

Pubblicato il 10/05/2022

N. 03628/2022REG.PROV.COLL.

N. 07701/2021REG.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 7701 del 2021, proposto da SAEP S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Giovanni Crisostomo Sciacca, Biagio Giliberti, Vincenzo Barrasso, Guido Reggiani, Luciano Bonito Oliva, con domicilio eletto presso lo studio Legale E Tributario associato Quorum-Studio in Roma, via degli Scipioni n. 281;

contro

Ministero della Giustizia, Ministero della Transizione Ecologica, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12; Ministero della Giustizia - Provveditorato Regionale per L'Emilia Romagna e Le Marche, non costituito in giudizio;

nei confronti

Pastore S.r.l., Ditta Domenico Ventura S.r.l., Ias Morgante S.r.l., Dusmann Service S.r.l., Fast S.r.l., La disa S.r.l., Sirio S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 453/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia e del Ministero della Transizione Ecologica;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Barrasso, Clarizia e Giliberti;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Viene impugnata la sentenza con la quale il T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna ha rigettato il ricorso promosso da SAEP per l'annullamento del Bando e degli altri provvedimenti e, tra questi, le aggiudicazioni disposte in favore dei controinteressati per l'affidamento in loro favore dei lotti 3 (aggiudicato al R.T.I. – Domenico Ventura S.r.l. - Landucci Claudio & C. S.a.s.), 4, 5 e 6 (aggiudicati alla Società Sirio S.r.l.).

2. L'iniziativa intrapresa da SAEP in primo grado era volta ad ottenere la declaratoria di illegittimità dei provvedimenti impugnati:

a) per impossibilità di formulare un'offerta ponderata e consapevole, in quanto non basabile su indicazioni economiche preventivamente elaborate dalla Stazione Appaltante e per la presenza di clausole eccessivamente onerose tali da rendere l'offerta strutturalmente in perdita;

b) perché contenenti clausole *contra jus*;

c) per violazione del principio del *tempus regit actum* in relazione ai criteri ambientali minimi (nel seguito, i "CAM") di cui al D.M. 10 marzo 2020 del Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare.

3. Precisa l'appellante che l'iniziativa si inserisce nel quadro di una più ampia azione volta ad ottenere l'annullamento, non solo del Bando (e per l'effetto la declaratoria di inefficacia dei contratti stipulati), ma di altri dieci identici bandi relativi a procedure avviate e condotte da altri PRAP a livello regionale; per tutte, la SAEP ha formulato identici motivi di censura in ordine alla struttura della procedura di gara, proprio in considerazione della totale identità del contenuto dei bandi.

4. Prosegue l'appellante affermando che, con riferimento a alcuni ricorsi, questa Sezione ha già avuto modo di riconoscere la fondatezza delle censure dedotte.

5. In particolare:

a) con le sentenze nn. 5784 e 5785 del 6 agosto 2021, sono stati respinti gli appelli proposti dal Ministero della Giustizia avverso, rispettivamente, la sentenza del T.A.R. Piemonte n. 790/2020 e la sentenza del T.A.R. Sardegna n. 704/2020, confermando l'accoglimento del ricorso proposto da SAEP e, per l'effetto, l'annullamento di tutti gli atti di gara;

b) con le sentenze nn. 5786, 5787, 5788 e 5789 del 6 agosto 2021, sono stati accolti gli appelli proposti da SAEP avverso, rispettivamente, la sentenza del T.A.R. Toscana n. 1515/2020, del T.A.R. Lombardia n. 2317/2020, del T.A.R. Catanzaro n. 358/2021 e del T.A.R. Veneto n. 376/2021, disponendo per l'effetto l'accoglimento del ricorso proposto in primo grado da SAEP e l'annullamento degli atti di gara ivi impugnati.

6. Con le citate pronunce la Sezione ha sottolineato l'illegittimità dell'assetto della procedura, con particolare riferimento al rapporto tra il Vito ed il Sopravvito.

7. La vicenda origina nel 2017, allorquando i provveditorati regionali del Ministero della Giustizia, ciascuno con proprio ma identico bando (nel seguito il “Vecchio Bando”), avevano indetto una gara per la conclusione di un accordo quadro per l’affidamento del servizio di mantenimento dei detenuti e internati, consistente nell’approvvigionamento:

- a) di derrate alimentari per il confezionamento di pasti per gli istituti penitenziari (di seguito, il “Vitto”);
- b) con assicurazione del servizio di sopravvitto di cui all’art. 9, comma 7, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (il “Sopravvitto”).

8. In particolare, la documentazione di gara allegata al Vecchio Bando prevedeva che il servizio si articolasse in due attività ugualmente obbligatorie per l’aggiudicatario:

- a) il Vitto, cioè la fornitura di generi alimentari crudi, per varietà e quantità fissate da due tabelle vittuarie (una invernale e l’altra estiva), il cui corrispettivo è rappresentato dalla cd. “Diaria”, ovvero sia dal prezzo giornaliero del servizio per singolo detenuto e/o internato corrisposto all’affidatario del servizio direttamente dall’Amministrazione;
- b) il Sopravvitto, cioè la fornitura di generi di conforto ai detenuti che ne facciano spontanea richiesta e a loro spese, individuati nel regolamento interno di ciascun istituto penitenziario e riportati nell’apposito modello n. 72.

