

**APPALTO - BANDO - PROCESSO - IMMEDIATA IMPUGNABILITÀ - CLAUSOLE - CONTENUTO  
ABNORME E IRRAGIONEVOLE - ADEGUATA FORMULAZIONE DELL'OFFERTA - NON È POSSIBILE**

È immediatamente impugnabile il bando contenente clausole che non consentano di formulare, per la loro indeterminatezza, una offerta consapevole, che si contraddistinguono, anzi, per una “insuperabile abnormità e irragionevolezza” delle previsioni ivi contenute.

TAR Piemonte, Torino, Sez. I, sentenza n. 790/2020

Pubblicato il 01/12/2020

N. 00790/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00545/2020 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 545 del 2020, proposto da Saep S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia, Giovanni Crisostomo Sciacca, Biagio Giliberti, Vincenzo Barrasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Riccardo Ludogoroff in Torino, corso Galileo Ferraris 71;

***contro***

Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria,  
Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, in persona dei

legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Torino, domiciliataria *ex lege* in Torino, via dell'Arsenale, 21;

***per l'annullamento***

- del Bando di gara avente ad oggetto 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)*” (di seguito, unitariamente, il “Servizio”), pubblicato sulla G.U.R.I. del 29.6.2020 n. 74
- del Disciplinare di gara, del Capitolato Prestazionale, dello Schema di Accordo Quadro, delle Appendici al Capitolato prestazionale, nonché di tutti gli altri atti inclusi, anche quali allegati, nella *lex specialis* di gara;
- del decreto n. 19 del 19.6.2020, con cui il Provveditorato ha determinato di indire la procedura;
- della nota D.A.P. della Direzione Generale del Personale e delle Risorse – Ufficio IX – Gare e Contratti, prot. 0211901.U del 17 giugno 2020, di contenuto sconosciuto, ivi compresi tutti gli allegati a tale provvedimento e, in particolare, la relazione tecnico-illustrativa denominata “*2020-servizio per il Vitto dei detenuti – Analisi Tecnico Economica*”, redatta dal Gruppo di lavoro istituito con P.C.D. del 25 febbraio 2020;
- ove ritenuto lesivo e per quanto di interesse, del decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare del 10 marzo 2020, nella parte in cui possa eventualmente interpretato nel senso di essere applicato alla procedura di gara;
- di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ivi inclusi quelli istruttori, dal contenuto ignoto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia e del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2020 il dott. Angelo Roberto Cerroni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

1. Con bando di gara del 29 giugno 2020 il Provveditorato regionale per il Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha posto 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, 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).

2. Nella descrizione dell'appalto si stabilisce che 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: esso 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.

3. L'affidamento avviene secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riservando 70 punti all'offerta tecnica e 30 all'offerta economica.
4. La Società ricorrente adisce questo Giudice avverso la *lex specialis* di gara allegando che essa non consente la formulazione di una offerta ponderata e competitiva in ragione di una pluralità di profili di illegittimità che imprimono carattere escludente alle previsioni del bando odiernamente impugnate.
5. Segnatamente, il motivo portante l'azione impugnatoria in esame verte sulla circostanza che la legge di gara lasci indeterminata l'eventualità che si possa o meno fornire il sopravvitto in conseguenza dell'aggiudicazione dell'affidamento del servizio di vitto, privando l'operatore economico astrattamente interessato a partecipare al confronto competitivo degli elementi essenziali per tarare l'offerta da praticare sul vitto. Più nello specifico, denuncia la ricorrente che la disciplina di gara difetterebbe di un piano economico-finanziario che consideri unitariamente vitto e sopravvitto, non considerando il sopravvitto nella strutturazione della base d'asta, né ai fini della presentazione dell'offerta tecnica ed economica e culminando nel foggare un assetto di interessi in cui sorge immediatamente in capo all'aggiudicatario l'obbligo di assicurare il sopravvitto a fronte della discrezionale facoltà di scelta successiva delle singole direzioni carcerarie di attivarlo e financo sospenderlo.
6. Nella prospettazione attorea siffatta scelta colliderebbe con la precedente giurisprudenza amministrativa formatasi sul vecchio bando del 2017 trasfigurando il sopravvitto in un elemento generico, indeterminato e indeterminabile, espunto dalle dinamiche di gara a tutti i livelli, tenendo in considerazione, in particolare, che il valore del sopravvitto è pari se non spesso superiore a quello del vitto.
7. Sulla scorta di tali considerazioni, la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 35 d.lgs. 50/2016 laddove prescrive che il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture dovrebbe basarsi sull'importo totale pagabile,

