

APPALTI: Utile di impresa - Maggiore utile possibile - Interesse protetto del concorrente - Esclusione - Accordi quadro - Ratio.

Tar Lombardia, Sez. II, 26 novembre 2020, n. 2317

- in *Guida al Diritto*, 2021, 1, pag. 84, con nota di Davide Ponte, *Appalto vitto carceri, un'occasione per approfondire sull'accordo quadro*.

1. “[...] non sussiste un interesse protetto dell’operatore economico a che un bando sia formulato in termini tali da garantirgli il maggior utile possibile o il minor spreco di risorse, poiché l’interesse pubblico perseguito dall’amministrazione è volto a garantire la migliore gestione dei servizi in termini di efficienza, efficacia ed economicità, interesse fisiologicamente diverso da quello dell’operatore economico, volto a conseguire un utile d’impresa [...]”.

2. “[...] Come per tutti gli accordi quadro, la logica retrostante – esplicitata dall’art. 3 del d. lgs. n. 50 del 2016 – è quella per cui la stazione appaltante mira a stabilire, concludendo l’accordo con un operatore economico, le clausole relative agli appalti da affidare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste.

In tale prospettiva, il contraente che si aggiudica la gara non acquisisce un diritto a rendere il servizio all’amministrazione nella misura massima del valore stimato in sede di accordo quadro, bensì ad essere l’operatore che stipulerà i singoli contratti specifici, di volta in volta conclusi secondo le esigenze delle singole amministrazioni [...]”.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato in G.U.R.I. in data 1 luglio 2020, n. 75, il Provveditorato regionale per la Lombardia del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia ha indetto una “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”.

2. L’appalto, suddiviso in 6 lotti, ha un valore stimato complessivo di € 61.666.840,80 (IVA esclusa), quanto al solo vitto, e sarà aggiudicato secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 70 punti all’offerta tecnica e 30 all’offerta economica.

2.1. Nei documenti di gara si prevede (art. 2.4 del bando) 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). La gestione del Servizio per il Vitto implica la presenza di personale dell’Appaltatore presso le sedi degli

Istituti ove lo stesso si svolge nei termini, di seguito, specificati. [...] 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”.

2.2. La base d'asta (diaria *pro capite* di euro 5,70) e il valore stimato dell'appalto sono calcolati solo con riferimento allo svolgimento del servizio di vitto per il periodo indicato dal bando (due anni, oltre a un ulteriore anno opzionale e sei mesi di proroga tecnica) (cfr. art. 3 del disciplinare di gara: “L'importo è calcolato sul servizio principale e obbligatorio del vitto detenuti”); allo stesso modo, l'offerta al ribasso di cui viene chiesta la formulazione attinge pacificamente al solo servizio di vitto.

3. Con il ricorso in epigrafe, Saep s.p.a. – premesso di essere società *leader* nel settore dei servizi di fornitura di generi alimentari e non alimentari agli istituti penitenziari, di essere da quasi undici anni affidataria esclusiva del servizio di mantenimento dei detenuti presso diverse circoscrizioni regionali, nonché gestore uscente presso il Provveditorato regionale della Lombardia, con il quale si è aggiudicata nel 2010 e nel 2013 i contratti relativi a varie strutture – ha chiesto l'annullamento del nuovo bando e dei documenti di gara.

Ha allegato in particolare che, in ragione della circostanza che la legge di gara lascia indeterminata l'eventualità che l'operatore debba o meno fornire il sopravvitto a seguito dell'aggiudicazione, non sia possibile formulare un'offerta economica seria rispetto al prezzo di euro 5,70, posto a base d'asta e corrispondente alla diaria *pro capite* relativa al servizio di vitto.

4. Ha precisato in fatto la società ricorrente:

- che alla scadenza dell'ultimo accordo quadro del 2013 – aggiudicato alla società medesima – è seguito, nel 2017, un bando per la conclusione di un accordo quadro per l'affidamento dei servizi di vitto e sopravvitto;

- che, su ricorso della medesima, il bando del 2017 è stato annullato con sentenza n. 403 del 12 febbraio 2018 del T.A.R. per la Lombardia, confermata in appello dalla sentenza n. 8030 del 25 novembre 2019 del Consiglio di Stato;

- che, segnatamente, il vecchio bando è stato annullato dal T.A.R. per la Lombardia in quanto il prezzo a base d'asta (diaria *pro capite* di euro 3,90) è stato ritenuto irragionevole e non idoneo alla

copertura dei costi da sostenere per la fornitura delle derrate, a fronte dell'inserimento nel rapporto di fornitura di una percentuale di prodotti a basso impatto ambientale e di un'inadeguata istruttoria da parte della stazione appaltante circa i costi di fornitura;

- che la decisione del T.A.R. è stata confermata dal Consiglio di Stato, il quale, nella sentenza n. 8030/2019, ha osservato che *“il semplice intervallo di tempo tra le due procedure di gara e l'applicazione nella procedura del 2017 dei requisiti CAM [criteri ambientali minimi], che invece non era richiesti nella gara del 2013, costituiscono di per sé elementi idonei a ritenere, non illogicamente e secondo l'id quod plerumque accidit, non congruo il prezzo a base d'asta, sostanzialmente confermativo di quello fissato per la gara del 2013”*;

- che, in relazione al vecchio bando del 2017, formulato in termini identici da vari provveditorati regionali e impugnato dalla società innanzi a diversi T.A.R., la giurisprudenza amministrativa ha dettato dei principi che la ricorrente ritiene applicabili anche al nuovo bando e, in particolare, (i) quello della necessaria predisposizione di un preliminare piano economico-finanziario capace di giustificare i valori economici posti a base della selezione, (ii) della necessaria considerazione della natura giuridica del sopravvitto, quale contratto di concessione da cui deriva la natura di contratto misto (appalto e concessione) del servizio unitariamente considerato, (iii) dell'illegittimità del rinvio operato dalla documentazione di gara ad un regolamento esterno, di servizio, non ancora esistente, posto che tramite lo stesso l'Amministrazione potrebbe cercare di introdurre obblighi di cui l'aggiudicatario non ha tenuto conto in fase di formulazione della offerta e (iv) della necessaria considerazione del sopravvitto ai fini della determinazione della base d'asta;

- che anche il nuovo bando – impugnato in questa sede – è stato formulato in termini identici per tutto il territorio nazionale da parte di vari provveditorati regionali e di avere quindi proposto più ricorsi avanti i competenti T.A.R.

5. In data 30 luglio 2020, si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, il Ministero della giustizia, il Provveditorato regionale e il Ministero dell'ambiente.

6. Ad esito dell'udienza camerale dell'8 settembre 2020, il T.A.R., con ordinanza n. 1110 del 9 settembre 2020, ha disposto la sospensione interinale del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara (inizialmente fissato al 20 agosto 2020 e poi prorogato a settembre 2020 dalla medesima amministrazione), rinviando alla cognizione di merito l'esame delle censure dedotte, in quanto non compatibile con la delibazione sommaria della fase cautelare.