9. In relazione al Sopravvitto, il Vecchio Bando prevedeva altresì, a fronte dell’obbligo per l’aggiudicatario di erogare detta porzione dell’unitario Servizio, il potere dell’Amministrazione di sospenderlo o limitarlo in qualsiasi momento.

10. Il Vecchio Bando è stato annullato dalle sentenze del T.A.R. Milano del 12 febbraio 2018, n. 403, del T.A.R. Bologna del 14 marzo 2018, n. 241, del T.A.R. Napoli del 20 novembre 2017, n. 5476, del T.A.R. Piemonte del 19 aprile 2018, n. 464, del T.A.R. Veneto del 14 febbraio 2018, n. 165, del T.A.R. Sardegna del 5 febbraio 2018, n. 69, del T.A.R. Milano del 12 febbraio 2018, n. 403, del T.A.R. Bari del 6 aprile 2018, n. 526, del T.A.R. Catanzaro del 5 marzo 2018, n. 561, del T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 27 dicembre 2017, n. 3015, confermate dalle sentenze del Consiglio di Stato del 25 novembre 2019, nn. 8023, 8041, 8033, 8031, 8030, 8016, 8027, 8019 (il CGARS, con sentenza del 1° giugno 2020, n. 369 ha dichiarato l’appello improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, avendo l’amministrazione *medio tempore* annullato in autotutela la procedura di gara).

11. Con nota del 17 giugno 2020, la Direzione Generale del Personale e delle Risorse – Ufficio IX – Gare e Contratti, ha invitato i Provveditorati regionali ad avviare la procedura di gara aperta per la conclusione di un Accordo Quadro di anni 2+1, ai sensi dell’art. 54, comma 3 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, oltre a sei mesi come previsione di proroga tecnica, relativo al servizio di Vitto e Sopravvitto. Il Provveditorato, pertanto, con bando pubblicato in G.U.R.I. in data 26 giugno 2020, n. 73 (di seguito, il “Nuovo Bando”), ha indetto la gara per la conclusione di un Accordo Quadro per l’affidamento del servizio di Vitto e Sopravvitto.

12. Il Disciplinare del Nuovo Bando ha qualificato il Sopravvitto come prestazione “opzionale (anche limitatamente ad una o più sedi di Istituto del singolo Lotto) e non obbligatoria” prevedendone l’affidamento, anche in corso di esecuzione dell’Accordo Quadro, nell’ipotesi in cui la singola direzione penitenziaria decida di non gestirlo in via diretta, esternalizzandolo (cfr. punto 3.1.). Tuttavia, mentre per l’amministrazione il Sopravvitto è servizio a attivazione opzionale, il Nuovo Bando obbliga fin da subito l’operatore economico a garantire l’erogazione del Sopravvitto, onde esser pronto ad attivarlo, su richiesta dell’amministrazione, anche solo dopo venti giorni dalla richiesta. L’amministrazione, inoltre, senza prevedere forme di indennizzo o ristoro per l’aggiudicatario, si è riservata il potere di sospendere l’erogazione del Sopravvitto in qualunque momento in corso di esecuzione, per le ragioni stimate opportune a sua discrezione (cfr. punto 4.1 del Capitolato Prestazionale).

13. Prosegue l’appellante precisando che:

- il Nuovo Bando, relativamente al Sopravvitto, non riposa sull’elaborazione di alcun piano economico-finanziario;
- il Sopravvitto non è rappresentato nella base d’asta (che è riferita al solo Vitto);
- il Sopravvitto non è considerato tra i criteri di attribuzione dei punteggi in gara;
- il Sopravvitto non è corredato in gara da un contratto applicativo che ne disciplini le modalità di esecuzione.

14. Avverso il Nuovo Bando, SAEP ha presentato ricorso. La procedura di gara è stata portata a termine dalla stazione appaltante nelle more del giudizio di primo grado, sicché SAEP ha impugnato le aggiudicazioni dei diversi lotti ad altri concorrenti, eccependone, da un lato, l’illegittimità derivata rispetto ai precedenti atti di gara; dall’altro, vizi di illegittimità propria, giacché la valutazione delle offerte è avvenuta attribuendo criterio preferenziale di scelta al parametro economico (motivo 16), escludendo dal confronto concorrenziale il Sopravvitto (motivo 17) e, infine, con riguardo ai lotti n. 4 e n. 5, senza considerare l’incongruità delle offerte presentate dagli altri concorrenti, che non hanno tenuto in considerazione il Sopravvitto.

15. Tutti gli argomenti della SAEP sono stati disattesi dalla sentenza che ha dichiarato il ricorso e i motivi aggiunti in parte inammissibili e in parte infondati.

16. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, la SAEP S.p.A. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua di otto articolati motivi, rubricati: *I. Sulla Sentenza nella parte in cui ha svolto la valutazione di ammissibilità dell’impugnazione del Nuovo Bando integralmente ex novo e per l’effetto, accantonando la pregressa giurisprudenza sul Vecchio Bando, ha affermato che correttamente il Nuovo Bando non ha elaborato un piano economico finanziario per il Sopravvitto e non ha considerato quest’ultimo nella base d’asta; II. Sulla Sentenza nella parte in cui sostiene che il primo motivo di ricorso sarebbe indirizzato non già a comprovare l’impossibilità di presentare un’offerta, quanto a preservare la convenienza economica complessiva dell’operatore economico attraverso economie di scala; III. Sulla Sentenza nella parte in cui nega carattere di eccessiva onerosità alla previsione di un termine di 20 giorni per l’attivazione del Sopravvitto e al potere di sospensione ad nutum del Sopravvitto riconosciuto all’Amministrazione; IV. Sulla Sentenza nella parte in cui nega rilievo, senza esprimersi puntualmente su tale aspetto,*

