra le clausole c.d. escludenti anche quelle che rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara e sono considerati illegittimi ed immediatamente impugnabili i bandi carenti nell'indicazione dei dati essenziali per la formulazione dell'offerta.

Ciò non implica che l'amministrazione, nella predisposizione della *lex specialis* di una gara, debba farsi carico o tener conto della convenienza economica alla partecipazione alla gara stessa da parte degli operatori economici interessati, dovendo piuttosto ritenersi che la discrezionalità esercitata dall'amministrazione deve essere ispirata alla piena attuazione dei principi di buon andamento ed imparzialità (*ex art. 97 Cost.*), oltre che di quelli di economicità, efficacia, proporzionalità e trasparenza (*ex art. 4 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*), principi cui non può considerarsi estranea la figura ed il ruolo degli operatori economici, nell'ambito dei quali ricade la scelta dell'aggiudicatario, tenuto poi attraverso le prestazioni pattuite a rendere possibile il perseguimento dell'interesse pubblico individuato dall'amministrazione appaltante.

Deve poi ricordarsi il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui ai fini dell'interpretazione della *lex specialis* trovano applicazione le norme in materia di contratti, *in primis* il criterio letterale e quello sistematico, *ex artt. 1362 e 1363 c.c.* (tra le più recenti, Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 298; V, 8 aprile 2021, n. 2844; III, 15 febbraio 2021, n. 1322; III, 24 novembre 2020, n. 7345), con la precisazione che, sebbene tali principi si trovano generalmente enunciati per sottolineare l'effetto di autovincolo delle clausole del bando nei confronti dell'amministrazione che le ha

poste, gli stessi ben possono essere richiamati anche per la ricostruzione dell'effettivo contenuto delle clausole della *lex specialis* (e la finalità di quest'ultima) al fine di far emergere gli elementi di cui l'operatore economico concorrente deve tener conto per la formulazione della propria offerta.

9.2. Ciò posto, passando all'esame dei punti salienti della *lex specialis*, si rileva quanto segue.

9.2.1. Il bando di gara indicava l'oggetto dell'appalto quale *“Gara per la conclusione di un Accordo quadro per l'affidamento del servizio per il vitto dei detenuti e internati e per il sopravvitto, se non gestito in forma diretta”*.

Nella breve descrizione dell'appalto era precisato che *“Oggetto principale dell'appalto è il servizio per il vitto dei detenuti e internati da svolgersi mediante l'approvvigionamento e la fornitura, previa programmazione, delle derrate alimentari necessarie al confezionamento dei pasti giornalieri completi (colazione, pranzo e cena) dei ristretti, tenuto conto dei criteri ambientali minimi (CAM) di cui al Decreto del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare del 10 marzo 2020. L'Appaltatore è tenuto, altresì, ad assicurare, se non gestito direttamente Direzione dell'Istituto penitenziario, il servizio per il sopravvitto di cui all'art. 9, comma 7 dell'Ordinamento penitenziario”*.

9.2.2. Il disciplinare di gara (punto 3) puntualizzava che *“Oggetto principale dell'appalto è il Servizio per il Vitto dei detenuti e internati da svolgersi mediante l'approvvigionamento e la fornitura, previa programmazione, delle derrate alimentari necessarie – nel rispetto dei principi stabiliti dall'art. 9 dell'Ordinamento penitenziario – al confezionamento dei pasti giornalieri completi (colazione, pranzo e cena), tenuto conto dei criteri ambientali minimi (CAM). Le quantità e la qualità del Vitto giornaliero sono quelle riportate nelle Tabelle da ultimo approvate con decreto del Ministro della Giustizia 9 maggio 2017, allegate al Capitolato prestazionale. L'Appaltatore è tenuto ad assicurare, altresì, se non gestito direttamente dalla Direzione dell'Istituto, il Servizio per il Sopravvitto di cui all'art. 9, comma 7 dell'Ordinamento penitenziario. Ai fini del presente affidamento, il Servizio per il Sopravvitto costituisce, pertanto, un servizio la cui attivazione è opzionale (anche limitatamente ad una o più sedi di Istituto del singolo Lotto) e non obbligatoria per l'Amministrazione contraente in ragione di una possibile gestione*

diretta da parte di singole Direzioni, come espressamente previsto dal citato art. 9, comma 7 dell'Ordinamento penitenziario”.