7. In vista dell'udienza pubblica, le parti hanno depositato documenti e memorie, insistendo nelle rispettive posizioni.

8. Infine, all'udienza del 10 novembre 2020, il Collegio ha indicato alle parti, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., la questione della possibile inammissibilità dei motivi di ricorso afferenti ai criteri ambientali minimi e alle modalità di calcolo del punteggio, in quanto non immediatamente escludenti della possibilità di presentare offerta.

All'esito della discussione, il ricorso è stato quindi trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Viene sottoposta al vaglio di legittimità di questo Tribunale la procedura indetta dal Provveditorato regionale del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria per l'affidamento del servizio per il vitto dei detenuti e internati e per il sopravvitto, se non gestito in forma diretta.

2. Sintesi dei motivi di ricorso

In particolare, la società ricorrente deduce l'illegittimità della disciplina di gara sulla base di tre motivi.

2.1. Nel primo motivo si afferma l'illegittimità del bando in quanto (a) non fondato su un previo piano economico-finanziario che consideri unitariamente le voci di vitto e sopravvitto, le loro reciproche interferenze e la rilevanza complessiva di entrambe negli equilibri economici e regolamentari della gara; (b) la legge di gara, inoltre, non considererebbe nella strutturazione della base d'asta il sopravvitto; (c) né valorizzerebbe il sopravvitto ai fini della presentazione dell'offerta tecnica ed economica; (d) sarebbe illegittima la trasformazione del sopravvitto in una prestazione meramente opzionale per l'Amministrazione poiché comunque l'offerente sarebbe obbligato ad assicurare fin da subito la prestazione; (e) la legge di gara riserverebbe all'Amministrazione una sorta di potere di sospendere *ad nutum* l'erogazione del sopravvitto, senza predisporre meccanismi di conguaglio o ristoro economico per l'operatore aggiudicatario.

2.2. Con la seconda censura, la società deduce l'illegittimità dei criteri di ripartizione del punteggio tecnico (70 su 100 punti totali), in quanto il punto 8 del disciplinare prevedrebbe un criterio "*estremamente generico e di impossibile interpretazione*", tale da non consentire la formulazione di un'offerta consapevole e ponderata. La ricorrente fa riferimento al criterio D ("*potenziamento dell'efficacia dei controlli*"), 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*". Tale progetto sarebbe, in tesi, indefinito quanto al contenuto e non si comprenderebbero i criteri ai quali sarebbe affidata la valutazione dell'amministrazione. Inoltre, non sarebbero definiti i singoli punteggi da attribuire ai sub-criteri di

valutazione del progetto medesimo, sicché il potere di giudizio dell'amministrazione sarebbe "arbitrario e illimitato".

2.3. Il terzo motivo di censura si rivolge avverso la clausola di cui al punto 2.1 del disciplinare, secondo cui "Gli atti di gara sono stati redatti tenendo conto delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi (CAM) di cui al D.M. 10 marzo 2020, del Ministero dell'Ambiente e delle tutela del Territorio e del Mare". Poiché tuttavia detto decreto sarebbe entrato in vigore solo il successivo 2 agosto 2020, al bando di gara in esame avrebbero dovuto invece essere applicati i CAM di cui al precedente D.M. 25 luglio 2011.

Si tratterebbe, in tesi, di aspetti fondamentali per la definizione del contenuto dell'offerta e per la individuazione delle modalità di esecuzione del rapporto contrattuale che sarebbero stati illegittimamente imposti all'offerente, peraltro in un tempo estremamente ravvicinato al termine per la presentazione delle offerte (termine inizialmente fissato al 20 agosto 2020, poi prorogato dall'amministrazione medesima e infine sospeso cautelatamente dal T.A.R.). L'amministrazione avrebbe dovuto quindi fissare un termine più lungo per la presentazione delle offerte, al fine di rispettare il termine di 35 giorni posto dall'art. 60 del Codice dei contratti pubblici.

3. In punto di ammissibilità dell'immediata impugnazione del bando

Preliminare all'analisi delle censure di illegittimità formulate è tuttavia il vaglio di ammissibilità del ricorso con il quale la società ha proceduto all'immediata impugnazione del bando di gara.

3.1. Ricorda il Collegio che, alla luce dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 4 (che ha richiamato propri precedenti in termini: 29 gennaio 2003, n. 1 e 17 aprile 2011, n. 4), "le clausole non escludenti del bando [...] [vanno] impuginate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (id est: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo".

L'elaborazione giurisprudenziale sul tema ha più volte chiarito che la regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnarne l'esito (essendo titolare di una posizione differenziata) e che i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi a identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento e a rendere attuale e concreta la lesione. Le eccezioni, che impongono l'onere di immediata impugnazione, possono

essere ricondotte alle ipotesi in cui (i) si contesti in radice l'indizione della gara, (ii) si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto affidamento in via diretta del contratto, (iii) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2019, n. 2732).

Devono, in altre parole, essere immediatamente impuguate le sole clausole immediatamente escludenti o che impediscono la partecipazione alla gara e la presentazione di un'offerta.

Come riconosciuto dalla citata Adunanza plenaria n. 4 del 2018, la giurisprudenza ha poi fatto rientrare nel *genus* delle "clausole immediatamente escludenti" anche le fattispecie di (a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale; (b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; (c) 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; (d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; (e) clausole impositive di obblighi *contra ius*; (f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come, ad esempio, quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbito dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di 0 pt.); (g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2019, n. 2732; id., Sez. III, 28 settembre 2020, n. 5705).

3.2. Proprio in applicazione dei suesposti principi, è stata giudicata ammissibile l'impugnazione immediata del bando del 2017 per l'affidamento del servizio di vitto e sopravvitto del Provveditorato regionale della Lombardia, sul presupposto che rientrano tra le clausole escludenti *"anche quelle che prevedono un importo a base d'asta insufficiente alla copertura dei costi, inidoneo cioè ad assicurare ad un'impresa un sia pur minimo margine di utilità o addirittura tale da imporre l'esecuzione della stessa in perdita (ciò in quanto l'amministrazione, nel perseguimento del suo interesse all'ottenimento della prestazione alle condizioni più favorevoli, deve contemperare tale interesse con l'esigenza di garantire l'utilità effettiva del confronto concorrenziale (Cons. Stato, sez. III, 21 febbraio 2019, n. 513), aggiungendosi al riguardo che il carattere escludente di una siffatta clausola deve essere verificato e apprezzato in concreto, cioè anche in relazione allo specifico punto di vista dell'impresa e della sua specifica organizzazione imprenditoriale (ancora*

Cons. Stato, sez. III, 21 febbraio 2019, n. 513)” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 novembre 2019, n. 8030). Ha ritenuto, in quella sede, il Consiglio di Stato che *“la contestata previsione della lex specialis che ha previsto come prezzo a base d’asta (al netto di IVA, riferito al servizio giornaliero per ciascun detenuto, c.d. diaria) un importo pari a €. 3,90 (comprensivi degli oneri di sicurezza da interferenza, non soggetti a ribasso), identico a quello della identica gara bandita nel 2013, integri le caratteristiche della clausola immediatamente escludente. E’ sufficiente al riguardo osservare che il semplice intervallo di tempo tra le due procedure di gara e l’applicazione nella procedura del 2017 dei requisiti CAM, che invece non era richiesti nella gara del 2013, costituiscono di per sé elementi idonei a ritenere, non illogicamente e secondo l’id quod plerumque accidit, non congruo il prezzo a base d’asta, sostanzialmente confermativo di quello fissato per la gara del 2013”*.