alla assenza tra la documentazione di gara di uno schema di contratto che regolamenti il Sopravvitto quando esternalizzato; V. Sulla Sentenza nella parte in cui ha dichiarato infondati il secondo e il terzo motivo di diritto; VI. Sulla sentenza nella parte in cui ha omesso di pronunciarsi sulla domanda, proposta in via subordinata, di annullamento della sola parte della *lex specialis* riferita al Sopravvitto; VII. Sulla sentenza nella parte in cui ha rigettato il primo atto di motivi aggiunti depositati il 29 settembre 2020; VIII. Sulla sentenza nella parte in cui ha rigettato e, in parte, dichiarato inammissibili, le censure relative ai provvedimenti di aggiudicazione.

17. Hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto, il Ministero della Giustizia e il Ministero della transizione ecologica.

18. Alla udienza pubblica del 17 febbraio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

19. Con il primo motivo l'appellante argomenta come segue.

19.1. La sentenza, prendendo le mosse dalla asserita discontinuità tra Vecchio Bando e Nuovo Bando, avrebbe svolto la valutazione di ammissibilità dell'impugnazione immediata del Nuovo Bando integralmente *ex novo*, convinta che questa non fosse "sovrapponibile a quella già operata da questo T.A.R. e dal Consiglio di Stato con riferimento" al Vecchio Bando "differente sia per oggetto (ove vitto e sopravvitto si configuravano quali prestazioni entrambe necessarie e obbligatorie) sia per importo a base d'asta". Secondo l'appellante, tale erroneo dato di partenza ha indotto il primo giudice, oltre che a scartare la possibilità di valutare la violazione del giudicato formatosi sul Vecchio Bando, ad escludere l'applicabilità dei principi che la giurisprudenza formatasi su quest'ultimo aveva elaborato. Sulla scorta di questa convinzione, i giudici di primo grado sono giunti a riconoscere la piena correttezza dell'operato dell'amministrazione nel fare a meno di elaborare un piano economico finanziario per il Sopravvitto e nel pretermetterlo totalmente dal calcolo della base d'asta dell'Accordo Quadro. Questa soluzione, peraltro, sarebbe avvalorata dalla decisione, che si ritrova nel Nuovo Bando, di separare, nella logica dell'accordo quadro (secondo il primo giudice "strumento per definizione elastico, in quanto volto a soddisfare le esigenze di volta in volta ravvisabili in capo all'Amministrazione di riferimento"), il Vitto dal Sopravvitto, rendendo il secondo solo eventuale e, di conseguenza, prevedendo per ciascuno di essi dei meccanismi di remunerazione autonomi. Conclude l'appellante nel senso che si tratterebbe di un'affermazione errata che – in larga parte – il primo giudice ha tratto dalle conclusioni raggiunte dal TAR Lombardia, Milano con la sentenza 2317 del 2020; decisione quest'ultima, riformata con la sentenza di questa Sezione del 6 agosto 2021, n. 5787.

21. Con il secondo motivo l'appellante argomenta come segue.

21.1. Secondo la sentenza, SAEP avrebbe portato in giudizio un interesse non protetto giuridicamente, perché la censura sarebbe volta a tutelare il "mero risparmio" dei concorrenti.

22. Con il terzo motivo l'appellante argomenta come segue.

22.1. Per la sentenza, il termine di venti giorni, previsto in gara per l'attivazione del Sopravvitto, non avrebbe carattere eccessivamente oneroso; si tratterebbe, infatti, di una disposizione solo ordinatoria. Sul punto, tuttavia, la sentenza sarebbe incorsa in un ulteriore fraintendimento, in cui già era incorso il TAR Lombardia con la sentenza 2317/2020, riformata dalla sentenza del Consiglio di Stato del 6 agosto 2021, n. 5787. Il riferimento a questo profilo del Nuovo Bando è stato sviluppato come rilevante tassello di un discorso più ampio, idoneo, assieme al potere di attivare e sospendere il Sopravvitto a piacimento e alla assenza di protezioni economiche e di una regolamentazione contrattuale, a suffragare l'imponderabilità dell'offerta e il suo default strutturale.

22.2. La sentenza, inoltre, cadrebbe nell'errore di minimizzare la complessità organizzativa sottesa al Sopravvitto. Le ditte, infatti, sono chiamate – in virtù delle previsioni della *lex specialis* e in applicazione del Modello 72 – ad organizzare l'approvvigionamento e la gestione dello spaccio carcerario, che movimentata continuamente oltre 900 prodotti: tutto nell'ottica di rendere alla popolazione carceraria un servizio importantissimo, perché in grado di alleggerire le condizioni di vita dei ristretti.

23. Con il quarto motivo l'appellante argomenta come segue.

23.1. La sentenza non avrebbe considerato la censura, proposta da SAEP, dell'assenza, tra la documentazione di gara, del contratto esecutivo volto a regolamentare il Sopravvitto.

23.2. Le imprese sarebbero impossibilitate a presentare un'offerta ponderata e razionale anche in ragione del fatto che la gara non contempla le regole di esecuzione del Sopravvitto, nonostante la complessità di tale servizio avrebbe imposto ben altra valorizzazione e puntuale definizione all'interno della *lex specialis*: disciplina che, con riferimento al Sopravvitto, sarebbe del tutto carente.