Quanto al valore dell'appalto (suddiviso in lotti) era precisato che “L'importo totale stimato dell'appalto (come da punto II.1.5 del Bando di gara) ammonta a euro 16.268.341,00, IVA esclusa...”, importo “...calcolato sul servizio principale e obbligatorio del vitto detenuti, tenuto conto della presenza media dei ristretti nell'ultimo anno, moltiplicata per il prezzo posto base d'asta, sommati gli oneri da interferenza complessivi non soggetti a ribasso” e “...comprensivo, altresì, tenuto conto di quanto stabilito dall'art. 35 del Codice dei contratti, dell'anno previsto quale opzione di prosecuzione, per un ulteriore anno, dell'Accordo quadro al termine del primo biennio, nonché dell'eventuale periodo di proroga tecnica (art. 106, comma 11 del Codice) per il tempo strettamente necessario a consentire l'affidamento ad un nuovo fornitore (in questa fase, stimato in mesi sei)”, aggiungendo che “il predetto importo è dato dalla somma del valore dei singoli lotti (anch'esso comprensivo dell'anno previsto quale opzione e dei sei mesi di proroga) di seguito riportato”.

9.2.3. Il capitolato prestazionale precisava ancora che s'intendeva per: “h) *Vitto*: l'insieme dei pasti somministrati giornalmente ai ristretti negli Istituti penitenziari sulla base di un menù settimanale e i cui oneri sono posti a carico dell'Amministrazione penitenziaria ai sensi dell'art. 9 dell'Ordinamento penitenziario”; “i) *Sopravvitto*: l'insieme dei generi alimentari e di conforto (extra-vitto) acquistabili dai ristretti con fondi personali (c.d. peculio), previa autorizzazione della Direzione dell'Istituto penitenziario e nei limiti di genere e di spesa (settimanali e mensili) fissati dall'Amministrazione penitenziaria”; “n) *servizio per il vitto*: il servizio di approvvigionamento e fornitura delle derrate alimentari necessarie al confezionamento quotidiano dei pasti in favore dei detenuti e internati in base al menù stagionale, tenuto conto della vigente normativa, della regolazione amministrativa, di quanto stabilito nel presente Capitolato e nella complessiva *lex specialis* di gara”; “m) *per servizio di sopravvitto*: il servizio di gestione dello spaccio interno per la vendita – previo approvvigionamento – di generi alimentari e di conforto (extra-vitto) dei quali è consentito, ai ristretti, l'acquisto con propri fondi (peculio), previa autorizzazione della Direzione

dell'Istituto penitenziario, nei limiti previsti dalla normativa vigente e dalla regolazione amministrativa dettata in materia”.

Inoltre, ribadito (punto 1.2.) l'oggetto dell'appalto, conformemente alle già definizioni del bando e del disciplinare di gara, puntualizzava:

a) quanto alla durata e al valore dell'accordo-quadro (punto 2.1) che *“l'aggiudicazione del presente appalto individuerà l'unico operatore economico (Fornitore del Servizio), per singolo Lotto, con cui l'Amministrazione contraente procederà alla sottoscrizione di un Accordo quadro (art. 54 del Codice dei contratti) della durata di anni due, con opzione di prosecuzione per un ulteriore anno (2+1). In corso di vigenza dell'Accordo quadro, l'Amministrazione contraente provvederà a stipulare, per tutta la durata dell'Accordo quadro, un Contratto specifico per singolo Lotto, senza ulteriore rilancio, alle condizioni, pattuizioni e prezzi fissati nell'Accordo stesso. Il Servizio per il Vitto costituisce oggetto principale e imprescindibile del Contratto specifico; il Servizio per il Sopravvitto costituisce servizio opzionale che può aggiungersi – ad insindacabile giudizio dell'Amministrazione contraente - al servizio principale. Una volta attivato, in corso di vigenza dell'Accordo quadro, il Servizio per il Sopravvitto avrà la medesima scadenza del servizio principale (Vitto)...”*;

