



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL LAZIO

UFFICIO DEL CONTROLLO PREVENTIVO DI LEGITTIMITÀ

Al Ministero della Giustizia
Dipartimento Amministrazione Penitenziaria
Provveditorato Regionale dell'Amministrazione
Penitenziaria per il Lazio, l'Abruzzo e il Molise
via San Francesco di Sales 35
ROMA
PEC: pr.roma@giustiziacert.it

E p.c. Alla Ragioneria territoriale dello Stato di Roma
Via Parboni, 6
00153 – ROMA
PEC: rts-rm.rgs@pec.mef.gov.it

In ordine al provvedimento entro indicato si comunicano le osservazioni di questo Ufficio.

IL MAGISTRATO ISTRUTTORE

(Ref. Ottavio Caleo)

VISTO

IL CONSIGLIERE DELEGATO

(Cons. Alessandro Forlani)

**Oggetto: Controllo preventivo di legittimità ai sensi dell'art. 3 comma 1 Legge n. 20/94.
Decreto n. 51649 del 24 giugno 2021 di approvazione del contratto Rep. 117 del 16/06/2021, sottoscritto tra il Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria per il Lazio, l'Abruzzo e il Molise e la ditta Rag. Pietro Guarnieri e figli s.r.l. (Corte dei conti prot. n. 4939 del 28/06/2021).**

OSSERVAZIONI DELL'UFFICIO DI CONTROLLO

Il decreto in esame approva il contratto specifico indicato in oggetto, discendente dall'Accordo Quadro rep. n. 116 del 16 giugno 2021, ai sensi dell'art. 54, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 (della durata di anni due, con opzione di prosecuzione per un ulteriore anno, decorrenti dal 1° luglio 2021) per l'affidamento del Servizio per il Vitto dei detenuti e internati attraverso l'approvvigionamento e la consegna delle derrate alimentari necessarie al confezionamento dei pasti giornalieri completi (colazione, pranzo e cena) ai sensi dell'art. 9 della legge 26 luglio 1975, n. 354, nel rispetto dei criteri ambientali minimi (CAM) di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 10 marzo 2020, con assicurazione del Servizio per il Sopravvitto, di cui all'art. 9, comma 7 della legge 26 luglio 1975, n. 354. Lotto di gara n. 4 46-Lazio 4 (Casa Circondariale di Frosinone, Casa Circondariale di Cassino, Casa Circondariale di Latina).

Il decreto approva una spesa presunta di euro 1.720.026,00, con assunzione di appositi impegni di spesa per gli anni 2021 (euro 719.819,10), 2022 (euro 602.009,10) e 2023 (euro 398.197,80).

L'art. 4 del contratto prevede, quale termine iniziale di durata, il 1° luglio 2021, senza considerare i termini per l'esercizio delle attività di controllo intestate a questa Corte, fissati dall'art. 27 della legge n. 340/2000.

Tenuto conto che trattasi, con ogni evidenza, di contratto già in corso di esecuzione, si rammenta, sin da ora, che il controllo di legittimità di cui all'art. 3, comma 1, della legge n. 20/1994 viene concepito come condizione sospensiva dell'efficacia del provvedimento che vi è assoggettato, con la conseguenza che, in caso di esecuzione anticipata, rimangono interamente a carico dell'Amministrazione i rischi di un esito negativo del controllo.

1. Richiesta di elementi concernenti il rispetto dei limiti normativi in tema di stipula di contratti pubblici c.d. *stand still* sostanziale

Il decreto non dà conto della riscontrata presenza delle condizioni di legge per procedere alla stipula del contratto a valle dell'aggiudicazione definitiva: dalle premesse è dato evincere solo che la stipula del contratto (datato 16 giugno 2021) è intervenuta, in conformità all'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, entro sessanta giorni da quando è divenuta efficace l'aggiudicazione (nel caso di specie la dichiarazione di intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva risale al 7 giugno 2021).

Ciò posto, si chiede di comprovare il rispetto dei limiti di c.d. *stand still* sostanziale alla luce di quanto previsto dall'art. 32, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui “*Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione*”, fornendo informazioni, con idoneo riscontro documentale, in ordine alla tempistica dell'invio agli operatori interessati delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione in discorso.

2. Richiesta di elementi concernenti il rispetto dei limiti normativi in tema di stipula di contratti pubblici (c.d. *stand still* processuale)

L'art. 32, comma 11 del d.lgs. n. 50/2016 prevede che “*Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all'Allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare*”.

Si chiede di fornire elementi in ordine all'accertata insussistenza delle condizioni ostative alla stipula del contratto previste dalla norma sopra richiamata (anche in questo caso non direttamente desumibili dal decreto trasmesso per il controllo e dal contratto che reca, nelle premesse, un laconico riferimento a ricorsi avviati avverso gli atti di gara).

Si chiede, in generale, di fornire una ricognizione complessiva e aggiornata del contenzioso relativo alla procedura finalizzata alla stipula del presente contratto e ai relativi atti.