24. Con il quinto motivo l'appellante argomenta come segue.

24.1. La sentenza avrebbe sbrigativamente liquidato il secondo e il terzo motivo del ricorso ritenendoli infondati. Anzitutto, quanto al secondo motivo di ricorso, con cui si era lamentata la totale indeterminazione del criterio D, che ricollega l'attribuzione di un massimo di 20 punti (sui 70 totali dell'offerta tecnica) alla predisposizione 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", la sentenza ha ritenuto che sarebbero comunque stati indicati dalla *lex specialis* i sub-criteri alla luce dei quali sarebbe stato valutato tale progetto e la valorizzazione di ciascuna delle voci elencate sarebbe stata legittimamente demandata alla discrezionalità della stazione appaltante.

24.2. La sentenza, tuttavia, avrebbe omesso di considerare che il criterio D non esplicita a) i punteggi attribuibili per i singoli aspetti relativi all'unico sub-criterio previsto e b) in che modo redigere materialmente tale progetto, con la

conseguenza che non si vince in alcun modo in cosa consista il progetto da presentare in gara, né come verrà concretamente valutato dall'Amministrazione.

24.3. Il Disciplinare, oltre a non aver chiarito in che modo dovrà essere redatto tale progetto non avrebbe nemmeno precisato le modalità di attribuzione dei 20 punti. Difatti, nell'ambito della griglia riportata al punto 8.1.1.2 del Disciplinare è indicato un unico sub-criterio nell'ambito del quale, pur essendo indicati una serie di elementi, non sono specificati i criteri di valorizzazione di ciascuna delle voci elencate, essendosi il Nuovo Bando unicamente limitato ad affidare alla commissione di gara l'attribuzione del "punteggio in termini discrezionali" (cfr. il punto 8.1.1.2 del Disciplinare e il punto 13.1.2 del Capitolato Prestazionale): nella sostanza trattasi di un potere di giudizio arbitrario e illimitato, il che porrebbe il criterio D in aperto contrasto con l'art. 95 del Codice a mente del quale è precluso alle stazioni appaltanti di riservarsi "un potere di scelta illimitata dell'offerta".

24.4. Né a sconfessare tali evidenze può essere utile il rilievo della sentenza secondo cui "Né può essere condivisa la tesi di parte ricorrente secondo cui i predetti criteri impedirebbero gli operatori economici di presentare la loro offerta, avendo infatti tutte le Società interessate, compresa la SAEP, partecipato alla procedura e la stazione appaltante valutato comparativamente le offerte, addivenendo alla scelta del miglior offerente per ciascuno dei diversi lotti in gara, attribuendo punteggi differenziati che parte ricorrente non ha dimostrato essere palesemente arbitrari o assolutamente inadeguati sotto il profilo qualitativo, come diremo in seguito". L'illimitato giudizio che, sul punto, l'amministrazione si è riservata spiegherebbe, inoltre, l'erroneità dell'idea del primo Giudice secondo cui "tenuto conto che la SAEP si è collocata quinta in graduatoria con riferimento ai due lotti (4 e 5) per i quali ha partecipato, sotto il profilo dell'interesse ad agire, la stessa avrebbe dovuto dimostrare l'incidenza dei criteri contestati non solo astrattamente, ma anche in relazione alla loro concreta rilevanza sul risultato finale, fornendo prova che proprio in forza di quei parametri, se corretti nel senso richiesto, essa avrebbe potuto vincere la gara".

24.5. Prosegue l'appellante affermando che sarebbe incontestabile la violazione del principio del *tempus regit actum* (dedotto nel terzo motivo di ricorso): il Nuovo Bando, infatti, ha fatto applicazione dei CAM prima della loro entrata in vigore, senza che sul punto possa assumere rilievo la circostanza, ritenuta dirimente dal primo giudice, per cui "la scadenza del termine per la presentazione delle offerte inizialmente stabilito negli atti di gara è stato successivamente prorogato dalla stazione, così da consentire alle partecipanti una piena conoscenza dei criteri ambientali minimi (CAM) citati, sostitutivi di quelli di cui al precedente D.M. 25 luglio 2011". L'applicazione di una disposizione regolamentare non ancora entrata in vigore al momento dell'indizione della gara, infatti, accresce i già palesati rilevanti dubbi in ordine alla certezza del quadro regolamentare in cui formulare l'offerta, risolvendosi nella sua precarietà e imponderabilità.

25. Con il sesto motivo l'appellante argomenta come segue.

25.1. L'appellante, al capo I.6 del ricorso di primo grado, ha richiesto l'annullamento, *in parte qua*, del bando e dei suoi provvedimenti attuativi in relazione alla parte che concerne il Sopravvitto: su tale domanda il Giudice di prime cure avrebbe totalmente ommesso di pronunciarsi; chiede quindi a questo Collegio di statuire e, nell'ottica della massima valorizzazione del principio di conservazione degli atti giuridici, ove ritenga che la parte di gara riferita al Vitto sia stata correttamente disciplinata e possa essere considerata autonomamente e separatamente rispetto al Sopravvitto (illegittimamente, la cunosamente ed abnormemente regolato), la possibilità di annullare la sola parte della *lex specialis* riferita al Sopravvitto.