b) quanto al Servizio per il Vitto (punto 3.1) che *“Il Servizio per il Vitto deve garantire la quotidiana fornitura delle derrate alimentari necessarie al confezionamento – ad opera di detenuti lavoranti alle dipendenze dell'Amministrazione – dei pasti giornalieri completi (colazione, pranzo e cena) in favore dei ristretti, in conformità alle tipologie e quantità settimanali previste nelle Tabelle applicative dei menù, nonché nel rispetto delle altre condizioni meglio specificate nel presente Capitolato e di quanto, in termini di migliorie, offerto in gara dall'Impresa aggiudicataria...”*;

c) quanto al Servizio per il Sopravvitto, tra l'altro, che:

c1) (punto 4.1.) *“Il Servizio per il Sopravvitto costituisce un servizio la cui attivazione è opzionale e non obbligatoria per l'Amministrazione contraente che può, per quanto previsto dalla normativa vigente, riservarne la gestione in via diretta alle singole Direzioni degli Istituti”*, con l'ulteriore precisazione che l'attivazione del Servizio di sopravvitto poteva riguardare anche solo alcune sedi del singolo lotto e che la prosecuzione del Servizio di Sopravvitto non era automatico

anche in caso di prosecuzione dell'accordo-quadro ed ancora che l'amministrazione poteva "...sospendere il Servizio per il Sopravvitto per motivi di ordine e sicurezza nonché per la tutela di superiori interessi primari della collettività penitenziaria (es., per motivi sanitari, di salute, ecc.)" e che "La vendita non è libera, ma previamente autorizzata dalla Direzione stessa, secondo limiti di spesa settimanali e mensili periodicamente aggiornati all'Amministrazione Penitenziaria. Il pagamento è effettuato, mensilmente, dalla Direzione dell'Istituto con i fondi (peculio) appartenenti ai detenuti richiedenti, previa acquisizione della pertinente documentazione contabile e fiscale. Trattandosi di un servizio in favore di soggetti che sono privati della libertà personale, l'Amministrazione contempera le diverse esigenze: quella, delle persone ristrette, ad acquistare generi che possano rendere più dignitosa la detenzione e quella di gestione dell'ordine e della sicurezza all'interno dell'Istituto (intesa, anche, come sicurezza, in generale, della comunità penitenziaria con riguardo, ad esempio, alla salute). Tale bilanciamento di interessi, spesso contrapposti, potrebbe anche portare, in momenti particolari e in determinati contesti, ad una variazione del numero e della tipologia di generi inseriti nella lista e autorizzati come generi di Sopravvitto, fino, anche, all'ipotesi estrema di sospensione del Servizio. Nell'Appendice n. 2 al presente Capitolato è riportato il dato del fatturato del Sopravvitto relativo agli anni 2018 e 2019 e alla stessa sono allegati i modelli 72 di ciascuna sede per singolo lotto, evidenziandosi che tale dato costituisce elemento meramente indicativo a fini conoscitivi per le Imprese partecipanti, rispetto al quale l'Amministrazione non assume alcun impegno in ordine al volume futuro del fatturato. A tal proposito, a conferma dell'assunto per il quale i generi inseriti nel mod. 72 sono soggetti a variazione per disposizione dell'Amministrazione o per eventuali particolari disposizioni legislative, si evidenzia che, a partire dal primo gennaio 2020, i prodotti accessori ai tabacchi da fumo, quali "cartine, cartine arrotolate senza tabacco e i filtri funzionali ad arrotolare le sigarette", non possono essere più inseriti nella lista dei generi di sopravvitto (mod. 72), in quanto, ai sensi dell'art. 1, comma 660, della Legge 27 dicembre 2019, n 160 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e Bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022) tali prodotti sono venduti ai ristretti esclusivamente per il tramite della Direzione dell'Istituto, nella sua ulteriore qualità di "rivendita di cui alla Legge 22 dicembre 1957, n. 1293";