3. Rilievi concernenti la determinazione dell'oggetto del servizio affidato

L'art. 3 del contratto specifico, nel definire l'oggetto del negozio, stabilisce che il fornitore, oltre a prestare il Servizio di vitto in favore di detenuti e internati, sia tenuto *“ad assicurare il Servizio di Sopravvitto, come definito al par. 4 del Capitolato prestazionale, per tutta la durata del presente Contratto specifico”* presso tutti gli Istituti Penitenziari ricadenti nel lotto in questione.

A mente dell'art. 4 del succitato Capitolato, *“Il Servizio per il Sopravvitto costituisce un servizio la cui attivazione è opzionale e non obbligatoria per l'Amministrazione contraente che può, per quanto previsto dalla normativa vigente, riservarne la gestione in via diretta alle singole Direzioni degli Istituti. Pertanto, in vigenza dell'Accordo quadro, l'Amministrazione contraente, se non dovesse avvalersi della gestione diretta, oltre al Servizio (obbligatorio) per il Vitto, attiverà, altresì, il Servizio (opzionale) per il Sopravvitto anche, eventualmente, solo per alcune delle sedi del singolo Lotto. In ogni caso, il Fornitore è tenuto ad assicurare tale Servizio quando ne è richiesta l'attivazione. Il Servizio per il Sopravvitto, una volta attivato, andrà a scadenza con il Servizio principale per il Vitto. In caso di esercizio dell'opzione di prosecuzione dell'Accordo quadro per un ulteriore anno, l'Amministrazione contraente potrà nuovamente valutare se attivare il Servizio per il Sopravvitto – anche solo per alcune delle sedi del Lotto – ovvero proseguire con il solo Servizio principale del Vitto. In corso di vigenza dell'Accordo quadro, il Servizio per il Sopravvitto può essere attivato, con preavviso di almeno venti giorni, mediante sottoscrizione di un atto aggiuntivo al Contratto specifico.*

L'Amministrazione contraente si riserva, in ogni caso, il potere di sospendere il Servizio per il Sopravvitto per motivi di ordine e sicurezza nonché per la tutela di superiori interessi primari della collettività penitenziaria (es., per motivi sanitari, di salute, ecc.)”.

L'esame delle condizioni generali di attivazione ed espletamento del Servizio di Sopravvitto nel capitolo prestazionale, poste a base del contratto approvato dal decreto oggetto del presente controllo, genera delle perplessità sul piano della legittimità a monte delle modalità di determinazione dell'oggetto del servizio da affidare.

L'Accordo quadro realizza, difatti, un collegamento negoziale tra il contratto specifico di vitto (avente la tipica struttura dell'appalto) e l'atto aggiuntivo di sopravvitto che assume le forme della concessione di servizi in ragione dell'assunzione del “rischio operativo” legato alla gestione dell'attività: l'art. 9 del contratto specifico prevede, infatti, che *“Per il Servizio di Sopravvitto l'attività dell'Appaltatore è interamente remunerata, come da normativa vigente, dal prezzo corrisposto dai detenuti per gli acquisti effettuati con i fondi del proprio peculio personale”.*

La *lex specialis* di gara ha previsto, tuttavia, che gli operatori economici interessati fossero tenuti a formulare le proprie offerte solo in relazione al servizio di vitto (con base

d'asta, al netto di IVA, riferita al servizio giornaliero per ciascun detenuto (diaria), pari a euro 5,70, al netto degli oneri per la sicurezza da interferenza non soggetti a ribasso).

La stessa disciplina di gara rimette, invero, alla discrezionale valutazione di ciascun istituto di pena, anche nell'ambito del singolo lotto, la richiesta di fornitura *ex post* del sopravvitto, opzionale e attivabile sostanzialmente *ad nutum* (con preavviso di soli 20 giorni), con pregiudizio per il concorrente sul piano della conoscenza dei possibili ricavi della gestione, elemento indispensabile al fine di formulare un'offerta ponderata nonché dell'esigenza di pianificare i costi necessari all'eventuale approntamento del servizio stante l'incertezza sul volume potenziale dei ricavi conseguibili da tale ulteriore attività.

Si rileva, in questo senso, un possibile *vulnus* con le regole generali in tema di criteri di aggiudicazione dell'appalto fissate dall'art. 95, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui *“I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta”* e *“garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva”*.

Da quanto precede scaturisce l'impossibilità di prevedere anticipatamente gli effetti economici del contratto all'atto della presentazione della domanda di partecipazione in violazione delle regole che, anche sotto il profilo della tutela degli operatori del mercato, impongono con rigore la determinazione del valore del contratto: si richiama, in questa prospettiva, l'art 35, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i. secondo cui *“il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore”* e *“tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore prevedono premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tengono conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto”*.

Tale rigore è imposto anche in caso di Accordo quadro dal comma 16 dello stesso art. 35 in forza del quale *“Per gli accordi quadro e per i sistemi dinamici di acquisizione, il valore da prendere in considerazione è il valore massimo stimato al netto dell'IVA del complesso dei contratti previsti durante l'intera durata degli accordi quadro o del sistema dinamico di acquisizione”*.