26. Con il settimo motivo l'appellante argomenta come segue.

26.1. La sentenza avrebbe errato nel rigettare i motivi aggiunti proposti da SAEP in data 29 settembre 2020 per lamentare la scelta dell'amministrazione di portare avanti la procedura di gara nonostante le gare indette dagli altri Provveditorati regionali risultassero in parte sospese, facendo così venir meno l'imprescindibile simmetria tra le gare indette dai vari Provveditorati regionali.

27. Con l'ottavo motivo l'appellante argomenta come segue.

27.1. La scelta dell'amministrazione di proseguire, nelle more del giudizio di primo grado, nelle operazioni di gara, ha condotto la stessa all'adozione dei provvedimenti di aggiudicazione (dei lotti nn. 3, 4, 5 e 6) della gara in oggetto (nel seguito, le "Aggiudicazioni"), che SAEP ha prontamente impugnato con 4 ricorsi per motivi aggiunti depositati in data 26 dicembre 2020, lamentando sia l'illegittimità derivata dai vizi che inficiano il Bando che profili di illegittimità propria. La procedura è poi giunta fino alla stipula dei contratti. Pertanto, il T.A.R. Bologna è stato il primo ed unico Tribunale a pronunciarsi sulla legittimità dei provvedimenti di aggiudicazione, dal momento che gli altri tribunali regionali si sono fondamentalmente espressi sulla sola questione della diretta impugnabilità dei bandi sotto il profilo dell'impossibilità di formulare un'offerta ponderata e consapevole.

27.2. Nonostante la prospettiva del tutto inedita giunta all'attenzione del T.A.R. Bologna, quest'ultimo non avrebbe colto lo stato di "mutolazione" evidenziato dalle aggiudicazioni: sebbene il Sopravvitto raggiunga livelli economici del tutto ragguardevoli ed equiparabili al Vitto (il Sopravvitto è pari a circa il 56 % del valore del Vitto), il primo non è mai entrato nelle dinamiche di gara e, pertanto, l'intera procedura sarebbe del tutto illegittima. Nei fatti, una prestazione fondamentale è stata resa oggetto di affidamento diretto.

27.3. L'illegittimità delle aggiudicazioni sarebbe il risultato di un Bando affetto da diversi profili critici, riconducibili alla circostanza che, sulla base dello stesso, i singoli operatori sono stati chiamati a formulare un'offerta, al contempo, per le ragioni anzidette, imponderabile ed in default strutturale.

27.4. Per quanto attiene, invece, alle censure di invalidità propria delle aggiudicazioni, l'appellante contesta la correttezza della sentenza nella parte in cui ha ritenuto le stesse inammissibili con riguardo ai lotti 3 e 6, ove SAEP non

ha presentato offerta. Considerata la portata delle relative censure, infatti, anche con riferimento ai lotti 3 e 6, nei quali SAEP non ha presentato domanda di partecipazione, oltre a rimanere certamente ammissibili le censure articolate direttamente avverso il Bando, risultano altresì ammissibili i motivi con cui SAEP ha lamentato vizi autonomi delle aggiudicazioni. Con riferimento ai lotti in cui SAEP non ha partecipato alla gara, infatti, la ricorrente ha lamentato che le aggiudicazioni sono il frutto di una selezione operata sulla base del miglior prezzo (XVI motivo), vuoi senza alcun confronto competitivo per il Sopravvitto, dando vita per questa rilevantissima porzione del servizio ad un affidamento diretto (XVII motivo), che ha falsato l'intera procedura di gara rimasta "amputata" del confronto competitivo su di una porzione dirimente dell'oggetto del contratto quadro.

27.5. Tali aspetti, che sono venuti in rilievo con le aggiudicazioni, non sarebbero altro che il frutto di profili lamentati dalla ricorrente già con il ricorso introduttivo, con il quale si è da subito evidenziato che il Sopravvitto non era stato tenuto in considerazione dal Bando e che questa circostanza impediva, assieme alle ulteriori criticità lamentate, ai concorrenti di formulare un'offerta seria, ponderata e consapevole. Sotto tale profilo, pertanto, anche nei lotti in cui non ha preso parte alla procedura di gara, SAEP ha interesse ad impugnare le aggiudicazioni.

27.6. Nel merito, l'appellante afferma che:

- a) il primo giudice non avrebbe apprezzato il fatto che l'aggiudicazione dei lotti è avvenuta in violazione dell'articolo 95 del Codice dei contratti avendo la stazione appaltante dato concreta priorità nell'aggiudicazione solo al prezzo, anziché all'aspetto tecnico, pur in presenza di una procedura basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- b) non ci sarebbe stato un confronto realmente competitivo tra le offerte, non avendo l'Amministrazione valutato ai fini dell'attribuzione del punteggio anche il Sopravvitto, attraverso la valorizzazione di elementi di qualificazione professionale o tecnica attinenti a tale prestazione;
- c) non facendo parte della gara il Sopravvitto, ogni verifica sulla sostenibilità delle offerte aggiudicatarie sarebbe stata praticata sulla sola porzione del Vitto;
- d) in sede di verifica delle offerte, in coerenza con l'impostazione del Bando, l'Amministrazione avrebbe omesso di valutare l'incidenza che le già denunciate incertezze economico giuridiche connesse al Sopravvitto sono in grado di produrre sulla tenuta dei contratti relativi all'offerta sul Vitto;
- e) alla luce di quanto esposto, il giudizio sull'anomalia dell'offerta espresso dall'Amministrazione nella fattispecie risulterebbe contraddistinto da tratti di marcata illogicità e irragionevolezza, giacché le valutazioni, tanto dei concorrenti quanto della Stazione Appaltante, sarebbero limitate al Vitto, senza prendere minimamente in considerazione le possibili conseguenze legate all'affidamento del Sopravvitto, i costi che l'imprenditore è chiamato a sostenere per la sua attivazione, i tempi necessari a coprire gli investimenti sostenuti, i margini di utile derivanti dal Vitto che sarebbero erosi dalle perdite connesse alla gestione del Sopravvitto. Anche la correttezza di tale motivo, inoltre, si ricava dalle sentenze del Consiglio di Stato, che ha rilevato come "*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*".