c2) (punto 4.2 Esercizio della vendita dei generi di Sopravvitto) “*Ai sensi dell’art. 14 del Regolamento di esecuzione – cui si rinvia integralmente per gli aspetti di maggior dettaglio -, il Servizio per il Sopravvitto si espleta, presso ogni Direzione di Istituto penitenziario, attraverso la gestione di uno spaccio interno dedicato alla vendita di generi alimentari e di conforto ai detenuti che ne facciano richiesta. Tali generi individuati nel Regolamento interno di ciascun Istituto e riportati in apposita lista denominata modello n. 72, sono riconducibili, a titolo esemplificativo e non esaustivo, ad alimenti di pronta e facile preparazione, frutta e verdura, articoli per l’igiene e la cosmesi, casalinghi tipo stoviglieria, articoli di cartoleria di uso comune, abbigliamento intimo, libri, giornali e riviste, i cui relativi costi sono posti a carico del richiedente secondo regole, procedure e limiti fissati. Tale lista è sempre modificabile da parte della Direzione secondo tempistiche e modalità indicate nell’Atto di Regolamentazione del Servizio, per le motivazioni già sopra evidenziate... I prezzi di vendita dei generi del Sopravvitto, inseriti nella citata lista, sono stabiliti in contraddittorio tra l’Autorità Dirigente dell’Istituto penitenziario e l’Appaltatore e, in ogni caso, non possono eccedere quelli correnti all’esterno per generi corrispondenti, come risultanti dalle informazioni assunte dall’autorità comunale o dagli esercizi della grande distribuzione (identificati dall’art. 4, lettera f) del D.lgs. 31 marzo 1998, n. 114) più vicini all’Istituto (art. 12, comma 6, Regolamento di esecuzione)... L’appaltatore dovrà assicurare, per una settimana al mese, una gamma di prodotti, scelti in accordo con l’Autorità Dirigente, non inferiore all’1% del numero totale dei prodotti inseriti nella lista dei generi di Sopravvitto (modello 72), per un minimo di 4 prodotti, sui quali dovrà essere praticato uno sconto non inferiore al 30%. I generi del Sopravvitto devono essere consegnati, in tempi congrui, in locali adiacenti al magazzino o, comunque, il più possibile vicini allo stesso e, qualora necessario, vengono porzionati, per la successiva distribuzione, anche attraverso manodopera detenuta ... L’appaltatore deve altresì garantire, in tempi congrui, anche l’effettuazione di quegli acquisti per spese varie richieste dal detenuto su specifico modulo – modello 393 - che non sono contemplati nella lista dei generi di Sopravvitto (modello 72) e che vengano eventualmente autorizzati dalla Direzione. Tali generi sono consegnati dall’Impresa muniti di scontrino fiscale del venditore che ne comprovi la spesa. Pertanto, rispetto a tali generi si opera, nei confronti dell’Impresa, un mero rimborso”;*

c3) (4.3. Condizioni di vendita) che *“Per l'esercizio della vendita, l'Appaltatore deve uniformarsi alla disciplina prevista dal Regolamento dell'Istituto e a tutte le altre prescrizioni emanate dall'Autorità Dirigente. Le richieste dei generi di Sopravvitto, da parte dei ristretti, devono essere redatte su appositi modelli. I conti relativi sono tenuti dall'Autorità Dirigente nei modi stabiliti dalla normativa vigente e i corrispettivi sono liquidati alla fine di ogni mese su presentazione di apposita fattura...”*;