tenendo conto di qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara; lamenta, inoltre, la ricorrente una distorsione dello schema sostanzialmente concessorio del rapporto di sopravvitto, che dilaterrebbe abnormemente il fisiologico coefficiente di rischio operativo e di domanda delle concessioni, in un affatto dissimile rischio atipico ed esogeno derivante dal latente potere di scelta dell'Amministrazione committente di attivare e sospendere il servizio senza meccanismi di ristoro o di compensazione economica. Da ultimo, viene denunciata anche l'infedele applicazione dell'art. 9 della legge 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario giusta il quale la discrezionalità dell'Amministrazione si esaurirebbe prima dell'indizione della gara, estrinsecandosi nella scelta alternativa tra auto-produzione o esternalizzazione secondo i crismi evidenziali di matrice unionale.

8. Nella tesi della ricorrente concorrerebbe alla ingenerazione di una sostanziale imponderabilità dell'offerta l'espressa previsione di un atto di regolamentazione del servizio non accluso alla documentazione di gara e suscettivo di porre a carico dell'aggiudicataria del servizio di ulteriori obblighi il cui impatto economico non è stimabile in sede di predisposizione dell'offerta.

9. A suffragio delle proprie tesi demolitorie la ricorrente produce in atti una corposa e articolata perizia di parte ove si giunge a dimostrare che, 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”*.

10. La ricorrente deduce ulteriori profili di indeterminatezza che vizierebbero la legge di gara ostando alla ponderata formulazione di offerte economiche, tra cui il ristretto arco temporale che intercorre tra la sottoscrizione del contratto e l'inizio

del servizio – venti giorni - che non consentirebbe in alcun modo all'appaltatore di installare le complesse attrezzature occorrenti per l'esecuzione del servizio.

11. Un secondo piano di censure si appunta sull'asserita genericità della clausola del disciplinare di gara che prevede 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. Nell'ottica delle doglianze attoree, persisterebbe un'irriducibile vaghezza circa la fisionomia e la portata del progetto richiesto, nonché circa i criteri valutativi dello stesso, da cui viene a dipendere poi l'attribuzione dei venti punti; il tutto andrebbe a collidere con il disposto dell'art. 95, comma 1 del d.lgs. 50/2016 che prescrive criteri di aggiudicazione pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, compromettendo la possibilità di una concorrenza effettiva.

12. Con un terzo profilo di censura la ricorrente denuncia la situazione di irragionevole incertezza legata al fatto che le offerte avrebbero dovuto esser formulate e presentate entro un termine di presentazione che veniva a cadere a ridosso dell'entrata in vigore dei nuovi criteri ambientali minimi introdotti con decreto del Ministro dell'ambiente 10 marzo 2020. Il che sarebbe risultato confusorio, a detta della ricorrente, in quanto risulta poco comprensibile a quali C.A.M. le offerte debbano legittimamente far riferimento.

13. Il gravame è stato corredato di domanda incidentale di sospensione della *lex specialis* in ragione dei dedotti vizi, irrimediabilmente ostativi, secondo la prospettazione attorea, della formulazione di offerte ponderate e competitive.

14. Il Ministero della Giustizia si è costituito ritualmente, depositando memoria difensiva in data 4 settembre 2020 nella quale, ripercorrendo gli snodi salienti della procedura pubblica, ha soggiunto, tra l'altro, che i termini originariamente previsti

per la presentazione delle offerte sono stati differiti al 7 settembre 2020 e che nella procedura *de qua* la base di gara è stata fissata in euro 5,70 rispetto ai 3,90 euro della precedente, onde consentire la piena e autonoma sostenibilità economica del servizio di vitto svincolandola dai possibili ricavi del servizio del sopravvitto. Nel merito, la difesa erariale contro-deduce l'infondatezza delle censure attoree relative alla mancata considerazione del sopravvitto e alla dedotta inappropriatazza dei parametri di attribuzione del punteggio tecnico premiante.