28. Le articolate censure dedotte dall'appellante avverso la sentenza impugnata, così sintetizzate, possono a questo punto essere esaminate. L'appello è fondato alla luce di un consolidato orientamento di questa Sezione formatosi su vicende analoghe.

29. Esigenze logico - sistematiche inducono a esaminare congiuntamente le censure (primo, secondo, terzo e quarto motivo) con le quali l'appellante ha dedotto, in sintesi, l'erroneità della sentenza circa la ritenuta correttezza e legittimità della *lex specialis* quanto alla separazione tra vitto e sopravvitto, in quanto quest'ultima impediva la formulazione di un'offerta consapevole, adeguata e remunerativa, stante l'assoluta lea del contratto come concepito dall'Amministrazione appaltante. Si tratta, peraltro, di una trama argomentativa ricorrente, nella sostanza, in ogni censura dedotta dall'appellante, diretta avverso il bando (documento 1 fascicolo ricorrente in primo grado) per l'affidamento del "*Servizio per il Vitto dei detenuti ed internati ristretti negli Istituti penitenziari per adulti, 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) per il Provveditorato dell'EMILIA ROMAGNA e MARCHE*". L'appalto era suddiviso in sei lotti:

- a) lotto: 6 (1) - Ancona C.C., Ancona C.R., Ascoli Piceno C.C., Camerino C.C. e Fermo C.R. CIG 8346138AF3;
- b) lotto: 7 (2) - Fossombrone C.R. e Pesaro C.C. CIG 8346147263;
- c) lotto: 8 (3) - Bologna C.C. e Castelfranco Emilia C.R. CIG 83461569CE;
- d) lotto: 9 (4) - Ferrara C.C., Forlì C.C., Ravenna C.C. e Rimini C.C. CIG 834616406B;
- e) lotto: 10 (5) - Modena C.C. e Reggio Emilia I.P. CIG 8346171630;
- f) lotto: 11 (6) - Piacenza C.C. e Parma C.R. CIG 83461748.

30. L'assoluta carenza della considerazione del rilievo del servizio sopravvitto anche sotto il profilo organizzativo, l'esiguità del termine entro cui l'aggiudicatario avrebbe dovuto attivarlo e la mancanza dei necessari dati per prevedere ragionevolmente gli oneri finanziari che sarebbero derivati dalle prestazioni oggetto della gara in questione e per calibrare di conseguenza l'offerta economica ne impedivano la formulazione seria, adeguata e consapevole, diversamente da quanto ritenuto dal giudice di primo grado.

31. La *lex specialis* della gara ha la funzione di individuare il puntuale contenuto delle prestazioni oggetto del contratto da stipulare ed è perciò destinata ad orientare in termini di congruità la formulazione della proposta negoziale ad opera degli operatori economici interessati (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 agosto 2020, n. 5029).

32. 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 (tra le numerose, Consiglio di Stato sez. V, 7 giugno 2021, n. 4301).

33. Deve poi ricordarsi il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui ai fini dell'interpretazione della *lex specialis* trovano applicazione le norme in materia di contratti ed anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, ex artt. 1362 e 1363 Cod. civ. (tra le ultime, Consiglio di Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 298) 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* al fine di far emergere gli elementi di cui l'operatore economico concorrente deve tener conto per la formulazione della propria offerta.

34. Ciò premesso, passando all'esame delle norme qui rilevanti della *lex specialis*, si osserva quanto segue.

35. 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 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 dalla Direzione dell'Istituto penitenziario, il servizio per il sopravvitto di cui all'Art. 9, comma 7 dell'Ordinamento penitenziario".

36. Il disciplinare di gara (punto 3) precisava 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 ne era precisato l'importo: "L'importo totale stimato dell'appalto (come da punto II.1.5 del Bando di gara) ammonta a euro 33.482.940,00 (trentatremilionequattrocentottantaduemilanoventequaranta/00), IVA esclusa. L'importo è 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. Tale valore è 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). 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 (v. punto II.2.6 del bando): Lotto di gara n. 1 - 4.199.925,30 euro Lotto di garan. 2 - 2.300.132,40 euro Lotto di garan. 3 - 6.834.887,10 euro Lotto di garan. 4 - 5.335.433,70 euro Lotto di garan. 5 - 6.558.288,90 euro Lotto di garan. 6 - 8.254.272,60 euro".