3.3. Venendo alla presente fattispecie, va chiarito che il servizio di vitto consiste nell’approvvigionamento e nella fornitura, previa programmazione, delle derrate alimentari necessarie al confezionamento dei pasti giornalieri completi (colazione, pranzo e cena) dei detenuti ed è remunerato dalla diaria giornaliera oggetto di gara, configurandosi quindi come un appalto di fornitura. Invece, 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 fondi propri. In quest’ottica, il sopravvitto è dunque fisiologicamente remunerato dai ricavi delle vendite medesime, configurandosi quale una concessione di servizi.

Si è già evidenziato in narrativa che l’importo a base d’asta è sensibilmente differente (euro 5,70 IVA esclusa) rispetto a quello della gara del 2017 e che esso concerne unicamente il servizio di vitto.

Nella presente fattispecie, la valutazione di ammissibilità dell’impugnazione immediata del bando deve essere compiuta integralmente *ex novo*, non essendo sovrapponibile a quella già operata da questo T.A.R. e dal Consiglio di Stato con riferimento a un bando (quello del 2017) differente sia per oggetto (ove vitto e sopravvitto si configuravano quali prestazioni entrambe necessarie e obbligatorie) sia per importo a base d’asta.

3.4. *La tesi della ricorrente in ordine all’impossibilità di formulare offerta*

La questione dell’ammissibilità dell’immediata impugnazione del bando è, peraltro, posta dalla stessa ricorrente che, al fine di affermare l’ammissibilità della propria azione, allega (i) che *“l’operatore economico è tenuto ad assumere sin da subito, attivando in soli venti giorni su richiesta dell’amministrazione il sopravvitto”*; (ii) che sarebbe stata invece indispensabile una configurazione unitaria di vitto e sopravvitto, sia quanto alla redazione di un piano economico-

finanziario unitario, sia prendendo in considerazione il sopravvitto nella base d'asta. Ciò in quanto, a fronte di una prestazione di sopravvitto solo eventuale nonché della sua possibile sospensione senza la previsione di un indennizzo, l'operatore non avrebbe la possibilità di formulare un'offerta economica seria e, anzi, la mancata attivazione del sopravvitto o la sospensione di esso comporterebbero il *default* dell'offerta formulata.

3.5. Tra le ipotesi, sopra rassegnate, nelle quali è ammessa l'immediata impugnazione del bando, la tesi della ricorrente è riconducibile a quelle di cui alle lettere c) e d): la società lamenta (i) l'impossibilità di formulare un'offerta fondata su un calcolo economico ragionevole (lett. c dell'elenco) per via dell'asserita necessitata correlazione tra vitto e sopravvitto e (ii) la presenza di condizioni negoziali che rendono il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (lettera d dell'elenco), vale a dire il termine di 20 giorni per l'attivazione del sopravvitto, ristretto al punto tale da comportare che una parte delle spese di gestione del sopravvitto dovrà essere comunque anticipatamente sostenuta, a prescindere dalla sua attivazione.

3.6. Seppur astrattamente prospettabile un'immediata lesione nei termini ora sintetizzati – che renderebbe dunque ammissibile l'impugnazione immediata del bando – devono essere tuttavia verificate, nel caso concreto, la fondatezza di tali affermazioni e l'effettiva sussistenza del denunciato onere irragionevole in capo all'offerente.

Si precisa sin d'ora che le allegazioni della ricorrente in punto di ammissibilità del ricorso coincidono, sostanzialmente, con le censure di illegittimità di cui al primo motivo di ricorso; l'analisi delle argomentazioni, per la stretta connessione dei profili di ammissibilità e fondatezza, deve essere tuttavia compiuta congiuntamente.

3.7. A dimostrazione di quanto allegato, la società ha prodotto in giudizio (*sub* doc. 1 alla memoria del 5 settembre 2020) un parere *pro veritate* sulla sostenibilità economica delle condizioni alla base del bando, ovverosia di un'offerta parametrata sul solo vitto.

3.7.1. Il parere in esame evidenzia anzitutto che il valore del sopravvitto non è residuale rispetto a quello del vitto, in quanto dai ricavi del sopravvitto relativi agli anni precedenti, si può stimare che il suo valore, qualora il servizio venga attivato in tutte le sedi, sia pari a un valore corrispondente sino al 56,68% dell'importo stimato per il vitto (in euro 61.666.840,80).

3.7.2. Configura quindi tre scenari gestionali, i quali impattano diversamente sui costi sostenuti dall'operatore.

Un "primo scenario" è relativo alla "erogazione del solo servizio di vitto", nel quale "l'operatore dimensiona i propri investimenti, il proprio personale ed i propri costi gestionali per l'erogazione del servizio di vitto in funzione della dimensione della struttura penitenziaria da servire, con

investimenti maggiori in strutture grandi ed inferiori in strutture medie e piccole”; nel “secondo scenario”, è certa la “*erogazione sia del servizio di vitto che di sopravvitto*”, e dunque “*l’operatore dimensiona i propri investimenti, il proprio personale ed i propri costi gestionali per l’erogazione di entrambi i servizi provvedendo [...] ad acquistare celle frigo, celle congelamento, scaffalature, ecc. di maggiori dimensioni proprio al fine di stoccare sia i prodotti relativi al servizio di Vitto sia quelli relativi al servizio di Sopravvitto*”.

3.7.3. Il terzo scenario corrisponde all’ipotesi di “*erogazione del servizio di vitto e pre-costituzione della capacità produttiva e organizzativa necessaria all’erogazione del servizio di sopravvitto*” e sarebbe quello corrispondente, secondo i professionisti incaricati, alla fattispecie attuale. Ciò in quanto, l’operatore economico “*formula la propria offerta con riferimento al solo servizio di vitto, ma è obbligato ad attivare su eventuale richiesta dell’amministrazione, ed entro 20 giorni, anche il servizio di Sopravvitto*”. In altre parole, a fronte di una siffatta formulazione degli atti di gara (nello specifico della previsione del termine di 20 giorni), l’operatore economico si troverebbe costretto a preconstituirsì la capacità produttiva e organizzativa necessaria ad implementare rapidamente il servizio di sopravvitto già in data anteriore a quella in cui saprà se dovrà o meno renderlo.

3.7.4. Nel terzo scenario, organizzare il servizio di sopravvitto solo allorquando si abbia la certezza di doverlo rendere sarebbe antieconomico e, in ogni caso, il termine previsto sarebbe inadeguato.

Segnatamente, sull’antieconomicità, il parere evidenzia che “*un imprenditore che debba dimensionare la sua offerta sul solo vitto dovrebbe acquistare celle congelamento e celle frigo più piccole, ma poi in caso di attivazione del servizio di sopravvitto si troverebbe a dover acquistare ed installare ulteriori celle con costi sicuramente maggiori rispetto alla realizzazione di celle di maggiori dimensioni utilizzate sia per il vitto che per il sopravvitto*”.

Sull’inadeguatezza del termine di venti giorni nel senso della sua eccessiva onerosità si postula che “*ordinare e installare solo alla richiesta di attivazione del servizio di sopravvitto le ulteriori celle frigo richiederebbe tempi incompatibili con il rispetto degli impegni presi (20 giorni di preavviso), esponendo l’operatore al rischio strutturale di inadempimento contrattuale*”.

3.7.5. Partendo da tali premesse (anti-economicità e inadeguatezza del termine), il parere si sofferma poi sui costi strutturali di cui l’operatore si dovrebbe fare carico sin da subito, senza avere la certezza dell’attivazione del sopravvitto, ed evidenzia in particolare (tra i più significativi) quelli relativi alle celle frigorifere, che varierebbero da circa euro 7.000 a euro 18.000 per singola cella, a seconda delle dimensioni. I costi di investimento strutturale per il servizio di vitto e la contemporanea pre-costituzione della capacità per il sopravvitto vengono così stimati in un totale

variabile da 72.000 euro (per le strutture detentive di piccole dimensioni) a 268.000 euro (per quelle di grandi dimensioni).

I professionisti incaricati evidenziano poi anche l'esistenza di alcuni costi fissi mensili comuni sia a vitto sia a sopravvitto (quali spese di manutenzione delle celle, spese per energia elettrica, costi di sanificazione dei locali), i quali, essendo per la maggior parte non comprimibili, renderebbero inefficiente, da un punto di vista economico, la mancata attivazione del sopravvitto. Tali costi varierebbero da un importo mensile di circa euro 1.300 a euro 4.300.

3.7.6. Con riferimento ai ricavi, il parere evidenzia che i ricavi per l'attività di vitto corrispondono al prezzo medio giornaliero per pasto (definito dall'operatore mediante ribasso sulla base d'asta), moltiplicato per il numero di pasti erogati, che dipende dalle presenze medie giornaliere nella struttura. I ricavi per l'attività di sopravvitto corrispondono invece alla somma dei singoli prezzi dei prodotti effettivamente acquistati, individuati nella spesa media per detenuto, (stimata pari ad euro 3,46), moltiplicata per le presenze medie giornaliere nella struttura penitenziaria.

Quanto poi ai margini commerciali, la marginalità di primo livello sul servizio di vitto, in assenza di ribasso sulla base d'asta, è stimata a circa il 35-40% dei ricavi. Nel caso dei servizi di sopravvitto si assume invece una marginalità che va dal 18% al 23% a seconda della dimensione della struttura, con un margine medio del 20% circa.

Detto margine di primo livello (vale a dire il differenziale tra prezzo di vendita e di acquisto dei beni dai fornitori) dovrebbe poi garantire l'assorbimento degli ulteriori costi gestionali del servizio quali i costi del personale, i costi delle manutenzioni, delle utenze, nonché l'ammortamento degli investimenti.

3.7.7. Nella tesi della società ricorrente, tale assorbimento non è appunto garantito nella fattispecie in esame, nella quale all'operatore economico si presenterebbe l'alternativa (i) di *“dimensionare il proprio investimento sul solo Vitto con conseguente equilibrio economico dell'offerta del solo Vitto, ma con l'impossibilità di attivare poi ex novo, in caso di richiesta dell'amministrazione, il servizio di Sopravvitto”, “sia per gli ingenti e duplicati investimenti in celle frigo e attrezzature”* (aspetto dell'antieconomicità), *“sia per i tempi necessari a predisporre una idonea struttura commerciale ed organizzativa”* (aspetto dell'eccessiva onerosità della clausola) oppure (ii) di *“sovradimensionare la struttura organizzativa sin dall'inizio accollandosi il rischio economico latente di mancata attivazione del servizio di Sopravvitto, a discrezione dell'amministrazione”*.

3.7.8. Nel parere si esclude quindi di poter formulare un'offerta prendendo in considerazione il solo vitto, in quanto l'operatore non sarebbe poi *“in grado di rispettare le richieste del bando che invece lo obbligano ad attivare il servizio di sopravvitto entro 20 giorni, laddove richiesto”*.

Dell'alternativa data, si ritiene praticabile allora la sola seconda ipotesi (pre-costituzione della capacità organizzativa), invece, *“la mancata attivazione del servizio di sopravvitto espone l'operatore ad un rischio non controllabile e insostenibile perché in grado d'inficiare anche la marginalità del servizio di Vitto, comportando ex post il default dell'offerta principale, per la quale il bando non prevede alcun ristoro economico”*.

3.7.9. Vengono quindi proposte delle simulazioni tese a dimostrare che l'operatore economico *“che predisponga un'offerta per il solo vitto, ma che al contempo debba implementare una capacità produttiva e organizzativa in grado di permettere l'attivazione del sopravvitto [...] si trova nella condizione di non riuscire a remunerare il capitale investito con conseguente disequilibrio economico – finanziario dell'offerta, nell'ambito della quale le componenti di costo incompressibili per l'assicurazione del sopravvitto finiscono per assorbire anche la marginalità attesa sul vitto”* (pag. 36 del parere).

3.8. Osservazioni sull'impossibilità di formulare offerta economica

Ritiene il Collegio che le considerazioni operate dalla ricorrente circa l'impossibilità di formulare l'offerta economica – e dunque circa la sussistenza della lezione prospettata – non siano condivisibili, per tre ordini di ragioni: (i) partono da premesse errate, (ii) si basano su assunti specifici elevati a regola generale del rapporto, senza che abbiano effettivamente tale caratteristica e, (iii) comunque, il calcolo di sostenibilità – formulato in linea generale e astratta per le strutture detentive italiane – non contempla alcun riferimento specifico ai costi del bando della Lombardia, impugnato nella presente sede.

3.8.1. Prima ragione

Anzitutto, la lamentata impossibilità di formulare un'offerta basata su un calcolo economico ragionevole per via dell'asserita necessitata correlazione tra vitto e sopravvitto (riconducibile alla lett. c dell'elenco di cui al par. 3.1) si fonda su un presupposto scorretto, vale a dire la pretesa di formulare un'offerta sulla base di una valutazione di convenienza economica complessiva, sol perché essa sarebbe così più efficiente per l'operatore economico che potrebbe avvantaggiarsi di economie di scala.

Si badi, nemmeno i professionisti incaricati dalla ricorrente giungono a sostenere che separare gli aspetti economici di vitto e sopravvitto (quanto a costi e ricavi) sia impossibile, né che tale separazione conduca di per sé a un esito negativo in cui i ricavi di ciascuno dei due servizi non sarebbero sufficienti ad assicurarne la remuneratività o comunque a coprirne i costi, bensì si limitano ad evidenziare la sussistenza di ragioni di convenienza economica (principalmente la possibilità di parametrare *ex ante* investimenti strutturali comuni ai due servizi) che garantirebbero

all'offerente di realizzare economie di scala e, quindi, garantirsi un margine superiore di ricavo, con conseguente maggiore utile di impresa.

Si è detto, tuttavia, che le ipotesi di immediata impugnazione del bando si pongono come speciali rispetto alla regola generale dell'impugnazione "a valle", sicché la lamentata diseconomia non è apprezzabile in questa sede, se non nei limiti in cui essa si traduca nell'inadeguatezza della base d'asta (per il vitto) a sopportare i costi, circostanza che invero non è nemmeno affermata dalla ricorrente.

Va inoltre osservato, in generale, che non sussiste un interesse protetto dell'operatore economico a che un bando sia formulato in termini tali da garantirgli il maggior utile possibile o il minor spreco di risorse, poiché l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione è volto a garantire la migliore gestione dei servizi in termini di efficienza, efficacia ed economicità, interesse fisiologicamente diverso da quello dell'operatore economico, volto a conseguire un utile d'impresa.

In tale prospettiva, anche alla luce dell'annullamento della precedente gara del 2017 – la quale, si ripete, considerava unitariamente vitto e sopravvitto e la cui base d'asta è stata giudicata insufficiente a coprire i costi – la decisione dell'amministrazione di tenere distinti i due servizi di vitto e sopravvitto, rendendo il secondo eventuale, non è in sé irragionevole.

Peraltro, è la stessa ricorrente ad evidenziare le caratteristiche di diversità dei due servizi, ponendosi il primo effettivamente come prestazione a favore dell'amministrazione carceraria (fornitura pasti), che crea un flusso di cassa certo per l'impresa come corrispettivo della prestazione erogata (e quindi segue la struttura dell'appalto), mentre il secondo – avendo quale corrispettivo dell'accordo contrattuale con l'amministrazione il diritto di gestire quell'attività – si risolve in una prestazione diretta agli ospiti della comunità carceraria, con introiti che dipendono dalle richieste dell'utenza, singolarmente autorizzate dalla direzione carceraria, e che potrebbero essere, in ipotesi, anche significativamente superiori o inferiori a quelli degli anni precedenti.

Conclusivamente sul presente punto, tutto ciò che attiene al mero risparmio atteso da parte della società ricorrente qualora la gara avesse contemplato con certezza l'erogazione di vitto e sopravvitto non è rilevante nella presente sede.

Esulano anche dal presente giudizio tutti gli aspetti – invero nemmeno oggetto di censura – attinenti all'ipotesi di omesso confronto competitivo sul servizio di sopravvitto, poiché non si versa nel caso (di cui al punto ii del paragrafo 3.1 che precede) in cui l'operatore economico contesti che la gara sia mancata per affidamento diretto del contratto, interesse che sarebbe azionabile dall'operatore di settore non affidatario del servizio di sopravvitto.

3.8.2. *Seconda ragione*

Residua, quindi, dei due profili lesivi lamentati dalla ricorrente, solo quello riconducibile alla lettera d) dell'elenco sopra ricordato (par. 3.1), cioè la sussistenza di condizioni negoziali che rendono il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente.

3.8.2.1. Specificamente, il rapporto contrattuale sarebbe reso eccessivamente oneroso dalla imposizione di un termine di 20 giorni per l'attivazione del sopravvitto e dalla previsione di una sorta di sospensione *ad nutum* del sopravvitto da parte dell'amministrazione.

Le due clausole sarebbero tali da condurre l'offerta economica al *default*, in quanto i costi del sopravvitto, fisiologicamente remunerati dai ricavi del medesimo, inciderebbero allora patologicamente sui ricavi del vitto, sino ad azzerarli e renderli negativi: da un lato, la clausola impositiva del termine di 20 giorni costringerebbe l'impresa a una sovradotazione strutturale, pur di non rendersi successivamente inadempiente, i cui costi verrebbero a gravare sui ricavi del vitto in caso di mancata attivazione del sopravvitto; dall'altro lato, l'eventuale esercizio del potere di sospensione finirebbe per erodere anche i ricavi attesi sul vitto.

3.8.2.2. Ritiene il Collegio che la lesione affermata non sussista: invero, la prospettazione della ricorrente è tale da elevare indebitamente a regola generale del rapporto aspetti specifici e circoscritti del medesimo, i quali non sono idonei a incidere sul rapporto in termini così generali da condurre l'offerta economica a un *default*. Si ribadisce ancora che quanto sindacabile nel vaglio anticipato della presente sede, infatti, non è la sussistenza di clausole illegittime *ex se*, bensì la loro eventuale attitudine a pervertire l'«equilibrio economico» contrattuale dell'offerta.

3.8.2.3. Venendo all'analisi della struttura contrattuale, si è detto che la gara è volta alla conclusione di un accordo quadro per l'affidamento del servizio per il vitto dei detenuti e internati per una serie di istituti penitenziari della Lombardia e del servizio di sopravvitto, se non gestito in forma diretta dalla singola struttura detentiva.

Come per tutti gli accordi quadro, la logica retrostante – esplicitata dall'art. 3 del d. lgs. n. 50 del 2016 – è quella per cui la stazione appaltante mira a stabilire, concludendo l'accordo con un operatore economico, le clausole relative agli appalti da affidare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste.

In tale prospettiva, il contraente che si aggiudica la gara non acquisisce un diritto a rendere il servizio all'amministrazione nella misura massima del valore stimato in sede di accordo quadro, bensì ad essere l'operatore che stipulerà i singoli contratti specifici, di volta in volta conclusi secondo le esigenze delle singole amministrazioni. Con una struttura analoga, ad esempio, nel caso specifico degli accordi quadro per l'affidamento di servizi integrati, viene normalmente stabilito *ex ante* un servizio necessariamente oggetto di fornitura e vengono individuati una serie di ulteriori

servizi operativi, attivabili o meno sulla base delle specifiche esigenze dell'amministrazione che stipula il contratto derivato.

Nei casi rassegnati, quindi, l'operatore non ha la certezza di fornire integralmente il servizio nei confronti delle amministrazioni contraenti per il sol fatto dell'aggiudicazione della gara sull'accordo quadro, né di rendere necessariamente tutte le tipologie di servizio contemplate dall'accordo quadro medesimo.

Nel caso in esame, la decisione del Provveditorato regionale è stata conforme alla logica ora tracciata, definendo *ex ante* che, con la stipulazione dei contratti specifici, sarà affidato il servizio del vitto per tutte le strutture carcerarie e, qualora attivato dalla singola amministrazione che non decida di gestirlo in economia, anche il servizio di sopravvitto. In ragione di ciò, ha calcolato una base d'asta relativa al servizio di vitto, l'unico – dei due – remunerato dall'amministrazione con la corresponsione di un prezzo a titolo di corrispettivo.

Quanto al sopravvitto – remunerato invece in dipendenza del numero di richieste dei detenuti in un determinato periodo, con l'*alea* tipica di una concessione di servizi – ha precisato, definendoli valori indicativi, quali siano stati i ricavi del biennio antecedente alla gara.

Né avrebbe avuto senso che del sopravvitto si tenesse conto per la formulazione della base d'asta del vitto, relativa appunto a diverso e separato servizio. Diversamente opinando, anzi, la base d'asta sarebbe stata sovrastimata, determinandosi una duplice remunerazione del servizio di sopravvitto: una prima volta per effetto della sovrastima della base d'asta del vitto (per determinare la quale si sarebbe dovuto tenere conto anche dei costi di gestione del servizio di sopravvitto) e una seconda volta per effetto dei ricavi propri del sopravvitto (cioè il pagamento effettuato dai detenuti, con le modalità proprie del *peculio* e per il tramite dell'amministrazione).

Né può ragionevolmente sostenersi che i servizi di vitto e sopravvitto siano inscindibili. Essi sono infatti connotati da caratteristiche diverse: hanno oggetti diversi, anche quanto alla fornitura delle materie prime, si atteggiavano in modalità differente quanto ai ricavi e alla remunerazione dell'operatore economico, si strutturano l'uno come un appalto di fornitura e l'altro come una concessione di servizi.

Tantomeno, può configurare un motivo di inscindibilità dei servizi il fatto che, se entrambi i servizi siano resi da un medesimo operatore, questo conseguirebbe delle economie di scala; trattasi invero di un ragionamento che attiene alla sola sfera dell'operatore economico e che, peraltro, sarebbe ripetibile per tutti i servizi di un medesimo settore.

3.8.2.4. Ciò precisato, ne discende – avuto riguardo all'ammissibilità dell'impugnazione nei soli limiti in cui questa denunci l'impossibilità di formulare un'offerta – che la scelta

dell'amministrazione di distinguere vitto e sopravvitto (nel senso dell'assegnazione solo eventuale di quest'ultimo) non è in questa sede contestabile se non nei termini in cui essa determini un'oggettiva preclusione all'effettuazione della necessaria valutazione della convenienza economica ai fini della partecipazione alla gara. Detta impossibilità non è *ex se* predicata nemmeno dalla ricorrente, che si appunta infatti sulla ristrettezza del termine di 20 giorni per l'attivazione del sopravvitto, dal quale solo deriverebbe la necessità di pre-costituire la capacità gestionale "al buio" e, quindi, l'eventuale *default* dell'offerta.

3.8.2.5. Si tratta allora di verificare quali siano le previsioni della legge di gara circa l'attivazione dei servizi di vitto e sopravvitto.

Al paragrafo 4 del capitolato prestazionale, è previsto, conformemente al bando e al disciplinare, che *"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"* e che *"in vigore 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 vigore 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"*.

Diversamente da quanto rappresentato dalla ricorrente, che focalizza l'attenzione sul termine di 20 giorni come se esso fosse il termine massimo e generale di attivazione del sopravvitto, il servizio potrà invero essere attivato (i) in sede di sottoscrizione del contratto specifico, unitamente al vitto oppure, (ii) se non attivato in sede di sottoscrizione del contratto specifico, con un atto aggiuntivo successivo durante il corso del rapporto, con un preavviso di venti giorni.

Avuto riguardo alla disciplina complessiva del rapporto, si deve evidenziare che non è nemmeno posto un termine di preavviso per la conclusione del contratto specifico con la struttura detentiva (attinente il solo vitto oppure congiuntamente vitto e sopravvitto).

Ciononostante, significativamente, la società ricorrente non si duole del fatto che non sia previsto un termine per l'attivazione del vitto e che quindi, una volta concluso il contratto specifico per vitto

e sopravvitto, essa non avrebbe il tempo di preconstituirsì la capacità organizzativa per la gestione di un servizio di valore notevolmente superiore (il solo vitto ha un valore doppio rispetto al sopravvitto). Tale circostanza è indice delle pretestuosità della lamentata inadeguatezza del termine. Non solo, se è vero, come afferma la ricorrente, che in fase di pre-costituzione della capacità produttiva relativa al servizio di vitto sia più economico (sino al punto da ritenerla indispensabile) organizzarsi anche per il sopravvitto, questo è proprio quanto avverrà in sede di sottoscrizione del contratto specifico, attinente vitto e sopravvitto. A ben vedere, il lamentato termine di 20 giorni attiene alla sola ipotesi – non generale – in cui, a contratto specifico già in esecuzione e stipulato solo per il vitto, la struttura detentiva decida poi di attivare anche il sopravvitto, sino a quel momento gestito direttamente dalla stessa, e sempre che nel medesimo atto aggiuntivo non sia indicata una diversa data di esecuzione concordata dalle parti (così è infatti previsto nel modello di accordo quadro, che recita: *“Alla stipula del predetto atto aggiuntivo il Fornitore è obbligato e, pertanto, dalla data di stipula ovvero da altra data, purché indicata nell’atto stesso, è tenuto a dare esecuzione al Servizio di Sopravvitto nelle modalità e termini indicati nel Capitolato prestazionale. In quest’ultima ipotesi, la determinazione dell’Amministrazione di attivare il Servizio di Sopravvitto deve essere comunicata al Fornitore almeno 20 giorni prima della data fissata per la stipula dell’atto aggiuntivo”*).

In tal modo ristretta l’area dell’ipotetica lesione, va allora evidenziato che il termine di 20 giorni attiene all’ipotesi marginale e residuale di attivazione del servizio di sopravvitto in corso di esecuzione del contratto specifico.

Inoltre, esso non si pone affatto quale un termine “capestro” che costringa l’operatore a una repentina organizzazione, bensì è posto quale termine dilatorio e di garanzia (preavviso di almeno venti giorni), affinché questo possa subentrare in un servizio già in atto e reso dall’amministrazione con modalità idonee a garantire la continuità del servizio.

L’eventuale e ipotetica impossibilità di attivare il sopravvitto nel termine di 20 giorni, relativamente a una data struttura, lungi dal ridondare sulla complessiva configurazione dell’accordo quadro, potrà quindi rilevare quale inadempimento. A tale proposito, deve essere ulteriormente considerato che il capitolato prestazionale stabilisce gli effetti dell’inadempimento, al quale non consegue l’immediata risoluzione del contratto e che può, comunque, essere fatto valere decorso un ulteriore termine di 15 giorni assegnato per porre fine all’inadempimento (artt. 10 e 11 del capitolato prestazionale).

È scorretto, quindi, desumere dal costruito contrattuale che l’operatore economico sia costretto a preconstituirsì la capacità organizzativa per avviare il sopravvitto in generale e con riferimento a tutte le strutture detentive al fine di evitare le conseguenze di un eventuale, incerto e futuro

inadempimento limitato alla marginale ipotesi di richiesta di sopravvitto in corso di esecuzione del rapporto per talune delle strutture del lotto.

Dalle osservazioni sopra svolte consegue l'insussistenza della lesione lamentata, per l'inesistenza di un termine generale di adempimento di 20 giorni.

3.8.2.6. La società ricorrente lamenta inoltre che il *default* dell'offerta economica parametrata sui soli costi del vitto – conformemente le richieste del bando – si verificherebbe anche in un'altra ipotesi, quando cioè l'amministrazione che abbia affidato il sopravvitto all'impresa decida poi di sospenderlo, senza che sia previsto alcun conguaglio o meccanismo di ristoro economico. Venendo meno in corso di esecuzione i ricavi sul sopravvitto, i costi strutturali già sostenuti per il sopravvitto dovrebbero comunque essere sopportati, con la conseguenza che essi ridonderebbero sui margini commerciali relativi al vitto, sino ad eroderli. L'offerta che, come richiesto dal bando, contempli solo i costi del vitto sarebbe quindi insostenibile economicamente. Da qui un ulteriore profilo di immediata lesività del bando.

La tesi della ricorrente è infondata.

Anzitutto, va evidenziato che il potere di sospendere il sopravvitto non si atteggia, nell'economica contrattuale complessiva, come una sorta di generale recesso *ad nutum* dal servizio, bensì l'amministrazione si riserva “*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.)*”.

Si deve inoltre notare che trattasi di ipotesi eccezionali e che, come tali, non sono idonee ad incidere, diversamente da quanto prospettato dalla ricorrente, sull'economia complessiva dell'offerta.

Il potere di sospensione, insomma, non equivale a una revoca e il suo esercizio è legato all'integrazione di eccezionali motivi di ordine e sicurezza, correttamente presi in considerazione data la peculiare caratteristica del servizio, reso in favore di persone ristrette.

Tuttavia, non è predicabile in linea generale che la sospensione del servizio di sopravvitto (ad esempio, in una data struttura penitenziaria per il numero di giorni necessario a sedare una rivolta) sia tale – per latitudine, per durata nel tempo, nonché in ragione del momento di esecuzione del contratto in cui interviene – da generare un effetto sui ricavi attinenti al vitto.

In assenza di tale effetto generale, allora, non è fondata la prospettazione della ricorrente, la quale ipotizza che i mancati ricavi del sopravvitto sospeso arriveranno ad erodere tutti i ricavi attesi sul sopravvitto e persino quelli del vitto.

Avuto riguardo alla più volte richiamata eccezionalità delle ipotesi di impugnazione immediata del bando, da quanto sopra argomentato discende che l'assenza della previsione di indennizzo rileverà, allora, in altra sede, ed eventualmente al verificarsi effettivo della lesione.

3.8.3. Terza ragione

Infine, *ad abundantiam*, si deve osservare un terzo dato.

Si è detto del parere *pro veritate* teso a dimostrare l'impossibilità di formulare un'offerta che si basi sul solo vitto e delle stime in esso compiute.

Il calcolo del *default* strutturale dell'offerta analizza nel dettaglio ipotetiche voci di costo, tra le quali sono significative quelle relative all'acquisto o al *leasing* delle celle.

Tuttavia, nel parere *pro veritate* depositato dalla società ricorrente non si fa alcun riferimento all'elenco di attrezzature concesse in uso dall'amministrazione per il servizio di vitto, in alcun modo considerate nelle simulazioni dei costi e, dunque, non valorizzate.

Eppure, il documento "Integrazione al documento 'PRAP Lombardia - Appendice 1, 2 e 3 al capitolato' Impianti e/o attrezzature" prodotto dalla stessa ricorrente (*sub* 14 in allegato alla memoria del 5 settembre 2020) evidenzia che vi è una consistente serie di attrezzature già esistente all'interno delle case circondariali lombarde e concessa in uso all'aggiudicatario. Tra di esse figurano ventiquattro celle frigo, oltre ad altri frigo, freezer, scaffalature, bilance e attrezzatura varia. Ciononostante, il documento della ricorrente non valorizza tale significativo risparmio di costi.

Ne deriva che, nemmeno aderendosi all'ipotesi dell'obbligatoria pre-costituzione delle dotazioni strutturali del sopravvitto, si potrebbe giungere a dimostrare che, con riferimento al bando della Lombardia, l'offerta economica sul vitto andrebbe in *default* qualora non venisse attivato il sopravvitto.

È sufficiente avere riguardo ai calcoli effettuati nel parere della ricorrente, ove si afferma che il costo di una cella varia da circa euro 7.000 a euro 18.000 e si stimano i costi di investimento strutturale congiunti per vitto e sopravvitto in valori variabili da 72.000 euro a 268.000 euro, per avere evidenza dell'incidenza significativa, in termini di risparmio di costi, della messa a disposizione delle celle e di altre strutture da parte dell'amministrazione e, quindi, della inaffidabilità – in quanto non parametrato al caso concreto – del giudizio di insostenibilità dell'offerta economica.

Lo stesso dato emerge anche dalle simulazioni compiute per dimostrare il *default* dell'offerta (pag. 36 e seguenti del parere): ove, se si ipotizzi di togliere anche solo una parte dei costi imputati per l'ammortamento delle celle, l'offerta non è allora più in *default*.

4. *Primo motivo di ricorso*

Quanto sinora ritenuto circa l'insussistenza della lesione lamentata e la possibilità di formulare un'offerta relativa al solo vitto conduce alla reiezione del primo motivo di ricorso, con il quale, per l'intrinseca connessione degli aspetti di ammissibilità dell'azione impugnatoria e fondatezza, si fa valere l'illegittimità del bando sotto gli aspetti sinora considerati.

4.1. Sinteticamente, il bando sarebbe illegittimo in quanto non fondato su un previo piano economico-finanziario che consideri unitariamente le voci di vitto e sopravvitto, le loro reciproche interferenze e la rilevanza complessiva di entrambe negli equilibri economici e regolamentari della gara e in quanto la legge di gara non considererebbe nella strutturazione della base d'asta il sopravvitto.

Si è tuttavia sopra argomentato – e a ciò si rinvia – circa la non necessaria correlazione dei due servizi e circa l'assenza di interferenze ai fini della formulazione dell'offerta.

4.2. Si è altresì detto che, correttamente, la base d'asta su cui formulare offerta non contempla il sopravvitto (e in particolare i suoi costi), poiché essa è riferita esclusivamente al servizio di vitto, mentre il secondo è diversamente remunerato.

Come già osservato, diversamente opinando si finirebbe per remunerare due volte il sopravvitto: una prima volta con una sovrastima della base d'asta relativa al vitto e una seconda volta per il tramite dei ricavi propri del sopravvitto.

4.3. Si rinvia ancora a quanto già sopra ritenuto sull'insussistenza di un potere generale di sospensione *ad nutum* dell'erogazione del sopravvitto e sulla irrilevanza, nella presente sede, della futura sospensione, al verificarsi della quale sarà integrata la lesione dell'aggiudicatario ed essa sarà dunque tutelabile.

4.4. Ancorché non vi sia poi un vincolo conformativo rispetto ai principi giuridici enunciati nelle sentenze di altri T.A.R. in relazione alla gara del 2017, si evidenzia in ogni caso che, come già sopra osservato, la presente gara differisce sotto molteplici aspetti da quella del 2017, sicché le osservazioni formulate nelle sentenze relative a quella gara non sono affatto immediatamente sovrapponibili alla presente fattispecie.

4.5. Nello specifico, la ricorrente ritiene, argomentando sulla base della sentenza T.A.R. Piemonte, Sez. I, 19 aprile 2018, n. 464, resa in relazione al precedente bando del 2017, che il bando di gara sarebbe illegittimo anche nella misura in cui l'accordo quadro rinvia, per la determinazione di una *“serie di prestazioni fondamentali ai fini della concreta organizzazione del Servizio”* a un ulteriore *“contratto applicativo che non è tra la documentazione di gara”* e a un *“atto di regolamentazione del servizio”*, parimenti non allegato alla documentazione di gara.

Così formulata, la censura non supera il vaglio di ammissibilità ed è comunque infondata.

Da un lato, la ricorrente non specifica quali prestazioni non sarebbero indicate nella documentazione di gara, al punto da rendere impossibile la formulazione dell'offerta.

Dall'altro lato, nel merito, la complessiva analisi degli atti di gara porta a ritenere che la regolamentazione di dettaglio renda possibile per le parti una consapevole presentazione dell'offerta, tenendo sempre conto che essa deve essere limitata al solo vitto e che il sopravvitto sarà eventualmente attivato su richiesta della singola struttura carceraria. Nello specifico, il capitolato prestazionale (unitamente alle appendici al medesimo) fa riferimento alle tabelle vittuarie, all'elenco dei generi che dovranno essere forniti in esecuzione del sopravvitto (cd. modello 72), alle modalità e agli orari di somministrazione del servizio di vitto, nonché al necessario rispetto dei criteri ambientali minimi; determina inoltre l'ammontare del valore del sopravvitto per gli anni 2018 e 2019 con riferimento a ciascun istituto, indica i locali da destinare al sopravvitto e il costo di occupazione; il disciplinare di gara prevede altresì l'effettuazione di un sopralluogo, ad esito del quale l'operatore economico può trarre ancora maggiori elementi conoscitivi sullo stato dei luoghi e quindi sulle modalità concrete di espletazione del servizio.

Infine, deve essere evidenziato che, proprio nella logica dell'accordo quadro alla cui conclusione è finalizzato il bando, il contratto specifico che seguirà non potrà che introdurre previsioni applicative compatibili con il capitolato prestazionale e la disciplina di gara e che l'eventuale difformità del contratto specifico dall'accordo quadro potrà essere dedotta in tale sede.

Fermo quanto sopra precisato circa la sufficienza della regolazione dell'oggetto di gara ai fini della formulazione dell'offerta, discorso analogo vale anche per l'atto di regolamentazione del servizio, di cui al punto 5.2 del capitolato prestazionale, il quale determinerà la regolazione di dettaglio del rapporto di mero rilievo esecutivo, non essendo ragionevolmente prospettabile che in sede di aggiudicazione di un accordo quadro debbano essere già definite minuziosamente le concrete modalità esecutive del servizio, le quali devono invece rispondere alle specifiche esigenze delle singole realtà concrete.

In ragione delle sopra esposte considerazioni, il primo motivo deve essere complessivamente respinto.

5. Secondo e terzo motivi di ricorso

Ritiene il Collegio che i motivi secondo e terzo di ricorso siano inammissibili, così come da avviso *ex art. 73*, comma 3, c.p.a. effettuato all'udienza del 10 novembre 2020.

Con essi si lamentano illegittimità (relative all'attribuzione dei punteggi e all'applicazione dei CAM) che non determinano invero alcuna impossibilità di formulare un'offerta seria e consapevole.

Ne consegue che l'eventuale illegittimità del punto 8 del disciplinare – e in particolare della modalità di attribuzione dei 20 punti (sui 70 totali dell'offerta tecnica) per 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*” – dovrà essere valutata in altra sede, a valle della presentazione e valutazione delle offerte.

Lo stesso vale per l'eventuale illegittimità della clausola di cui al punto 2.1 del disciplinare, relativa al rispetto dei criteri ambientali minimi (CAM) di cui al D.M. 10 marzo 2020 del Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare.

La censura non è infatti formulata nel senso che il rispetto dei nuovi CAM comporterebbe costi tali da rendere incapiente la base d'asta, diversamente da quanto lamentato rispetto alla gara del 2017.

L'analisi di ulteriori aspetti di eventuale illegittimità è dunque riservata a una fase successiva alla presente e al verificarsi dell'effettiva lesione.

Le deduzioni della ricorrente si appuntano poi principalmente sul fatto la stazione appaltante avrebbe dovuto assegnare ai concorrenti, al fine di presentare le offerte, almeno il termine contemplato dall'articolo 60 del Codice decorrente dalla entrata in vigore del decreto ministeriale del 10 marzo 2020 e cioè dal 2 agosto 2020.

Considerato tuttavia che, dopo l'indizione del bando, il termine di presentazione delle offerte è stato dapprima prorogato dall'amministrazione e poi sospeso dal T.A.R., sotto tale limitato profilo l'interesse alla coltivazione della censura è anche venuto meno.

6. Sull'istanza istruttoria

Da quanto sopra discendono l'infondatezza e l'inammissibilità del ricorso, nonché l'inammissibilità dell'istanza istruttoria formulata dalla ricorrente, formulata in relazione a documenti istruttori la cui acquisizione non è necessaria nella presente sede, in quanto non sussiste la lesione lamentata.

7. Spese

Le spese di lite devono essere integralmente compensate tra le parti, in considerazione della complessità della questione sottoposta al vaglio del Tribunale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile e in parte lo respinge, nei sensi di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25, comma 2, del decreto legge n. 137 del 2020, attraverso la piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa di cui all'Allegato 3 al decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134 del 22 maggio 2020, con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere

Laura Patelli, Referendario, Estensore