15. In esito alla camera di consiglio feriale del 9 settembre 2020, il Collegio, pur riservando alla cognizione di merito la disamina delle censure dedotte avverso la *lex specialis* di gara, in quanto non compatibile con la delibazione sommaria della fase cautelare, disponeva la sospensione interinale della procedura limitatamente alla sospensione del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, sul rilievo della configurabilità degli estremi del pregiudizio grave e irreparabile in capo alla parte ricorrente in ragione della ravvicinata scadenza del termine, già differito al 7 settembre. La statuizione cautelare è stata, da ultimo, confermata dal giudice di appello in data 2 novembre 2020 a seguito di interposto gravame a iniziativa della società ricorrente.

16. Espletato lo scambio di memorie difensive, all'udienza pubblica dell'11 novembre 2020 il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

## DIRITTO

1) Viene all'attenzione del Collegio una controversia avente ad oggetto il bando di gara per l'affidamento del servizio di vitto e sopravvitto carcerario per il Provveditorato del Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta. In buona sostanza la parte ricorrente denuncia che la struttura del bando è tale da impedire la predisposizione di un'offerta ponderata e razionale a cagione di una serie di insuperabili profili di aleatorietà e indeterminatezza che affliggerebbero la *lex specialis* di gara.

2) Pur in difetto di una specifica eccezione da parte della difesa erariale, preme al Collegio soffermarsi preliminarmente sulle condizioni canonizzate dalla giurisprudenza consolidata del Supremo consesso di giustizia amministrativa circa l'ammissibilità dell'impugnativa avverso il bando di gara quale atto amministrativo generale in linea astratta non immediatamente impugnabile per difetto di lesività diretta delle sue clausole.

a) Orbene, è noto che sulla scia delle prime pronunce nomofilattiche sul punto –*in primis*, Ad.Pl. n. 1/2003 – il percorso ermeneutico del Supremo consesso ha progressivamente enucleato le fattispecie derogatorie del principio di non impugnabilità diretta del bando di gara giungendo a tipizzare, in certo senso, la fisionomia 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.

b) Nello spettro morfologico di clausole escludenti enucleate dalla giurisprudenza dell'Adunanza plenaria (*cf.* Consiglio di Stato ad. plen., 26/04/2018, n.4) figurano a pieno titolo, *inter alia*, “regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001)”, “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 (*cf.* Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980)”, e “condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (*cf.* Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293)”.

c) Nell'interpretare queste fattispecie tipologiche si deve sempre tener a mente il chiaro magistero interpretativo tracciato dall'organo nomofilattico per cui “il

*rapporto tra impugnabilità immediata e non impugnabilità immediata del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra eccezione e regola. L'eccezione riguarda i bandi che sono idonei a generare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato. La ratio sottesa a tale orientamento deve essere individuata nell'esigenza di garantire la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e la massima apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori dei diversi settori, muovendo dalla consapevolezza che la conseguenza dell'immediata contestazione si traduce nell'impossibilità di rilevare il vizio in un momento successivo” (cfr. Consiglio di Stato ad. plen., 26/04/2018, n.4).*

d) Non può sottacersi come nel caso di specie lo scrutinio di ammissibilità dell'impugnativa avverso la *lex specialis* di gara trascolori attraverso un labile confine verso la delibazione di fondatezza nel merito giacché quanto lamenta la ricorrente circa la strutturazione della disciplina di gara intercetta alcune cruciali aree di criticità che chiamano in causa in modo concomitante l'irragionevolezza della clausole che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnico-economica e condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale oneroso e obiettivamente non conveniente.

e) La censura portante su cui si regge l'azione demolitoria attiene all'architettura dell'assetto di interessi che scaturisce dalla gara, tra diritti e obblighi dell'aggiudicatario e della stazione appaltante, con particolare riguardo alla inedita configurazione del servizio di sopravvitto.

3) Tanto premesso, il Collegio ritiene imprescindibile ricostruire fedelmente la disciplina di gara nella parte che assume rilievo ai fini del decidere, inscrivendola nella cornice normativa di riferimento e tratteggiandone il sotteso disegno economico-giuridico.

a) Come precisato in narrativa, il bando di gara prevede che l'oggetto principale dell'appalto sia *“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". Si specifica con riferimento ai singoli lotti che "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 delle singole direzioni, come espressamente previsto dal citato art. 9, comma 7 dell'ordinamento penitenziario".*

b) Il tutto per un valore stimato di appalto, comprensivo di tutti i lotti, pari a oltre 46 milioni di euro, calcolato sul solo servizio principale e obbligatorio del vitto detenuti, tenuto conto della presenza media dei ristretti nell'ultimo anno, moltiplicata per il prezzo posto a base d'asta, sommati gli oneri da interferenza non soggetti a ribasso (art. 3.2 del disciplinare di gara). Prosegue il disciplinare nel precisare che tale valore è comprensivo, tenuto conto di quanto stabilito dall'art. 35 d.lgs. 50/2016, 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 per il tempo strettamente necessario a consentire l'affidamento ad un nuovo fornitore.

c) Mette conto di evidenziare che l'offerta degli operatori deve 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 è pari a 5,70 euro al netto di IVA.

d) Nel capitolato prestazionale, nel paragrafo 1.1. "Definizioni" si rinviene una significativa disposizione definitoria del servizio di sopravvitto, da intendersi quale "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 regolamentazione amministrativa dettata in materia*". Al punto 2.1 del capitolato si rimarca che il servizio per il vitto costituisce oggetto principale e imprescindibile del contratto specifico, mentre 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)"*. Inoltre, in ogni caso in cui il Sopravvitto venga attivato in vigenza dell'Accordo quadro mediante la sottoscrizione di un atto aggiuntivo al contratto specifico, verrà dato al fornitore un preavviso di giorni venti, onde consentire l'approntamento delle forniture necessarie.

e) In relazione al servizio di sopravvitto, il capitolato precisa che *"l'attività dell'appaltatore è interamente remunerata dal prezzo corrisposto dai detenuti per gli acquisti effettuati con i fondi del proprio peculio personale. Il volume dell'attività di vendita dipende dalla domanda proveniente dai detenuti e internati [...]. L'Amministrazione non assume alcun impegno sul volume delle richieste presentate per il sopravvitto"* (punto 2.5 del Capitolato – *"Corrispettivo delle prestazioni"*)

f) Inoltre, in sede di capitolato (punto 4) 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.

g) Da ultimo, la *lex specialis* di gara riporta i dati di fatturato relativi al sopravvitto relativo agli anni 2018 e 2019 e i generi alimentari e di conforto ordinariamente commercializzati mediante il servizio di sopravvitto ai ristretti negli istituti – benché soggetti a rimaneggiamento da parte delle Direzioni carcerarie – i cui prezzi di vendita sono stabiliti in contraddittorio tra Autorità dirigente e Appaltatore, non potendo comunque eccedere quelli correnti all'esterno per generi corrispondenti. Il

tipo di attività sottesa al sopravvitto si coglie da ulteriori passaggi del capitolato prestazionale ove si legge che *“i generi del sopravvitto devono essere consegnati in tempi congrui in locali adiacenti al magazzino e, comunque, il più possibile vicini allo stesso, e, qualora necessario, vengono porzionati per la successiva distribuzione, anche attraverso manodopera detenuta”*. Dai dati riferiti si evince che il valore complessivo del servizio di sopravvitto delle ultime due annualità si è attestato su un valore pari al 40,91% del montante del vitto e che l'elenco complessivo dei generi alimentari e non oggetto del servizio sopravanza la soglia dei 900 beni, con i sopra-riferiti vincoli di prezzo e di tassativa individuazione, pur spaziando con larghezza dai prodotti alimentari, freschi e conservati, per poi passare ai casalinghi, la cartoleria, i giornali, i prodotti per l'igiene personale, i tabacchi e altri prodotti vari.

4) Delineati questi esaurienti richiami sulla fisionomia di dettaglio del servizio di sopravvitto, preme ora rammentare che, a norma di ordinamento penitenziario, *“ai detenuti e agli internati è consentito l'acquisto, a proprie spese, di generi alimentari e di conforto, entro i limiti fissati dal regolamento. La vendita dei generi alimentari o di conforto deve essere affidata di regola a spacci gestiti direttamente dall'amministrazione carceraria o da imprese che esercitano la vendita a prezzi controllati dall'autorità comunale”* (art. 9, comma 7 legge n. 354/1975). La norma viene invocata dall'Amministrazione a conforto delle proprie concrete scelte gestorie volte a riservare ad un secondo momento rispetto alla conclusione dell'Accordo quadro la decisione circa l'attivazione o meno del servizio di sopravvitto, a proprio insindacabile giudizio.

5) Il Collegio deve osservare che i riflessi di questa scelta di campo non possono non proiettarsi sull'equilibrio economico-giuridico della commessa pubblica per cui è sorta controversia in quanto:

a) l'Aggiudicatario dell'affidamento assume due posizioni giuridiche soggettive di tipo passivo: da un lato, l'obbligo di svolgere sin da subito il servizio di vitto carcerario (*“oggetto principale e imprescindibile del contratto specifico”* punto 2.1. del

capitolato prestazionale); dall'altro, una obbligazione sospensivamente condizionata all'esercizio del potere discrezionale di scelta dell'Amministrazione (*“ad insindacabile giudizio dell'Amministrazione contraente”*) avente ad oggetto l'espletamento del servizio di sopravvitto;

b) sul crinale delle posizioni giuridiche attive di fonte contrattuale l'Aggiudicatario matura il diritto alla diaria quale corrispettivo per l'esecuzione del servizio di vitto (*“nella diaria si intendono interamente compensati, dall'Amministrazione contraente all'Appaltatore, tutte le attività, le forniture dei generi alimentari, le prestazioni del personale, le spese ed ogni altro onere inerente e conseguente al servizio per il Vitto”* punto 2.5 Capitolato prestazionale), mentre lo schema remunerativo del sopravvitto riposa sugli attesi ricavi rivenienti dalle vendite dei prodotti ai detenuti, finanziate con i fondi del loro peculio;

c) *ex parte creditoris*, l'Amministrazione matura invece due posizioni attive di rilievo: da un lato, il diritto di credito allo svolgimento del servizio di vitto, quale obbligazione di *facere* immediatamente esigibile, dall'altro un peculiare diritto potestativo all'attivazione del servizio di sopravvitto che, nell'inverare la condizione sospensiva, appunto potestativa, determinerà la piena esigibilità dell'adempimento anche della prestazione di sopravvitto.

6) Orbene, nella prospettiva dell'Amministrazione, dichiarata *expressis verbis* negli atti di causa, l'articolazione dei due servizi è stata ispirata alla reciproca autonomia di vitto e sopravvitto, denegando la qualificazione dell'accordo quadro alla stregua di contratto misto, in virtù del fatto che non sarebbe configurabile una causa negoziale unitaria frutto di commistione e condizionamento di diverse fattispecie negoziali combinate assieme nel perseguimento di un unitario assetto giuridico-economico di interessi.

7) La posizione erariale in tesi può anche trovare adesione presso questo Collegio, almeno per quanto attiene al disconoscimento della natura mista del contratto in

esame. Invero, il Collegio reputa più adeguato ricostruire l'intera operazione negoziale ascrivendola alla figura di matrice dottrinal-giurisprudenziale del collegamento negoziale, secondo i tratti evocati dalla giurisprudenza ormai consolidata della Corte di cassazione civile: *“affinché possa configurarsi un collegamento negoziale sono necessari due elementi: uno oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale e unitario, e uno soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale”* (cfr. Cassazione civile sez. III, 05/03/2019, n.6323).

a) Nel caso di specie, il nesso teleologico è apprezzabile nella strutturazione del collegamento unilaterale e necessario tra contratto specifico di vitto e atto aggiuntivo volto a disciplinare l'attivazione del sopravvitto, il tutto nella cornice dell'accordo-quadro che assume, secondo condivisibile indirizzo pretorio, la natura di contratto normativo (Consiglio di Stato sez. III, 06/03/2018, n.1455; T.A.R. Napoli, (Campania) sez. I, 13/09/2016, n.4264), concorrendo ad arricchire il panorama complessivo di collegamenti negoziali in rilievo;

b) Appare invece più attenuato, ancorché non trascurabile, l'elemento soggettivo atteso che, pur rimanendo autonome le cause negoziali e i relativi equilibri giuridico-economici negli intenti della stazione appaltante, viene in rilievo il comune intento pratico di svolgere congiuntamente i due servizi o, comunque, di apprestare un'organizzazione di mezzi che assicuri a richiesta l'espletamento del sopravvitto in parallelo al vitto;

8) La riconducibilità della complessiva operazione giuridico-economica nella figura del collegamento negoziale avvalorata, indubitabilmente, la tesi della stazione appaltante tesa a predicare l'autonoma sostenibilità economico-finanziaria delle

due regolamentazioni di interessi, in forza della rispettiva autonomia causale, denegando in astratto le prospettazioni di finanziamento incrociato dei due servizi; purtuttavia, tale tesi culmina col provar troppo. Non appare, infatti, persuasiva ad avviso del Collegio la ricostruzione dell'equilibrio economico-giuridico inerente al servizio di sopravvitto sotto una pluralità di profili di indagine:

i) In primo luogo l'Amministrazione cade in contraddizione nel tratteggiare l'oggetto del servizio, da un lato definito espressamente in *lex specialis* alla stregua di "gestione dello spaccio interno per la vendita – previo approvvigionamento – di generi alimentari e di conforto", dall'altro, nella difesa erariale, riproponendo carteggi pregressi che hanno coinvolto anche la ricorrente, si soggiungerebbe che l'attività svolta nell'ambito del servizio per il sopravvitto è una mera attività di approvvigionamento di merci, stoccaggio e immagazzinamento e non di vendita diretta all'utenza;

ii) Suscita parimenti perplessità la posizione dell'amministrazione resistente tesa a smentire recisamente la riconducibilità del sopravvitto allo schema concessorio, attribuendogli natura di mera fornitura e non di servizio. Invero, il Collegio ritiene di aderire a quanto già affermato dalla giurisprudenza amministrativa di merito che ha ravvisato nella previsione di tale aggiuntiva prestazione lo schema giuridico di una concessione, (*ex multis*, T.A.R. Torino, (Piemonte) sez. I, 23/04/2018, n.474; T.A.R. Napoli, (Campania) sez. IV, 20/11/2017, n.5476), e, segnatamente, di una concessione di servizi giacché il contratto ha ad oggetto la fornitura e la gestione di servizi diversi da lavori con il riconoscimento a titolo di corrispettivo unicamente del diritto di gestire i servizi oggetto del contratto con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi (art. 3, co. 1 lett. vv) d.lgs. 50/2016);

iii) Testimoniano la bontà della ricostruzione in termini concessori le stesse caratteristiche dedotte dall'Amministrazione allorché precisa che l'attività di

sopravvitto è interamente remunerata dal prezzo corrisposto dai detenuti senza assumersi alcun impegno sul volume delle richieste presentate – delineando in tal modo i canonici tratti del rischio operativo di domanda (*cf.* art. 3, co. lett. zz) e ccc) d.lgs. 50/2016);

iv) Non appare tantomeno condivisibile la minimizzazione operata dalla difesa erariale sulla struttura dei costi inerenti al sopravvitto, soprattutto alla luce della dichiarata intenzione di enucleare il ridotto servizio dal piano delle obbligazioni imprescindibili e principali dell'affidamento e di conferire reciproca autonomia – giuridica ed economica - a vitto e sopravvitto: in particolare, viene radicalmente pretermessa ogni considerazione circa i costi fissi legati agli investimenti minimi necessari per predisporre all'eventuale attivazione del servizio di sopravvitto, in ragione della facoltà di scelta potestativa riservata in capo all'Amministrazione;

v) Secondo il prudente apprezzamento del Collegio rivestono pregio, alla stregua di elementi di prova, le articolate deduzioni della perizia tecnica di parte almeno per la parte in cui comprovano che l'assunzione di un'obbligazione, seppur sospensivamente condizionata, alla prestazione del sopravvitto postula una struttura minimale e irriducibile di costi fissi, diretti e indiretti, volti alla precostituzione e dimensionamento della struttura organizzativa e della capacità produttiva. Più nello specifico, vengono in evidenza i costi indiretti aziendali – connessi alle voci generali di spesa necessaria al funzionamento di una grande organizzazione – che sono di regola ripartiti secondo le tecniche della contabilità analitica e vengono a mutare considerevolmente a seconda del numero dei centri di costo per evidenti ragioni di economie di scala – e, nella specie, il servizio di sopravvitto potrebbe configurare astrattamente un centro di costo aggiuntivo per ogni lotto.

vi) *Mutatis mutandis*, possono trovare condivisione anche le prospettazioni di parte ricorrente circa le plausibili voci di costo fisso diretto correlati agli investimenti da

prendersi necessariamente in considerazione *ex ante* in sede di elaborazione di un'offerta volta a preconstituire una struttura organizzativa minima necessaria per far fronte al volume stimato di generi richiesti nell'ambito del sopravvitto: basti pensare, a tacer d'altri, alle locazioni dei locali (ancorché si debbano rilevare i canoni indubbiamente irrisori prospettati dal Provveditorato regionale), all'acquisto delle celle frigorifere (considerato che una considerevole parte dei generi tabellati sono alimentari da conservarsi nel rispetto della filiera del freddo), ai mezzi di movimentazione interna ed esterna e via dicendo.

9) A tal riguardo va chiarificato che tutte le voci di costo così enucleate dovrebbero esser già prese in considerazione per l'adempimento della prestazione di vitto, senonché gli investimenti fissi implicati dalla prestazione del solo vitto non potranno che risultare inadeguati e insoddisfacenti per lo svolgimento congiunto dei due servizi tenuto conto della ragguardevole incidenza economica del sopravvitto, pari al 41% del fatturato del vitto nel caso dei lotti in esame. In altre parole, il riflesso economico dell'assunzione sul piano giuridico dell'obbligazione sospensivamente condizionata allo svolgimento del sopravvitto, attivabile nel ristretto lasso temporale di venti giorni dalla richiesta, importa con somma plausibilità voci di costo fisso (investimenti e costi indiretti) di cui non è assicurato il recupero stante il latente potere dell'Amministrazione di non attivare mai il servizio di sopravvitto.

10) L'incertezza circa lo svolgimento della prestazione si apprezza anche sul crinale della disattivabilità del servizio, riservata in capo all'Amministrazione "*in ogni caso, [...] per motivi di ordine e sicurezza nonché per la tutela di superiori interessi primari della collettività penitenziaria (es. per motivi sanitari, di salute)*" (punto 4.1 Capitolato prestazionale). Ferma restando la legittimità delle causali di sospensione dedotte dalle *lex specialis* – tutte ampiamente riconducibili ai motivi di pubblico interesse – non può non rilevarsi l'assenza di meccanismi compensativi che neutralizzino le

marginalità negative rivenienti dal mancato ammortamento delle voci di costo fisso già impegnate, in analogia con i meccanismi dettati dal codice dei contratti pubblici in caso di revoca di concessioni per motivi di pubblico interesse ai sensi dell'art. 176, comma 4 d.lgs. 50/2016.

11) Più in generale, l'incertezza della durata dell'affidamento del sopravvitto confligge con la disciplina primaria recata dall'art. 168 d.lgs. 50/2016 per la quale la durata del contratto deve essere *“commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa”*.

12) Sicché, viene posta in scacco la tesi di parte resistente 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.

13) 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, nell'ottica di contemperamento della sostenibilità complessiva dell'assetto di interessi, pur a fronte della perorata separatezza del servizio di sopravvitto: tenuto conto della significativa incidenza economica del sopravvitto – il 41% del valore del vitto - l'alea circa l'attivazione del servizio tramuta il fisiologico rischio operativo di domanda, intrinsecamente inerente agli schemi concessori, in potenziale azzardo economico.

14) La connaturata imprevedibilità del punto di equilibrio economico-giuridico del servizio di sopravvitto per come disegnato dalla *lex specialis* viene a confliggere con i parametri normativi che presiedono alla disciplina concessoria nel codice dei contratti pubblici laddove delineano il rischio operativo, quale tratto co-essenziale della causa del contratto di concessione, nella situazione in cui non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili (art. 3, co. 1 lett. zz) d.lgs. 50/2016): ebbene, la condizione potestativa di matrice romanistica “*si volam*” a favore dell'Amministrazione espone l'equilibrio contrattuale del sopravvitto a perturbazioni che trascendono ampiamente le fisiologiche fluttuazioni di mercato che dovrebbero concretare il rischio operativo, specie nelle concessioni cd. calde che fondano la propria remuneratività sui soli flussi di cassa rivenienti dal servizio concesso.

15) Inoltre, il disegno contrattuale complessivo, pur se sussunto nella figura del collegamento negoziale, collide con il disposto dell'art. 35, co. 4 e 16 d.lgs. 50/2016 ove si sancisce che il calcolo del valore stimato di un affidamento tenga conto del valore massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara e, in particolare, per gli accordi quadro il valore da prendere in considerazione è il valore massimo stimato del complesso dei contratti previsti durante l'intera durata degli accordi quadro. Orbene, si è avuto modo di precisare come l'accordo-quadro su cui si controverte prevede due contratti collegati, una pattuizione principale relativa al vitto e una pattuizione opzionale relativa al sopravvitto: cionondimeno, la stazione appaltante ha ritenuto di disegnare la struttura di gara estromettendo dal confronto concorrenziale e da ogni apprezzamento di equilibrio economico la pattuizione opzionale, snaturando l'essenza stessa della concorrenzialità insita nelle

procedure evidenziali, che dovrebbero porre a confronto competitivo l'interesse dell'oggetto dell'affidamento.

16) Il profilo di lesività che viene nel caso di specie in rilievo attiene alle distorsioni nella predisposizione dell'offerta tecnico-economica sofferte da qualsiasi operatore economico chiamato a calibrare un'offerta per il solo servizio di vitto, pur sapendo che l'affidamento implica altresì un'obbligazione sospensivamente condizionata ad un ulteriore servizio che può cubare sino al 41% in termini fatturato e non ha una propria dimostrata sostenibilità economica intrinseca.

17) Quando sin qui considerato appare bastevole per ravvisare una insuperabile abnormità o irragionevolezza della *lex specialis* che rende impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara in quanto la rivendicata autonomia economico-finanziaria delle due fattispecie negoziali collegate si infrange sull'impossibilità teorica di neutralizzazione delle marginalità negative in caso di mancata attivazione del sopravvitto o di sua subitanea disattivazione.

18) Peraltro, pur volendo emanciparsi, in via di mera astrazione, dalla dichiarata filosofia di fondo – e disciplina cogente (punto 2.1 Capitolato) - del bando che vorrebbe preservare la reciproca autonomia dei due servizi, incappando tuttavia nell'irrisolvibile contraddizione di esporre l'equilibrio giuridico-economico del sopravvitto a marginalità negativa per mancato recupero dei costi fissi indispensabili nell'ipotesi di mancata attivazione del servizio, si deve constatare come sia non implausibile, né specificamente contestata dalla difesa erariale la proiezione elaborata da parte ricorrente circa l'insostenibilità economica teorica di qualsiasi offerta complessiva per il vitto che debba tenere conto dei costi ineliminabili e degli investimenti precostituiti del servizio di sopravvitto – riflesso economico della disciplina giuridica che pone immediatamente in capo

all'appaltatore un'obbligazione sospensivamente condizionata per tale prestazione – ove non si generino o siano interrotti i flussi di cassa rivenienti da tale servizio.

19) Dalla disamina sin qui tracciata si deve concludere che le scelte poste a base del disegno della nuova *lex specialis* di gara risultano 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.

20) Nell'ottica della riedizione del potere dell'Amministrazione, sul piano strettamente conformativo degli effetti scaturenti dalla pronuncia del giudice amministrativo, il Collegio ritiene 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.

21) Tutto ciò considerato e conclusivamente, il ricorso deve trovare accoglimento e gli atti della procedura pubblica devono essere annullati nei termini dianzi illustrati, impregiudicati i tratti successivi di ri-esercizio del potere.

22) La complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Flavia Riso, Primo Referendario

Angelo Roberto Cerroni, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Angelo Roberto Cerroni**

**IL PRESIDENTE**  
**Vincenzo Salamone**

IL SEGRETARIO