Siffatto aspetto di indeterminatezza dell'oggetto contrattuale appare al di là dei limiti di flessibilità riconosciuti dall'attuale normativa sulla contrattualistica pubblica con riguardo alle opzioni di proroga tecnica del contratto in scadenza (cfr. art. 106, comma 11, codice dei contratti pubblici) o all'art. 63, comma 5, dello stesso codice che regola l'affidamento di nuovi lavori o servizi consistenti, pur sempre, nella *“ripetizione di lavori o servizi analoghi”*, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici.

Ulteriori profili di criticità riguardano anche le modalità di disattivazione del servizio di sopravvitto che, pur esperibili in presenza di precise ragioni di interesse pubblico, non contemplano meccanismi compensativi in grado di neutralizzare le perdite scaturenti dal mancato ammortamento delle voci di costo fisso già impegnate dall'operatore, come previsto, invece, nel caso di revoca di concessioni per motivi di pubblico interesse ai sensi dell'art. 176, comma 4, del codice dei contratti pubblici.

La stessa incertezza sulla durata dell'affidamento del sopravvitto appare non in linea con l'art. 168 del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui *“la durata delle concessioni è limitata ed è determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. La stessa è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa”*.

Ciò posto, **si chiedono informazioni ulteriori e chiarimenti sulle problematiche sopra indicate, corredate da eventuale documentazione integrativa.**

4. Richiesta di chiarimento in ordine a durata di Accordo quadro, contratto specifico e relativa proroga

L'art. 4 del contratto specifico prevede una durata di due anni, dal 1° luglio 2021 al 30 giugno 2023, stabilendo che, alla scadenza, *“lo stesso potrà essere oggetto di prosecuzione tecnica (art. 106, comma 11, del Codice) per il tempo necessario a stipulare un nuovo Contratto specifico ovvero a portare a conclusione la procedura per l'individuazione di un nuovo contraente”*.

Tale previsione è speculare a quella dell'art. 4 del relativo Accordo quadro che sancisce la facoltà dell'Amministrazione contraente di prolungare la durata per un massimo di un ulteriore anno, previa verifica, da parte del RUP, della sussistenza delle condizioni per proseguire nel rapporto instaurato con l'Accordo.

Le suddette previsioni pattizie sollevano delle perplessità sul piano della compatibilità con la rigorosa disciplina in tema di c.d. proroga tecnica oggi prevista dall'art. 106, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016 che, come chiarito anche dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., *ex multis*, TAR Campania, sentenza 2 aprile 2020, n. 1312), la limita al tempo strettamente necessario *“alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente”* mentre, nel caso di specie, l'istituto viene esteso, a discrezione dell'Amministrazione, anche *“al tempo necessario a stipulare un nuovo contratto specifico”*.

Inoltre, se per l'Accordo quadro viene fissato un tetto massimo alla proroga di un ulteriore anno rispetto ai due originari oltre 6 mesi di proroga tecnica (complessivamente in linea con il limite di quattro anni normativamente previsto dall'art. 54, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 per gli appalti nei settori ordinari), l'estensione della durata del contratto specifico, in ragione anche di un possibile concorso delle diverse causali per cui risulta ammessa, appare indeterminata e potenzialmente ultrattiva rispetto alla durata massima dell'Accordo quadro che ne è, a monte, atto presupposto e legittimante.

Anche su tali aspetti si chiedono informazioni ulteriori e chiarimenti, corredati da eventuale documentazione integrativa.

5. Richiesta di chiarimenti sulle modalità di determinazione della garanzia definitiva

Si chiede di chiarire le modalità di calcolo e determinazione dell'importo della garanzia definitiva versata dall'appaltatore a garanzia dell'adempimento degli obblighi di esecuzione dei servizi di vitto e sopravvitto in base alle disposizioni contenute nell'art. 103 del d.lgs. n. 50/2016 e nella disciplina di gara.

Dalla documentazione riversata in atti è stato rilevato, inoltre, che la polizza fideiussoria stipulata dal contraente a garanzia dell'adempimento del contratto specifico, a fronte della durata negoziale 1 luglio 2021-31 giugno 2023, presenta una durata più ridotta, solo annuale (1 luglio 2021-30 giugno 2022), circostanza su cui si chiede parimenti di rendere idonei chiarimenti.

6. Richiesta di elementi in ordine all'esito del controllo di regolarità amministrativa-contabile di cui al decreto legislativo 30 giugno 2011, n.123

Si chiedono elementi in ordine agli esiti del controllo di regolarità amministrativa e contabile di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 giugno 2011, n.123 da parte della competente Ragioneria territoriale dello Stato.

* * *

Nel richiamare l'attenzione sul termine di trenta giorni fissato dall'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 27 della legge n. 340/2000, si trattiene il decreto di approvazione del contratto qui pervenuto e si rimane in attesa dei documenti e dei chiarimenti che codesta Amministrazione riterrà di fornire a fronte delle osservazioni sopra formulate o della richiesta di ritiro del provvedimento in parola.