c4) (punto 9.2) *“L'uso dei locali, o porzione di essi, per il deposito e lo stoccaggio delle merci per il Servizio Sopravvitto è concesso a titolo oneroso secondo le tariffe applicate dalla competente Direzione Regionale dell'Agenzia del Demanio e riportate nell'Appendice n. 3 al presente Capitolato. Il Fornitore è tenuto, in tal caso, a stipulare apposito atto trilaterale di concessione con la Direzione dell'Istituto e la competente Agenzia del Demanio e a versare le somme previste a titolo di canone, pena la restituzione immediata dei locali...”* che devono essere usati *“...secondo la loro naturale destinazione, curandone la funzionalità originaria mediante i necessari interventi di ordinaria manutenzione, che ne garantiscano la conformità all'uso, assicurando un adeguato livello igienico-sanitario. In caso di indisponibilità di locali dell'Amministrazione, l'Appaltatore è tenuto a procurarsi, a proprie spese, i locali e i mezzi necessari per l'espletamento dei Servizi affidati”*, con l'ulteriore precisazione che *“L'uso dei locali assegnati all'Appaltatore è soggetto al versamento all'Agenzia del Demanio, per la parte ad uso del Sopravvitto, del canone di occupazione di pubblico suolo di cui al par. 9.1....”* e che *“Il Fornitore è tenuto, altresì, a prendere, eventualmente, in consegna nuovi o diversi locali, opere o impianti resi disponibili dall'Amministrazione in corso di gestione in sostituzione di quelli inizialmente concessigli”*.

9.3. Sulla base di tale tessuto previsionale la Sezione è dell'avviso che effettivamente, come ritenuto dal primo giudice, l'operatore economico non si trovava nella condizione di potere formulare una offerta seria, adeguata e consapevole.

9.3.1. Innanzitutto deve rilevarsi che l'oggetto della gara, ancorché formalmente composito (servizio di vitto, principale e obbligatorio; servizio di sopravvitto meramente eventuale, secondo una scelta insindacabile dell'amministrazione), aveva carattere unitario, non essendo rinvenibile alcun elemento, anche solo indiziario, da

cui ricavare la volontà dell'amministrazione di dare vita a due diverse ed autonome procedure di scelta del contraente, tant'è che anzi l'aggiudicatario del servizio di vitto poteva essere affidatario del servizio di sopravvitto, se in tal senso richiesto dall'amministrazione.

E' ragionevolmente da escludere poi che il servizio di sopravvitto potesse avere carattere accessorio (rispetto al servizio principale e obbligatorio del vitto): in tal senso militano non solo la rilevanza in sé del servizio di sopravvitto (per le finalità che esso è chiamato a garantire e per la complessità della sua organizzazione), ma anche il suo intrinseco valore economico (pari a circa il 50% del valore del servizio di vitto, entità che neppure è stato oggetto di contestazione da parte dell'amministrazione appellata).

9.3.2. Sotto altro concorrente profilo non può condividersi la tesi propugnata dall'amministrazione, secondo cui la fattispecie in esame andrebbe inquadrata nel modulo delle convenzioni-quadro di servizi integrati, utilizzate dalle centrali di committenza.

Invero, secondo quanto disposto dagli art. 3, lett. ii), e 54 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per accordo-quadro s'intende *"l'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda il prezzo e, se del caso, le quantità previste"*; esso perciò costituisce una procedura di selezione del contraente (che non postula alcuna deroga ai principi di trasparenza e completezza dell'offerta) allo scopo di semplificare, sotto il profilo amministrativo, il processo d'aggiudicazione dei contratti fra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici, individuando futuri contraenti, prefissando condizioni e clausole relative agli appalti in un dato arco temporale massimo, con l'indicazione dei prezzi e, se del caso, delle quantità previste.