37. 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; j) Derrata alimentare: il prodotto alimentare fornito a crudo per il confezionamento del Vitto; k) Merci: le derrate alimentari, i generi alimentari e gli altri generi di conforto destinati alla popolazione detenuta, sia nell'ambito del Vitto che del Sopravvitto; l) 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 4 regolazione amministrativa, di quanto stabilito nel presente Capitolato e nella complessiva *lex specialis* di gara; m) Servizio per il 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; n) Servizio: in generale, il Servizio per il Vitto e il Servizio per il Sopravvitto se non gestito direttamente dalla Direzione dell'Istituto;".

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

a) quanto alla durata ed 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). Il valore complessivo dell'Accordo quadro è calcolato sulla media delle presenze dei detenuti ed internati rilevate nell'ultimo anno e costituisce, in ogni caso, un valore meramente stimato, non vincolante per la stazione appaltante, nemmeno in termini di numero minimo o massimo di presenze da gestire. Per ogni lotto, il valore stimato dell'Accordo quadro per l'intera durata dello stesso è riportato nell'Appendice n. 1, allegata al presente Capitolato”;

b) quanto al Servizio per il Vitto (3.1.) che “Il Servizio per il Vitto deve garantire la quotidiana fornitura delle derrate alimentari necessarie al confezionamento – ad opera di detenuti lavoratori 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. Al fine di garantire la preparazione dei pasti giornalieri nelle cucine dei singoli Istituti penitenziari, le attività di fornitura (carico e scarico), gestione della dispensa, supporto alla Direzione, avvengono, di regola, nelle prime ore della mattinata, per un tempo medio stimato di tre ore giornaliere. La gestione del Servizio nei giorni festivi è organizzata in modo da consentire la consegna anticipata dei generi vittuari”;

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. Pertanto, in vigenza dell'Accordo quadro, l'Amministrazione contraente, se non dovesse avvalersi della gestione diretta, oltre al Servizio (obbligatorio) per il Vitto, attiverà, altresì, il Servizio (opzionale) per il Sopravvitto anche, eventualmente, solo per alcune delle sedi del singolo Lotto. In ogni caso, il Fornitore è tenuto ad assicurare tale Servizio quando ne è richiesta l'attivazione. Il Servizio per il Sopravvitto, una volta attivato, andrà a scadenza con il Servizio principale per il Vitto. In caso di esercizio dell'opzione di prosecuzione dell'Accordo quadro per un ulteriore anno, l'Amministrazione contraente potrà nuovamente valutare se attivare il Servizio per il Sopravvitto – anche solo per alcune delle sedi del Lotto – ovvero proseguire con il solo Servizio principale del Vitto. In corso di vigenza dell'Accordo quadro, il Servizio per il Sopravvitto può essere attivato, con preavviso di almeno venti giorni, mediante sottoscrizione di un atto aggiuntivo al Contratto specifico.

L'Amministrazione contraente si riserva, in ogni caso, il potere di 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.). La vendita non è libera, ma previamente autorizzata dalla Direzione stessa, secondo limiti di spesa settimanali e mensili periodicamente aggiornati dall'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 stoviglie, 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. È consentito, ai detenuti ed internati, nelle proprie camere, l'uso di fornelli personali per riscaldare liquidi e cibi già cotti, nonché per la preparazione di bevande e cibi di facile e rapido approntamento (art. 13, comma 5, Regolamento di esecuzione). Il regolamento interno a ciascun Istituto può prevedere che, senza carattere di continuità, sia consentita ai detenuti e agli internati la cottura di generi alimentari, stabilendo i generi ammessi nonché le modalità da osservare (art. 13, comma 7, Regolamento di esecuzione). 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). Nel caso di disaccordo tra l'Autorità Dirigente e l'Appaltatore nella fissazione dei prezzi, decide definitivamente il Provveditore Regionale. L'Autorità Dirigente e l'Appaltatore, tramite i propri uffici, assume, mensilmente, informazioni dall'autorità comunale sui prezzi correnti all'esterno, relativi ai generi corrispondenti a quelli inseriti nella lista e, quindi, in vendita da parte dello spaccio ovvero effettua un controllo sui prezzi praticati negli esercizi della grande distribuzione più vicini all'Istituto. I prezzi dei generi in vendita nello spaccio sono comunicati anche alla rappresentanza dei detenuti e degli internati. Al fine di consentire l'accesso anche a prodotti non di marca e di basso costo, il rilevamento dei prezzi, limitatamente agli stessi, verrà effettuato presso esercizi hard discount più vicini al singolo Istituto e che ne permettano la verifica in termini puntuali. Al pari dei generi eventualmente autoprodotti, qualora esistano soggetti terzi che operino in Istituto nella produzione e confezionamento di prodotti alimentari e di conforto, gli stessi potranno essere venduti, su autorizzazione della Direzione dell'Istituto, direttamente dai produttori ai detenuti. 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'Impresa è tenuta a fornire i necessari sacchetti contenitori. 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. Il Fornitore non può elevare reclami né richiedere compensi od indennizzi qualora l'Autorità sospenda temporaneamente l'esercizio della vendita dei generi di Sopravvitto per particolari motivi, tra cui esigenze di ordine e sicurezza, ovvero l'Amministrazione, alla scadenza del Contratto specifico in corso, ne disponga la gestione diretta presso uno o più sedi del Lotto. La lista dei generi con i relativi prezzi deve rimanere costantemente affissa nei locali previamente individuati dalla Direzione dell'Istituto.”;

c4) (punto 9.1) “L'Amministrazione contraente, ove disponibili, concede in uso i locali per lo stoccaggio e il deposito delle merci posti all'interno dell'Istituto o a questo annessi e l'uso degli impianti e attrezzature eventualmente esistenti all'interno dei predetti locali (celle frigorifere, frigocongelatori ecc.). L'uso dei locali e degli impianti per il deposito e lo stoccaggio delle merci per il Servizio Vitto è concesso a titolo gratuito e la disponibilità presso ciascuna sede penitenziaria è già indicata nell'Appendice n. 3 al presente Capitolato. 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. Nel caso in cui l'Appaltatore accetti di prenderli in consegna, è obbligato a valersene, usandoli 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. È a carico dell'Impresa lo stoccaggio in luogo idoneo e lo smaltimento, secondo la normativa vigente, di tutti i generi di imballaggio derivanti dal Servizio. Ai fini della consegna dei generi del Vitto, la Direzione dell'Istituto individuerà, ove possibile, idoneo locale attiguo alla cucina ovvero il più possibile vicino alla stessa.”

39. Sulla base di tale trama previsionale la Sezione è dell'avviso che effettivamente, come dedotto dall'appellante, l'operatore economico non si trovava nella condizione di potere formulare una offerta seria, adeguata e consapevole (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 1° ottobre 2021, n. 6599).

40. 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 e 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. Sotto altro profilo è poi ragionevolmente da escludere che il servizio di sopravvitto potesse avere carattere accessorio: in tal senso risultano decisivi 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.

41. Ai fini della ricostruzione della fattispecie delineata negli atti di gara rileva 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) 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 ed è remunerato dai ricavi delle vendite configurandosi 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.

42. 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 sullato 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”*.

43. 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. Inoltre, prima ancora di tra dursi 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 mero fatto tenga conto dell'eventualità di dover in un secondo momento 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.

44. L'anomalia della procedura in esame può pertanto riassumersi nella considerazione che la prestazione del servizio di sopravvitto, sebbene totalmente estraneo alla gara (avente ad oggetto esclusivo il vitto, tant'è che lo stesso valore economico aveva avuto riguardo solo a quest'ultimo), poteva essere in un secondo momento – a gara ormai conclusa, ossia nella fase di esecuzione del contratto – essere imposta all'aggiudicatario, là dove l'amministrazione dovesse (a sua discrezione) ritenerlo opportuno (Consiglio di Stato, Sez. V, 1° ottobre 2021, n. 6599).

Evidente era dunque l'indeterminatezza della legge di gara e della prestazione richiesta, con conseguente *vulnus* della possibilità di formulare un'offerta congrua e ponderata.

45. Viene 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 Capitolato prestazionale): 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 di sopravvitto.

46. 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.

47. Le considerazioni fin qui svolte rendono inutile l'esame degli ulteriori profili di censura (quinto sesto e settimo motivo) da ritenersi assorbiti.

48. Quanto all'ottavo motivo di appello, indirizzato avverso le aggiudicazioni *medio tempore* disposte, è sufficiente osservare che l'annullamento del bando comporta l'automatica caducazione dei provvedimenti di aggiudicazione, secondo lo schema dell'invalidità ad effetto caducante (Consiglio di Stato sez. V, 6 maggio 2021, n. 3538).

48.1. Sono due le ragioni che sorreggono questa ricostruzione:

a) la prima attiene al rapporto di presupposizione tra il bando di gara e gli atti in sequenza procedurale, e tra questi, in particolare, il provvedimento di aggiudicazione, tale per cui quest'ultimo non potrebbe logicamente continuare a esistere (e produrre i suoi effetti) venuto meno il primo sul quale si fondano le determinazioni che lo stesso contiene e dal quale, in ultima analisi, dipende secondo la regola generale che si ricava dall'art. 336, comma 2, cod. proc. civ.; la stessa regola generale che comporta, in particolari casi come quello qui all'esame, la caducazione automatica dei contratti d'appalto *medio tempore* stipulati, in applicazione del c.d. effetto espansivo esterno della sentenza di cui all'art. 336, comma 2, Cod. proc. civ. (si tratta, difatti, di un caso di pregiudizialità logica e non tecnica, Cass. civ., Sez. I, 15 maggio 2019, n. 12999);

b) la seconda attiene allo stesso interesse a ricorrere a verso il bando di gara contenente clausole escludenti, che è diretto ad ottenere la ripetizione della procedura (c.d. interesse strumentale), con la conseguenza che esso logicamente precede e, in caso di accoglimento, inevitabilmente prevale sull'interesse a conservare l'aggiudicazione della gara pena la privazione di effettività della tutela giurisdizionale (in contrasto con l'art. 24 Cost. ed art. 1 cod. proc. amm., oltre che, con specifico riferimento alla materia dei contratti pubblici, i principi della direttiva ricorsi); è questa la ragione, peraltro, per la quale si esclude che il medesimo effetto caducante dell'aggiudicazione si produca nel caso in cui sia stato impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2018, n. 1935; Sez. V, 16 luglio 2018, n. 4304; Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 754; Sez. V, 23 dicembre 2016, n. 5445; Sez. V, 19 luglio 2013, n. 3940).

49. In conclusione l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso di primo grado e devono essere annullati gli atti impugnati.

50. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 453/2021, accoglie, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso proposto in primo grado da SAEP S.p.A ed annulla gli atti impugnati.

Condanna il Ministero della Giustizia alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate in euro 9.000/00 (novemila) oltre accessori e spese di legge in favore di SAEP S.p.A.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO