



Ministero della Giustizia

Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria

Provveditorato Regionale per la Lombardia

Ufficio III Risorse Materiale e Contabilità

Sezione II Risorse Materiali e Contratti

Prot.n. 275.U

Milano, 08 giugno 2021

ALLA CORTE DEI CONTI

Sezione Regionale di Controllo Lombardia

20121 - MILANO

e-mail: lombardia.controllo.preventivo@corteconticert.it

rif. Nota Corte dei Conti 0016391 del 04.06.2021

Alla Ragioneria Territoriale dello Stato di

MILANO

e-mail: rts-mi.rgs@pec.mef.gov.it

OGGETTO: Convocazione dell'adunanza della Sezione regionale di controllo della Lombardia – controllo preventivo di legittimità – Esame e pronuncia sul visto e conseguente registrazione del provvedimento, Decreto 473597 del 18 marzo 2021.

Servizio di ristorazione nelle mense obbligatorie di servizio per il personale della Polizia Penitenziaria del Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria per la Lombardia – Contratto ponte a seguito di procedura negoziata art. 63 c.2 lett. c) D.Lgs 50/2016 contratto rep. 244 del 31.10.2020 –Proroga periodo 01/05/2021 – 31.10.2021.

Con riferimento all'adunanza della Sezione regionale di controllo di codesta Corte, convocata in data 9 giugno c.m. alle ore 11:00, avente ad oggetto il decreto di proroga del contratto ponte Rep n. 244 stipulato il 31.10.2020 per il periodo 01.05.2021 – 31.10.2021, si porgono le seguenti osservazioni procedendo ad un breve riepilogo circa la peculiare situazione di questa Stazione Appaltante.

Alla data del 09.10.2020, a seguito della notifica dell'impugnazione della procedura di gara comunitaria con richiesta di sospensione cautelare, questa Stazione Appaltante ha dovuto valutare la miglior soluzione per evitare maggiori costi del servizio.

La decisione di stipulare un contratto ponte, anche a seguito della lettura delle sentenze gemelle del Consiglio di Stato n. 2686 e n. 2687 del 26 aprile 2019 e del colloquio con l'Avvocato dello Stato, ha, di fatto, annullato l'effetto di un eventuale accoglimento della domanda cautelare. Tanto è vero che, all'udienza tenutasi il 28 ottobre scorso, la società Dussmann, ha rinunciato alla domanda cautelare. L'obiettivo della suddetta società era quello di avvantaggiarsi

della posizione di gestore del servizio ed ottenere una proroga contrattuale al costo di 5,172 per singolo pasto. Come *extrema ratio*, la suddetta società ha tentato l'impugnazione del nuovo contratto ponte. Tuttavia, nel bilanciamento degli interessi in gioco, il TAR Lombardia ha ritenuto prevalente quelli della R.T.I. SLEM/NOI. Con decreto n. 1351 del 31.10.2020 il Giudice ha permesso la stipula del contratto ponte regolarmente vistato e registrato da codesta Corte.

La decisione di stipulare il contratto ponte si è rivelata, ad oggi, proficua per l'Amministrazione. Infatti, da una proiezione di costi era emerso, come si rileva dal prospetto sottostante, che un'eventuale prosecuzione, anche per un solo mese, avrebbe comportato una maggiore spesa per l'Amministrazione.

DIFFERENZA TRA COSTO DUSSMANN (vigente contratto ponte) E COSTO RTI SLEM/NOI CALCOLATA SUI PASTI DEL MESE DI SETTEMBRE 2020 (giorni 30)						
PRANZI	CENE	TOTALE	DUSSMANN contratti ponte vigente fino a 31/10/20	RTI SLEM/NOI	DIFFERENZA	DIFFERENZA IVA INCLUSA
			€ 5,172	€ 4,96		
29.859	10.371	40.230	€ 208.069,50	€ 199.540,80	€ 8.528,76	€ 8.869,91

Neppure conveniente per l'erario sarebbe stata la somministrazione *medio-tempore* di buoni pasto in quanto il costo del singolo buono in Convenzione Consip è pari ad euro 5,91. Pertanto vi sarebbe stato un maggior esborso di spesa calcolato su 4 mesi di Euro 152.874,00 (iva esclusa).

Il termine di sei mesi era stato parametrato alla presunta data di conclusione della causa la cui udienza era stata fissata il 17 febbraio 2021, prevedendo all'interno del contratto una clausola risolutiva espressa nel caso di anticipazione del risultato del giudicato.

A causa della presentazione di motivi aggiunti da parte delle ricorrente, la discussione nel merito veniva fissata alla data del 5 maggio 2021. Nella prosecuzione del giudizio, alla data del 24 febbraio 2021, la società Dussmann, tramite l'Avvocato dello Stato, chiedeva se l'Amministrazione intendesse mantenere l'impegno a non stipulare il contratto oggetto di causa. In quell'occasione la Dussmann, in sede di giudizio, ribadiva che la stipula del contratto discendente dalla procedura di gara comunitaria avrebbe comportato l'immediata proposizione dell'istanza cautelare nella domanda di motivi aggiunti.

A seguito di confronto con l'Avvocato dello Stato questa Amministrazione aveva tenuto conto dei seguenti fattori:

- vista l'udienza fissata alla data del 5 maggio 2021, ai sensi dell'art. 120 comma 9 c.p.a., il TAR doveva depositare la sentenza nel termine massimo di 30 giorni;

- il servizio mensa, oltre ad essere un servizio essenziale senza soluzione di continuità, si configura come un appalto molto complesso dove vengono in rilievo importanti aspetti organizzativi quali ad esempio l'approvvigionamento delle derrate in quantità considerevole.
- altro importante elemento che ha convinto questa Stazione Appaltante a prorogare il contratto ponte è stata la clausola sociale.
- da ultimo, si era tenuto conto del fatto che, anche nell'eventualità in cui il TAR Lombardia avesse accolto la domanda della società Dussmann, non fosse possibile per quest'ultima richiedere, in sede civile, alcun risarcimento del danno all'Amministrazione. Infatti, non avendo stipulato il contratto definitivo, non vi era alcuna lesione al diritto di conseguire l'appalto.

In data 13 maggio 2021, con sentenza n. 1190, il TAR Lombardia ha accolto il settimo motivo di ricorso presentato dalla società Dussmann e per l'effetto ha annullato il decreto di aggiudicazione n. 64419 del 09.09.2020.

Dalla lettura della sentenza, a differenza di quanto potrebbe apparire dal dispositivo, si comprende che l'esito del giudizio svoltosi innanzi al TAR Lombardia, lungi dal "vanificare" gli effetti della prosecuzione del rapporto con il raggruppamento SLEM SRL E NOI SCS, avvalorava la correttezza dell'operato dell'Amministrazione.

Giova evidenziare che il Tribunale lombardo non ha annullato l'aggiudicazione sulla scorta di un'accertata anomalia dell'offerta limitandosi, al contrario, a statuire la fondatezza del ricorso *"nella parte in cui contesta che la verifica di congruità dell'offerta risulti carente con riferimento al costo delle derrate alimentari dichiarato dal R.T.I. SLEM/NOI"*.

In altri termini, il Tar ha annullato l'aggiudicazione contestando una lacuna nell'istruttoria svolta dall'Amministrazione, la quale, in sede di riedizione del potere, ha dovuto, quindi, procedere all'acquisizione dei preventivi aventi ad oggetto la specifica individuazione dei costi relativi alle derrate alimentari al fine di accertare la congruità dell'offerta.

Anche alla luce della sopraindicata pronuncia, pertanto, l'offerta presentata dalla precedente aggiudicataria, pur necessitando, in ossequio a quanto disposto dal Tar, di una più puntuale verifica non può qualificarsi, allo stato, come anomala.

A fortiori, lo svolgimento di ulteriore attività istruttoria disposto dal Tar e la riedizione della verifica di anomalia attraverso l'esame dei suddetti preventivi, legittima, a parere di questa Amministrazione, la proroga del contratto-ponte, in quanto idonea a garantire la costante erogazione del servizio nelle more della conclusione della procedura ad evidenza pubblica e della conseguente individuazione dell'aggiudicatario definitivo.

Peraltro, l'annullamento dell'aggiudicazione nei termini indicati dal Tar non *“fa venir meno il presupposto stesso dell'atto di proroga”* per ulteriore e distinto ordine di ragioni.

Ed invero, la stipula del contratto ponte e la proroga del medesimo assumono quale parametro di riferimento non l'aggiudicazione, ma esclusivamente l'offerta tecnica ed economica ritenute più vantaggiose, sicché non è possibile ritenere che detto contratto e quello definitivo siano perfettamente sovrapponibili né, di conseguenza, che si fondino sui medesimi presupposti. Tuttavia neppure può parlarsi di affidamento diretto perché la scelta del contraente è avvenuta “a valle” di una procedura di confronto competitivo a livello europeo.

Il contratto definitivo (questo, sì, fondato sull'aggiudicazione), infatti, comprende una complessa serie di prestazioni previste dal Capitolato suscettibili di realizzazione nel più ampio orizzonte temporale di affidamento fissato dalla *lex specialis*, atteso che è sulla base di quest'ultimo, in conformità della legge di gara medesima, che gli operatori calibrano la propria offerta, successivamente oggetto di valutazione in sede di gara.

Conseguentemente, posta la diversità di presupposti e parametri di riferimento sottesi all'assunzione delle determinazioni suddette, deve escludersi che la pronuncia del giudice amministrativo, resa nei termini su richiamati, comporti *ex se* l'illegittimità della proroga di che trattasi.

Peraltro, non si perviene a differente conclusione nemmeno avuto riguardo all'ipotesi rappresentata dal magistrato istruttore della Corte dei Conti, secondo cui il contratto ponte sarebbe *“risolutivamente condizionato alla decisione del Tar Lombardia Milano”*.

Ed infatti, premesso che trattasi di un termine meramente indicativo (sia pur necessario in ragione della natura temporanea dell'affidamento), è pacifico che la risoluzione contratto ponte (e di eventuali proroghe del medesimo) debba, di fatto, ritenersi condizionata al venir meno dei presupposti temporanei e contingenti che ne hanno legittimato la conclusione.

Conclusivamente, pertanto, nella fattispecie in esame e nel quadro dei principi sopra delineati, attesa la permanenza dei presupposti di cui all'art. 63, comma 2, lett. c), si ravvisa la legittimità della proroga del contratto ponte sotto il profilo amministrativo- contabile, in quanto idonea a garantire il corretto espletamento del servizio di refezione fino alla conclusione, a breve termine, del sub-procedimento, rinnovato, della procedura ad evidenza pubblica.

Per completezza di informazione, con verbale in data odierna, il RUP, con il supporto della Commissione di gara, ha ritenute congrue le giustificazioni presentate dalla R.T.I. SLEM/NOI e pertanto l'appalto verrà in pochi giorni nuovamente aggiudicato.

Si coglie l'occasione per porgere distinti saluti.

IL PROVVEDITORE
Pietro Buffa