Così facendo l'amministrazione accorpa la maggior parte degli adempimenti amministrativi ed ottiene un risparmio di attività procedimentale, nonché di oneri connessi alle procedure di affidamento; in particolare, questa fattispecie contrattuale è particolarmente utile per le pubbliche amministrazioni quando non sono in grado di predeterminare, in maniera precisa e circostanziata, i quantitativi dei beni da acquistare oppure nelle ipotesi in cui questi siano caratterizzati da rapida obsolescenza tecnica e/o da forti oscillazioni dei valori di mercato., così che tra

accordo quadro e contratto esecutivo deve esservi necessariamente identità di oggetto (prestazioni e remunerazione delle stesse già prefissate), di cui non vi è traccia nella fattispecie in esame.

9.4. Nel caso di specie, invero, dalle ricordate disposizioni della *lex specialis* non vi è alcun elemento da cui possa dedursi che l'affidamento (all'aggiudicatario del servizio di vitto) del servizio di sopravvitto possa sussumersi nella figura del contratto meramente esecutivo del precedente accordo-quadro, per le prestazioni oggetto del servizio di sopravvitto, anche a voler prescindere dalla genericità delle indicazioni contenute negli atti di gara in esame, non risultando neppure fissato il corrispettivo (quello indicato riguardando esclusivamente il servizio di vitto).

Ai fini della ricostruzione giuridica della fattispecie delineata negli atti di gara rileva piuttosto che mentre il servizio del vitto è remunerato dalla diaria giornaliera oggetto di gara e si configura quindi come un appalto di fornitura, il servizio di sopravvitto (ad attivazione eventuale, che – come accennato in precedenza – consiste nel servizio di gestione dello spaccio interno per la vendita, previo approvvigionamento, di generi alimentari e di conforto, dei quali è consentito ai ristretti l'acquisto con risorse proprie) è remunerato dai ricavi delle vendite e si configura perciò come una concessione di servizi, dovendosi dunque procedere con apposita procedura competitiva ai fini del relativo affidamento. In tale prospettiva militano anche le specifiche previsioni del capitolato prestazionale sopra ricordate.

In quanto concessione di servizi vale per il servizio di sopravvitto la regola di cui all'art. 165 del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui nei contratti di concessione opera *“il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario”*; detto rischio, peraltro, non può subire artificiose modifiche ad opera della stazione appaltante, dovendosi considerare solo il *“rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. Si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte*

del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile”.

Al riguardo va anche ricordato (in termini, *ex plurimis*, Cons. Stato, IV, 22 marzo 2021, n. 2426) che il rapporto di concessione di pubblico servizio si distingue dall'appalto di servizi proprio per l'assunzione da parte del concessionario del rischio di domanda: mentre l'appalto ha struttura bifasica tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultimo grava interamente sull'appaltante, nella concessione, connotata da una dimensione triadica, il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione.

9.5. Ciò posto, l'aver subordinato l'effettivo svolgimento del servizio di sopravvitto ad una scelta discrezionale della stazione appaltante del tutto imponderabile al momento della presentazione delle offerte non può non determinare un'alea contrattuale strutturalmente diversa ed eccedente rispetto a quella ordinaria considerata dal richiamato art. 3, comma 1, lettera zz) del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto riferita non alle pur mutevoli dinamiche del mercato – a fronte delle quali è la professionalità dell'operatore economico a consentire il raggiungimento di un certo qual equilibrio finanziario e quindi di un utile – bensì alla stessa possibilità pratica di svolgere o meno l'attività di cui trattasi.

9.6. Sotto altro concorrente profilo non può sottacersi che, prima ancora di tradursi in un aggravio dell'alea d'impresa, la pretesa della *lex specialis* di gara di imporre all'operatore economico la presentazione di un'offerta che in via di fatto tenga conto della mera eventualità di dover in un secondo momento altresì fornire il diverso servizio di sopravvitto, il cui valore peraltro non è neppure considerato nella base d'asta alla quale il prezzo offerto deve essere parametrato, determina la stessa incertezza dell'oggetto dell'affidamento.

Non può meritare favorevole apprezzamento, sul punto, la difesa dell'amministrazione appaltante, secondo cui una simile impostazione della *lex specialis* corrisponderebbe ad una legittima ed innovativa (rispetto al precedente bando di gara, annullato in sede giurisdizionale) scelta di separare il vitto dal sopravvitto, in ragione della peculiare natura di quest'ultimo, che “*si presenta generico, indeterminato e indeterminabile, dunque, non può sostenersi la congruità*

della base d'asta in un gioco di compensazioni tra utilità derivanti dal Sopravvitto e costi derivanti dal Vitto”.

Fermo che non spetta al giudice amministrativo sindacare l'opportunità delle scelte dell'amministrazione, è tuttavia appena il caso di segnalare che tale assunto difensivo contrasta con l'accennato carattere unitario della procedura, presupponendo logicamente l'indizione di due distinte gare, una solamente per il vitto – quale appalto di servizi – ed una esclusivamente per il sopravvitto, nella diversa forma della concessione di servizi, il che – si ribadisce – non è avvenuto.

Emerge da tanto che, in definitiva, il prezzo offerto per l'appalto del vitto non poteva non tener conto degli oneri e degli ipotetici utili rinvenienti dal diverso servizio di sopravvitto che avrebbe dovuto essere assegnato in concessione, il che però non avrebbe potuto avvenire in modo corretto – nell'ottica di assicurare l'effettività del principio della trasparenza e del confronto concorrenziale negli affidamenti pubblici – se non in presenza di uno specifico piano economico-finanziario per la fornitura del sopravvitto, diversamente lasciandosi il campo a criteri generici ed imperscrutabili quali l'intuizione professionale o la presumibile esperienza di settore, del tutto privi di obiettività e verificabilità.

Neppure potrebbe condividersi la prospettazione secondo cui, elevando il prezzo del servizio del vitto rispetto a quanto previsto nel bando di gara del 2017 (da euro 3,90 ad euro 5,70), si sarebbe automaticamente garantita l'autonomia dei due servizi, escludendo il rischio che le utilità dell'uno potessero compensare le ridotte utilità dell'altro: tale dato, infatti, altro non è che un ulteriore riscontro del fatto che il prezzo in precedenza indicato dall'amministrazione a base d'asta per il servizio di vitto era (ormai) palesemente inadeguato, ma non giustifica la mancata indicazione da parte della stazione appaltante di un autonomo valore per l'ulteriore prestazione richiesta – sia pure in via eventuale, a discrezione del singolo Istituto penitenziario – ossia il servizio di sopravvitto

9.7. L'anomalia della gara in esame può pertanto riassumersi nella considerazione che la prestazione del servizio di sopravvitto, sebbene totalmente ad essa estraneo (avendo questa ad oggetto esclusivo il vitto, tant'è che lo stesso valore economico aveva avuto riguardo solo ad esso), poteva essere in un secondo momento – a gara ormai conclusa, ossia nella fase di esecuzione del contratto – imposta

all'aggiudicatario, laddove l'amministrazione avesse dovuto (a sua discrezione) ritenerlo opportuno.

L'alea relativa all'attivazione del servizio di sopravvitto, proprio perché non considerato nella base di gara – l'offerta degli operatori doveva infatti essere formulata con esclusivo riferimento al servizio di vitto e la base d'asta (diaria - prezzo giornaliero del servizio per singolo detenuto) su cui operare il ribasso percentuale era pari a 5,70 euro al netto di Iva – si risolve pertanto in una evidente indeterminatezza della legge di gara e della prestazione richiesta, con conseguente *vulnus* della possibilità di formulare un'offerta congrua e ponderata.

Non si tratta di un'ipotesi di presunta “*insostenibilità economica*”, bensì di strutturale incertezza circa il reale oggetto della prestazione ai fini della formulazione di un'offerta coerente e consapevole.

Del resto, è proprio l'incertezza della durata dell'affidamento del sopravvitto (laddove in concreto richiesto all'operatore economico privato) che confligge con la disciplina recata dall'art. 168 del d.lgs. n. 50 del 2016, per cui la durata del contratto deve essere “*commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa*”.

In questi termini viene infatti contraddetto il presupposto su cui si regge l'impianto del bando *in parte qua*, ossia che “*l'attività dell'Appaltatore è interamente remunerata dal prezzo corrisposto dai detenuti per gli acquisti effettuati con i fondi del proprio peculio personale*” (punto 2.5 del Capitolato prestazionale): invero, se si fosse inteso perorare coerentemente la radicale autonomia sul piano economico-finanziario del servizio di sopravvitto, si sarebbe dovuto declinare un assetto di interessi che assicurasse la copertura dei costi fissi, temperando le discrezionali facoltà di attivazione/disattivazione del servizio da ultimo indicato.

Né vi è modo per un qualunque operatore economico di predisporre un'offerta economica consapevole e ponderata riferita al solo vitto, come sarebbe richiesto dalla *lex specialis*, senza doversi confrontare con le marginalità positive o negative rivenienti dalla gestione parallela del servizio di sopravvitto.

9.8. Non merita accoglimento l'obiezione dell'amministrazione secondo cui le prestazioni eventualmente richieste al singolo aggiudicatario in ordine al servizio di sopravvitto non sarebbero tali da realmente incidere sull'assetto economico dell'offerta nel suo complesso, in quanto meramente “*ancillari*” a quelle costituenti

oggetto dell'appalto (del vitto): a smentire tale assunto è sufficiente ricordare non solo che – come risulta dagli atti di causa – il valore economico del sopravvitto risulta raggiungere, prima dei ribassi d'asta (che per forza di cose si riferiscono però al solo vitto), un ammontare pari a circa il 50% dei volumi complessivi di ogni singolo accordo-quadro, ma anche la complessità – cui sopra si è accennato – della stessa concreta organizzazione del servizio di sopravvitto (il che costituisce un'ulteriore concorrente motivo che non consentiva la formulazione di un'offerta seria, adeguata e consapevole, unitamente alla mancanza o quanto meno alla insufficiente e lacunosa indicazione delle puntuali modalità di espletamento delle prestazioni del servizio di sopravvitto, per la mancanza di una puntuale atto regolativo al riguardo.

10. La reiezione dei precedenti motivi di appello è assorbente dell'ulteriore censura (dedotta quale settimo motivo di gravame) con cui si contesta il vizio di ultrapetizione della sentenza impugnata, nell'aver ritenuto che *“la riconduzione a ragionevolezza del disegno complessivo della gara potrebbe sortirsi mediante una corretta applicazione della scelta dicotomica prospettata dall'art. 9, comma 7 della legge sull'ordinamento penitenziario tra autoproduzione o esternalizzazione del servizio di sopravvitto da effettuarsi ex ante rispetto alla indizione della procedura evidenziale in coerenza con la cornice normativa di derivazione unionale. La ricomposizione dell'ordine logico delle scelte amministrative discrezionali conferirebbe certezza al perimetro dei servizi oggetto dell'affidamento ponendo gli operatori nella condizione di individuare prevedibili punti di equilibrio economico-finanziario della commessa ed elaborare offerte tecnico-economiche sostenibili”*.

11. In conclusione l'appello deve essere respinto, come da motivazione. Ne consegue l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto da SAEP s.p.a., per sopravvenuta carenza di interesse.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese dell'attuale grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Dichiaro improcedibile l'appello incidentale di SAEP s.p.a.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 1° luglio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d. l. n. 28 del 30 aprile 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 70 del 25 giugno, richiamato dall'art. 25 d. l. n. 137 del 28 ottobre 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 176 del 18 dicembre 2020, come modificato prima dall'art. 1, co. 17, del d.l. n. 183 del 31 dicembre 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 21 del 26 febbraio 2021 e poi dall'art. 6, comma 1, lett. e) d.l. n. 44 del 1° aprile 2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 76 del 28 maggio 2021, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO