

Ristretti Orizzonti

Dossier sugli appalti per il vitto e il sopravvitto nelle carceri italiane

Il Dossier

- Lettera inviata alle Organizzazioni per la tutela dei Consumatori (luglio 2011)
- Carcere: prendi 2, paghi 3... viaggio nei misteri del sopravvitto (luglio 2011)
- Arturo Berselli & C. S.P.A.: breve storia e Sedi della Ditta presenti nelle carceri
- Società legate alla Arturo Berselli & C. S.P.A. e sedi delle Ditte presenti nelle carceri
- Rassegna stampa

Documenti

- Segnalazione del Garante della Concorrenza e del Mercato del 15 giugno 2010
- Deliberazione 1/2008 della Corte dei Conti - Sezione regionale di controllo per l'Umbria
- Deliberazione 16/2008 della Corte dei Conti - Sezione regionale di controllo per il Veneto
- Deliberazione 7/2003 della Corte dei Conti - Sezione regionale di controllo per la Lombardia

LETTERA INVIATA ALLE ORGANIZZAZIONI A TUTELA DEI CONSUMATORI

Siamo un'Associazione di volontariato che tutela i diritti dei detenuti e gestisce una rivista realizzata in carcere, Ristretti Orizzonti, e un sito, www.ristretti.org.

Vi sottoponiamo la questione degli **appalti di vitto e sopravvitto nelle carceri**: riguarda circa 70.000 persone che, trovandosi in carcere, devono comperare tutti i prodotti (alimentari e non) in regime di monopolio... quindi ai prezzi che il monopolio stabilisce. Il problema ci è stato sottoposto innumerevoli volte da detenuti di molte carceri italiane e sta in questi termini: i pasti forniti dalla amministrazione penitenziaria sono inadeguati, per qualità e quantità, a sfamare le persone (lo stato spende 3 € e 80 cent. al giorno per il vitto dei detenuti... colazione, pranzo e cena), quindi i detenuti, se hanno un po' di soldi, sono "costretti" ad acquistare prodotti alimentari al "sopravvitto", una sorta di negozio interno alle carceri, **gestito dalla medesima ditta che fornisce i pasti alla amministrazione carceraria**, dove però i prezzi non sono quelli di uno "spaccio", ma quelli di un negozio, senza possibilità di scelta tra prodotti di prezzi diversi e senza offerte speciali.

Molti degli appalti vengono assegnati da tempi immemorabili (sembra addirittura dal 1930) alla medesima ditta, la "**Arturo Berselli & c. Spa**", anche attraverso altre società controllate, più o meno direttamente, dai membri della famiglia Berselli.

Le gare di appalto per l'assegnazione del vitto e del sopravvitto vengono fatte (a livello regionale) ogni 3 anni, ma sembra che le vincano sempre loro!

L'ammontare approssimativo **annuo** degli appalti ci risulta che sia di circa 80 milioni di euro per il vitto e di 150 per il sopravvitto, per un totale di circa 230 milioni (dati tutti da verificare).

La "Arturo Berselli & c. Spa", e le altre società del gruppo non hanno nemmeno un sito internet, ma in compenso hanno sedi operative in molte carceri italiane: ne abbiamo trovate una trentina, ma sono sicuramente molte di più.

Ci chiediamo anche come possono essere fatte le gare di appalto a pari condizioni con altre aziende concorrenti, quando una ditta ha già sedi operative nelle carceri dove viene indetta la gara?!?

Raccogliere informazioni al riguardo è davvero difficile, ma siamo riusciti a trovare alcune sentenze delle Corti dei conti regionali che trattano di questi appalti.

Ci pare comunque che l'argomento debba essere approfondito, per questo chiediamo il vostro aiuto.

Buon lavoro e... grazie per quello che potrete fare.

La redazione di Ristretti Orizzonti

Carcere: Prendi 2, paghi 3

Viaggio nei misteri del sopravvitto

Da anni i detenuti segnalano che i prezzi dei prodotti in vendita al sopravvitto sono troppo cari, e da anni i volontari che provano a fare una verifica nei supermercati della zona si scontrano con il fatto che invece molti prezzi sono identici, o quasi, a quelli dei supermercati. Allora questo vuol dire che tutto funziona, e che non c'è nulla di cui lamentarsi?

Niente affatto. Diciamo piuttosto che ci sono dei meccanismi quasi perfetti che partono da un presupposto tutt'altro che perfetto: che il detenuto è il cliente ideale, ricco, che paga sicuramente, che accetta la "scelta" del prodotto unico da regime dittatoriale, che non vuole le offerte speciali, che non guarda la data di scadenza, che non vuole proprio saperne dello scontrino, quello stesso che fuori, se non ce l'hai, ti possono pure mettere una multa salata.

"I prezzi non possono essere superiori a quelli comunemente praticati nel luogo in cui è sito l'istituto", recita l'Ordinamento penitenziario, e a ogni protesta sui prezzi del sopravvitto la risposta è che i prezzi vengono sempre confrontati con quelli del più vicino supermercato: una risposta che sarebbe andata bene trent'anni fa, quando andare al supermercato significava andare nel luogo in cui si comperava meglio, coi prezzi più bassi.

Oggi non è più così, nel frattempo sono nati i discount, con prodotti di buona qualità di ditte poco note e prezzi molto contenuti, nel frattempo, pressati dai discount, i supermercati si sono inventati le loro linee di prodotti molto simili a quelli delle grandi marche, ma molto più abbordabili (Linea Coop, Linea Billa, I Tesori dell'Arca per Pam...).

Poi sono nati i mercati a km zero, prodotti della zona che tagliano i costi del trasporto e della distribuzione, e ancora i Gruppi di acquisto solidale, fatti da quei cittadini che vogliono prodotti sani, a buon mercato, senza imballaggi costosi e inquinanti. In un quadro simile, anche le grandi marche si sentono in dovere di proporre le offerte speciali, il "Prendi 3 paghi 2" e altre simili proposte.

Nel frattempo in carcere...

Nel frattempo, mentre fuori negli ultimi anni la crisi picchiava forte, e i commercianti dovevano imparare mille modi per catturare clienti sempre più poveri, e le statistiche dicevano che la gente non arrivava a fine mese, e nell'ultima settimana del mese non a caso calavano spaventosamente i consumi, ed erano sempre di più le famiglie che si rivolgevano alle parrocchie per sopravvivere con i pacchi di pasta in regalo, in carcere, paradossalmente, si continuava a fingere di credere di avere dei clienti ricchi.

E questo accadeva proprio mentre si riduceva sempre di più la percentuale di "delinquenti veri", quelli cioè che avevano fatto i soldi in maniera illecita e in galera potevano permettersi di pagarsi qualche lusso. Oggi infatti tutti si affrettano a definire il carcere "una discarica sociale", il carcere dei poveracci, eppure qualcuno va a pescare in quella discarica i suoi clienti ricchi, quelli che i prezzi non li possono mettere in discussione, quelli che se guadagnano quattro soldi a fare gli scopini o i portavitto, quei soldi è proprio il caso di dire che se li fanno soffiare tutti, e anche legalmente. Una specie di contrappasso: i ladroni che si fanno fregare da chi è più furbo di loro e lo sa fare nel perfetto, o quasi, rispetto della legge.

Date di scadenza

Chi fa la spesa in modo attento, perché non ha soldi da buttare, guarda accuratamente la data di scadenza di tutti i prodotti, compresi quelli che si conservano meglio, perché:

- ✓ vuole avere in casa e consumare prodotti relativamente freschi, anche se si tratta di generi di lunga durata.

Ma se tutti o quasi gli acquirenti dei supermercati non si sognano neppure di prendere un prodotto a caso, no, cercano quello con la scadenza più lontana, quello che gli garantisce di avere ancora intatte tutte le sue qualità, dove andranno a finire i generi alimentari a scadenza troppo ravvicinata? Ci sono supermercati che li vendono a prezzi molto scontati, e ci sono ditte che se li comprano e magari qualche volta li “rivendono” all’Amministrazione penitenziaria per il vitto o direttamente ai detenuti con il sopravvitto. Domanda “ingenua”: ma li pagheranno davvero a prezzo pieno, anche se si tratta magari di merendine che scadono dopo una settimana, e si sa che le merendine industriali durano intorno ai nove mesi?

Qualche esempio di durata degli alimenti può tornar utile per fare un confronto con le scadenze dei prodotti che compriamo in galera e capire se quello che ci viene fornito vale davvero i soldi che paghiamo:

Date di scadenza di alcuni alimenti

Latte a lunga conservazione *90 giorni*

Uova *28 giorni*

Bibite gassate *18 – 36 mesi*

birra *1 anno*

Biscotti secchi *1 anno*

Caffè sottovuoto *6 mesi*

Cracker *18 mesi*

Farina *12 – 18 mesi*

Fette biscottate *10 mesi*

Marmellate e confetture *4 anni*

Merendine industriali *9 mesi*

Riso *12 – 18 mesi*

Succhi di frutta in tetrabrik *9 mesi*

Yogurt fresco *20 giorni*

Prodotti “di stagione”, ma in carcere non è mai la stagione giusta

Fuori, nel mondo “libero”, le persone “sagge” comprano i prodotti di stagione, per la loro freschezza ma anche per il loro prezzo. E naturalmente vanno al mercato, dove la frutta e la verdura costa molto meno che nei supermercati. Solo in carcere invece i pomodori “estivi” spesso mantengono più o meno lo stesso prezzo di quelli “invernali”, e la frutta di stagione a prezzi di stagione praticamente non esiste. A giugno a Padova i pomodori costavano 1.79 euro al kg, i pomodori ciliegino 1.69 per 500 grammi, le pesche noci 3.99. E la qualità non è certo quella della prima scelta a cui il prezzo farebbe pensare.

Ma proprio sulla qualità la legge parla chiaro, l’Articolo 9 dell’Ordinamento Penitenziario definisce, fra i compiti della commissione cucina, quello di controllare anche la qualità del sopravvitto: *“Una rappresentanza dei detenuti o degli internati, designata mensilmente per sorteggio, controlla l’applicazione delle tabelle e la preparazione del vitto. 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. I prezzi non possono essere superiori a quelli comunemente praticati nel luogo in cui è sito l’istituto. La rappresentanza indicata nel precedente comma, integrata da un delegato del direttore, scelto tra il personale civile dell’istituto, controlla qualità e prezzi dei generi venduti nell’istituto”*.

Sono solo bombolette

In un carcere come la Casa di reclusione di Padova si vendono ogni anno tra le cinquanta e le sessantamila bombolette, in un normale negozio di articoli sportivi se ne venderanno poche unità. Si potrebbe supporre che chi ha dei volumi di vendita di questa entità riesca anche a “spuntare” prezzi convenienti, e invece... le bombolette hanno lo stesso prezzo, 1.20 (in qualche carcere 1.19, miracolo!) dei negozi con smercio vicino allo zero.

Naturalmente poi la marca è la più cara, ci sarebbero le Campingaz che costano 0.90, le Oxiturbo 1 euro...

La dittatura della spesa a scelta zero

Protestare semplicemente per i prezzi alti della spesa è da ingenui. Prendiamo un esempio concreto, il caffè Lavazza Rossa: quando molti detenuti della Casa di reclusione di Padova hanno segnalato l'aumento incredibile di prezzo del caffè nel giro di poco tempo, fino ad arrivare a 3.39 euro per 250 gr (+38,36% negli ultimi sei mesi), il confronto con il prezzo al supermercato è stato come sempre deludente: stesso aumento al Billa, alla Coop, all'Alì. Ma... ma Billa, Coop, Alì non sono regimi dittatoriali, non vige il sistema del “prodotto unico”, il detenuto del Due Palazzi invece non ha NESSUNA scelta (ops!!! Ci siamo sbagliati, da qualche giorno e dopo ripetute segnalazioni, è stato introdotto il caffè Lavazza Suerte a 1.80 euro. Evviva! Finalmente l'emozione della scelta tra due prodotti, e soprattutto la presenza di un caffè a prezzo “umano”).

La cosa paradossale è che sembra che qualcuno al detenuto gli faccia un piacere, a vendergli qualche genere alimentare, e quindi quella di scegliere fra più prodotti sia una pretesa inaccettabile. Ma quale pretesa? Il “cliente detenuto” è il più sicuro, affidabile, è quello che non abbandona mai il suo “supermercato”, quello che compera lì e non si rivolge per nulla al mondo alla concorrenza, possibile che debba acquistare per forza, naturalmente se ha soldi, quel caffè carissimo, quel riso carissimo (il RISO UNICO in vendita a Padova era il riso Scotti a 2.98 euro, dopo le nostre proteste è stato introdotto il riso Pasini Vialone nano a 1.85) e non gli sia proposta nessuna alternativa?

Ci sono in particolare, oltre al riso e al caffè, alcuni generi di largo consumo per i quali viene proposto un solo prodotto e sempre molto costoso, ecco tre piccoli esempi:

Latte intero UHT

Casa di reclusione: 1.25 euro

iN's, Latte UHT Granarolo a 0.79 euro (ma in offerta arriva anche a 0.55)

Passata di pomodoro

Casa di reclusione: ml 500 0.68 euro

iN's, 0.49 euro di 700 gr

Carta igienica Regina 4 rotoli

Casa di reclusione: 3.44 euro

Billa, 2.59 euro

Eppure, le circolari DAP dicono che “*il tariffario mod. 72 (ndr: quello della spesa al sopravvitto) deve essere il più ampio possibile*”. Come la mettiamo allora con la politica del “PRODOTTO UNICO” a prezzo alto garantito?

Un grossista davvero fortunato?

Piccole osservazioni sul sistema del sopravvitto: chi fornisce ai detenuti i generi in vendita al sopravvitto usufruisce dei magazzini dell'amministrazione, e anche della “forza lavoro” dell'amministrazione: gli spesini sono infatti tutti pagati dal Ministero della Giustizia e lavorano come commessi del supermercato.

Non c'è neppure la seccatura della cassa e dello scontrino per ogni acquirente, perché al detenuto non viene fornito nessuno scontrino e viene fatta una fattura unica all'Amministrazione. Ma allora chi compra che cosa?

È l'Amministrazione che "rivende" al detenuto, e quindi paga il suo personale per fare il "venditore al dettaglio" (visto che i prezzi sono da "dettaglianti" e non da grossisti) dei prodotti che gli fornisce la ditta? Ma se il "venditore al dettaglio" non ha nessun guadagno, anzi ci rimette le mercedi dei lavoratori, qualcuno ci spiega come funzionano le cose se ai detenuti (in carcere ci stanno "i poveracci", dicono oggi in tanti) arrivano solo prodotti a prezzo più che pieno?

Offerte speciali: No grazie, qui siamo tutti ricchi

Non c'è un supermercato che non abbia le sue offerte speciali, ogni settimana le cassette delle lettere dei "cittadini liberi" sono inondate di depliant con le offerte dei diversi supermercati, molti supermercati pagano addirittura intere pagine di quotidiani per pubblicizzare le loro offerte. Evidentemente, la consapevolezza che la gente ha sempre meno soldi da spendere impone una strategia di vendita nella quale le OFFERTE SPECIALI sono una tappa obbligata, e non hanno certo solo lo scopo di "offerte civetta" per attirare clienti che poi compreranno altri prodotti a prezzi più alti, perché la gente ormai è attenta, sa fare i suoi interessi e conosce le strategie di vendita come e meglio delle sue tasche. In carcere però non si praticano le OFFERTE SPECIALI (anzi, ci sono stati casi di prodotti in confezioni doppie a prezzo speciale che non potevano essere vendute separatamente, e invece lo sono state eccome!).

Ma perché non ci possono essere le offerte speciali?

L'In's per esempio offre spesso l'olio d'oliva a 2,49 euro, l'acqua minerale Guizza 2 litri a 0,14, l'ultima offerta di luglio su molti prodotti dice "Con questa spesa spendi euro 36,98 e risparmi euro 28,07". Il Billa offre il caffè Splendid a 5,50 euro per 4 confezioni da 250 gr.

Se provassimo a controllare non i singoli prezzi, ma un "paniere" di quello che mediamente acquista il detenuto, avremmo delle belle sorprese, perché scopriremmo esattamente come stanno le cose: la mancanza di scelta e di offerte speciali rende ridicolo il confronto con i prezzi esterni, pura demagogia a fronte del fatto che un detenuto è obbligato ad acquistare prodotti costosi, senza scelta e senza offerte, nonostante il carcere abbia sempre più bisogno che i detenuti facciano la spesa di tasca propria, perché l'astensione per due settimane dalla spesa alla Casa di reclusione di Padova ha evidenziato l'amara verità: che quello che passa l'amministrazione per il vitto (pagando poco più di tre euro per tre pasti) NON BASTA A SFAMARE LE PERSONE.

Circolare DAP 27 aprile 1988 n. 687465

"Si invitano le SS.LL ad eseguire costanti, puntuali e penetranti controlli in ordine al servizio del sopravvittuto detenuti.

Particolare attenzione dovrà essere posta in merito ai prezzi praticati che (...) andranno confrontati, con le informazioni sui prezzi correnti all'esterno, richiesti mensilmente all'autorità comunale locale, fornendo alla stessa l'elenco dei generi posti in vendita nell'istituto, indicandone per ciascheduno dettagliatamente la qualità ed il tipo, la prezzoatura, la marca ed il prezzo".

Circolare DAP 21 novembre 1996 n. 638616

"Il tariffario mod. 72 deve essere il più ampio possibile, compatibilmente con le esigenze di ordine e sicurezza dell'Istituto".

Che cosa è successo dopo due settimane di "astensione dalla spesa" nella Casa di reclusione di Padova

Qualcosa è successo, a dimostrazione del fatto che sul sopravvitto bisogna dare battaglia in modo preciso e informato, e non con le accuse generiche sui prezzi troppo alti.

Le prime piccole conquiste riguardano il fatto che, dopo un incontro con il direttore della Casa di reclusione a cui avevamo segnalato i motivi della protesta, la ditta che gestisce il sopravvitto ha fatto i primi "passetti" nella direzione giusta, come la riduzione del prezzo di alcuni prodotti stagionali e l'introduzione di alternative meno care ai prodotti già in lista (caffè e riso, in particolare).

Variazioni dei prezzi dei prodotti acquistabili presso il sopravvitto del mese di luglio 2011 introdotte dalla spesa del 22 luglio)

	Prezzo giugno	Prezzo luglio	diminuzione	diminuzione %
Aglione	1.49	1.29	0.20	13.42
Biancostato bov.	2.44	2.39	0.05	2.04
Carote	0.99	0.89	0.10	10.10
Fagiolini	2.99	1.59	1.40	46.82
Kiwi *	2.29	1.99	0.30	13.10
Melanzane *	1.49	1.29	0.20	13.42
Peperoni	2.29	1.99	0.30	13.10
Pere *	2.49	1.69	0.80	32.12
Pesche noci	3.99	1.49	2.50	62.65
Petti di pollo *	2.39	2.22	0.17	7.11
Pomodoro insalata	1.99	1.79	0.20	10.05
Pomodoro S. Marz.	1.79	1.29	0.50	27.93
Pompelmi	1.89	1.39	0.50	26.45
Sedano	1.49	1.39	0.10	6.71
Zucchine	1.49	0.99	0.50	33.55

Nuovi prodotti introdotti a luglio 2011

Caffè Lavazza Suerte 1.86

Farina lievitante 1.59

Plum cake 1.20

Switt roll Balconi 0.85

Carpaccio bovino 7.95

Faraona a pezzi 5.80

Grigliata mista 6.20

Riso Pasini 1.85

Nota di lettura: nel mese di luglio si sono registrati 15 ribassi di prezzo rispetto al listino precedente con una media percentuale di -21.23% e solo 2 aumenti ("cono gelato" e "macinato misto") di entità assolutamente esigua e rispettivamente di 0.10 e 0.05 centesimi. Ci sembra sia la prima volta in nove mesi che si registra questa inversione di tendenza dove il nuovo listino riporta quasi esclusivamente cambiamenti di prezzo al ribasso.

Con * si indicano i prodotti che sono ritornati al prezzo di maggio tranne le pere che hanno subito un ulteriore ribasso.

ARTURO BERSELLI SPA - SEDI NELLE CARCERI

Arturo Berselli e C. S.p.A.

Iscr. Reg. Imprese MI 00171380066

Sede amministrativa: Milano, Piazza IV Novembre 6

(Brano tratto dal Corriere della Sera, 21 giugno 2011, pagina 9)

Nato ad Alessandria il 5 giugno 1927, Lamberto Berselli era figlio di Gemma Caretti e dell'imprenditore Arturo, che aveva fondato una ditta nel settore delle forniture per alberghi, ristoranti, bar e comunità. Nel 1930 la "Arturo Berselli Spa" vinse l'appalto per il mantenimento dei detenuti nelle carceri, indetto dal ministero di Grazia e giustizia. Ancora oggi continua quest'attività in tutta Italia grazie all'impegno dei nipoti di Lamberto, i figli del fratello Luciano. Inizialmente Lamberto entrò nella ditta paterna. Ma poi decise di mettersi in proprio e fondare la S.A.R.F. (Società alberghi ristoranti forniture) con sede a Milano.

(Brano tratto da "Ristorando", 15 novembre 2007, pagina 253)

La dimensione aziendale sembra premiante anche se si considerano i risultati netti dal punto di vista delle percentuali sui ricavi: viene da dire che "grande è bello", nel senso che quasi tutte le maggiori aziende, presenti nella tabella 4, compaiono anche nella tabella 5. Ci sono, però, delle eccezioni, rappresentate da Gemeaz Cusin, Sodexho Italia e Cir, che non riescono ad "entrare" nell'Olimpo delle 10 migliori performance in percentuale. E per converso, troviamo qui Orma, Eutourist ed Arturo Berselli che, viceversa conseguendo utili relativamente modesti in cifra assoluta, entrano tuttavia in classifica grazie alla maggior percentuale degli utili sui ricavi.

Alcune delle sedi della Società attivate direttamente nelle carceri

Bergamo, Via Gleno 61

Brescia, Via Flero 157

Brescia, Via Spalti S. Marco 20

Grosseto, Via Saffi 23

Ivrea (To), Corso Vercelli 165

Lecco, Via Beccaria 9

Livorno, Via delle Macchie 8

Lucca, Via S. Giorgio 110

Massa Marittima (Gr), Viale Martiri Della Nicioletta

Massa-Carrara, Via Pellegrini P. 17

Milano, Piazza Gaetano Filangieri 2

Orvieto (Tn), Via Roma 1

Padova, Via Due Palazzi 35

Parma, Via Burla

Perugia, Via di Lorenzo F. 14

Piacenza, Via delle Novate 65

Pontremoli (Ms), Via IV Novembre

Sondrio, Via Caimi 80

Spoleto (Pg), Località Maiano 10

Terni, Via Campore 32

Torino, Via Pianezza 300

SOCIETÀ LEGATE ALLA ARTURO BERSELLI & C. S.P.A.

Società Alberghi Ristoranti Forniture (S.A.R.F.) S.p.A.

Sede amministrativa: Milano, Piazza IV Novembre 6

Fondata da Lamberto Berselli, figlio di Arturo, gestisce forniture a diverse carceri della Lombardia

I.A.S. Morgante S.R.L.

Sede amministrativa: Riva Grumula 2, 34123 Trieste

Società legata alla Arturo Berselli e C. S.p.A. da contratti di “supplenza”

Alcune delle sedi della Società attivate direttamente nelle carceri

Agrigento, Contrada Petrusa

Aosta-Brissogne, Località Les Iles 150

Biella, Viale dei Tigli 14

Castelvetrano (Tp), Contrada Strasatto

Enna, Via Palermo 20

Ivrea (To), Corso Vercelli 165

Consorzio Servizi Penitenziari

Appalti fornitura a carceri Lombardia e Triveneto in collaborazione con Arturo Berselli e C. S.p.A.

Alcune delle sedi della Società attivate direttamente nelle carceri

Bolzano, Via Dante 28/a

Busto Arsizio, Via Cassano Magnago 102

Gorizia, Via Barzellini Giuseppe 8

Rovereto (Tn), Via Prati 4

Udine, Via Spalato 30

Varese, Via Felicità Morandi 5

RASSEGNA STAMPA

*Lo strano caso del cibo nelle carceri. dal 1930 l'appalto ha un solo vincitore
di Dimitri Buffa*

L'Opinione delle libertà, 26 luglio 2011

Nelle carceri non c'è solo un problema di spazi e di letti, ma anche di cibo. La prima ad evidenziarlo è stata l'onorevole radicale Rita Bernardini che ha raccontato a Radio radicale come questo business sia gestito in maniera monopolistica da anni (addirittura dal 1930). Per tacere del fatto che l'ultima volta che è stato assegnato a livello nazionale, l'aggiudicatario si era impegnato a fornire tre pasti al giorno a detenuto per meno di 4 euro.

Si avete capito bene: quattro euro! Dopodiché anche la vicenda del detenuto tunisino Ismail Ltaief, cuoco nelle mense del carcere di Velletri, che ha denunciato un bel po' di gente in loco per presunte ruberie sul cibo dei detenuti, rifiutando 15 mila euro per ritrattare le accuse, ci ha mosso a ulteriore curiosità: non è che sui pasti dei detenuti succede qualcosa di strano?

Quelli di "Ristretti orizzonti" ne sono convinti e così ci hanno fornito ben tre delibere regionali della Corte dei Conti, per il Veneto, per l'Umbria e per la Lombardia, nonché una segnalazione dell'autorità garante per la concorrenza del 2010 (secondo cui l'aggiudicazione di questi appalti è "distorsiva" per la concorrenza) che contestavano tutte queste maniere di aggiudicare senza gara, "per asseriti motivi di sicurezza", l'appalto del cibo nelle carceri.

E sempre alla stessa ditta: quella degli eredi di Arturo Berselli. Cioè la Arturo Berselli e C. S.p.A., con sede amministrativa a Milano.

Adirittura nel 2003 la Corte dei conti regionale della Lombardia rifiutò di vistare le procedure di appalto con cui venne rinnovato il contratto a tale ditta sostenendo che non fossero state seguite le procedure previste dalla legge.

Circostanza che nel tempo ci è costata anche l'avvio di una procedura di infrazione da parte della Ue. All'epoca era ministro Guardasigilli Roberto Castelli, per la cronaca. E siccome solo da via Arenula dipendono i decreti di proroga il conflitto, tuttora irrisolto, è quello tra chi appone motivi di sicurezza non meglio determinati, qualcuno potrebbe pensare che altre ditte non consuetudinarie a questi appalti potrebbero favorire la fuga dei detenuti magari mettendo la lima nel panino, come nei fumetti di Walt Disney, e chi chiede una gara europea. Ma il sospetto è che si voglia favorire un monopolista che peraltro, a seconda delle regioni, opera da anni in consorzio con altre ditte (nella Lombardia con la SAEP S.p.A e la Domenico Ventura di Umberto Ventura e C. S.a.S., in Umbria con la Ias Morgante S.r.l.).

Mentre la corte dei conti della Lombardia ha messo bastoni tra le ruote a via Arenula, quella del Veneto e quella dell'Umbria hanno sollevato molti rilievi ma alla fine hanno ceduto alle pretese di rinnovo di questi appalto alle stesse ditte e senza gara,

pur riconoscendo questa procedura contraria a una norma dello stato varata ad hoc per tenersi buona l'Europa.

Cioè l'articolo 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria per il 2004), approvato al fine di conseguire l'archiviazione di una procedura di infrazione comunitaria avviata contro l'Italia in relazione al contrasto della previgente disciplina del rinnovo dei contratti pubblici scaduti con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi di cui agli articoli 43 e 49 del Trattato CE e con la normativa europea in tema di tutela della concorrenza.

Ma questo articolo che ha sancito un generale divieto di rinnovazione dei contratti pubblici di fatto nelle carceri rimane inapplicato in seguito all'emanazione del decreto del Ministro della Giustizia del 21.07.2004, cioè il provvedimento in forza del quale "il contratto oggetto del provvedimento di approvazione in esame è stato sottoposto a particolari misure di sicurezza".

Peraltra nelle motivazioni del provvedimento datato 16 aprile 2008 dalla sezione regionale del Veneto si sottolinea come il ministero abbia persino "ribadito la necessità di affidare vitto e sopravvitto al medesimo soggetto per motivi di efficienza e convenienza, in ragione delle reciproche interazioni tra le due attività e dell'incremento dei costi, sia per l'Amministrazione che per i detenuti, che potrebbe conseguire a una diminuzione del volume dei generi approvvigionati dalle singole imprese affidatarie".

La cosa incredibile è che la ditta Berselli abbia sedi atipiche in quasi ogni carcere italiano. Il cibo ai detenuti è cosa loro. Altro mistero di chi volesse approfondire il tutto è questo: da anni i detenuti segnalano che i prezzi dei prodotti in vendita al sopravvitto sono troppo cari, e da anni i volontari che provano a fare una verifica nei supermercati della zona si scontrano con il fatto che invece molti prezzi sono identici, o quasi, a quelli dei supermercati.

Questo significa che esiste un sistema istituzionalizzato di creste all'interno dei penitenziari? Se fosse ad esempio verificata proprio quella parte della denuncia di Ismail Ltaief, il cuoco di Velletri, secondo cui quando arrivavano i pacchi delle forniture di vitto "qualcuno segnava 300 quando veniva scaricato 60", allora tutto sarebbe più facile da capire.

Come ai tempi delle carceri d'oro sulla pelle dei detenuti è più facile giocare. Tanto di denaro pubblico se ne spreca tanto, mica vorremo occuparci proprio di quello che lo stato impiega per far mangiare i delinquenti?

*Il "mercato dello spaccio" nelle carceri
di Massimo Bordin*

Il Riformista, 14 luglio 2011

La deputata radicale Rita Bernardini è una delle migliaia di persone che affianca Pannella nel suo sciopero della fame sulla democrazia in Italia, lo stato delle carceri e l'amnistia. Molte di queste persone - carcerati, avvocati, perfino magistrati - hanno digiunato un giorno, alcuni qualcuno di più. L'onorevole Bernardini non mangia da

più di quaranta giorni. Ieri era presente a una conferenza stampa che denunciava un altro “caso Cucchi” avvenuto nel carcere di Velletri, in provincia di Roma. La vittima, neanche a dirlo, un cittadino extracomunitario Ismail Lataief. In quella sede Bernardini ha annunciato una interrogazione parlamentare su una singolare e istruttiva vicenda. Prima colazione, pranzo e cena, in tutto per la modica cifra di 3 euro e 80 centesimi. È la cifra sulla base della quale una unica ditta ha vinto l'appalto per la fornitura dei pasti nelle carceri italiane. Con una cifra del genere non si può fornire altro che quella che, con un linguaggio inventivo degno di Celine, gli ergastolani chiamano da sempre la “sbobba della casanza”. Ma anche la sbobba a quel costo non può offrire ricavi. Come fa la ditta a guadagnare? Facile. Oltre ai pasti ha l'esclusiva degli spacci interni, dove i prezzi sono quelli di un salumiere dei Parioli. Nessuno pretende che i pasti dei carcerati siano a quattro stelle ma la vicenda è indicativa di come la gestione delle carceri produca non solo sofferenze inutili ma anche profitti, ingiusti mi permetterei di aggiungere, per qualcuno.

Bernardini: soltanto 3,8 € al giorno per il vitto di un detenuto, come è possibile?

Ansa, 13 luglio 2011

“Vorrei presentare un'interrogazione su una questione che andrebbe chiarita: quella delle cucine delle carceri. Sembra che l'appalto sia stato vinto da una sola ditta per tutta Italia che, con 3,8 euro, fornisce a ogni detenuto colazione, pranzo e cena. Come fanno non si sa... avranno qualche santo...”. Così la deputata radicale Rita Bernardini è intervenuta alla conferenza sulla vicenda di Ismail Ltaief, “nuovo caso Cucchi del carcere di Velletri”. “Il guadagno di questa ditta appaltatrice - ha detto Bernardini - starebbe nei prodotti venduti all'interno delle carceri, alimentari e non, che hanno prezzi di molto superiori a quelli di un normale supermercato. I detenuti e le loro famiglie si svenano per acquistarli”.

AS302 - BANDO DI GARA DI APPALTO DEL SERVIZIO DI FORNITURA ALIMENTARE AI DETENUTI

Roma, 17 giugno 2010

Presidente del Consiglio dei Ministri
Onorevole Silvio Berlusconi
Ministro della Giustizia
Onorevole Angelino Alfano

Con la seguente segnalazione l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato intende evidenziare, ai sensi dell'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, i profili di contrasto con i principi della concorrenza e del libero mercato contenuti nel bando di gara di appalto del servizio di fornitura alimentare ai detenuti dal 1° aprile 2006 al 31 dicembre 2009, realizzato dal Ministero della Giustizia per l'affidamento dei servizi di fornitura di pasti crudi giornalieri completi e del c.d. servizio di sopravvitto nei penitenziari.

Il citato bando di gara, realizzato dal Ministero della Giustizia attraverso i Provveditorati Regionali del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria territorialmente competenti, peraltro in deroga alla normativa comunitaria ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lett. c) del d. lgs. 24 luglio 1992 n.358¹, prevedeva, tra i requisiti di ammissione, che: a) la fornitura di pasti crudi giornalieri completi ai detenuti e la gestione del servizio di c.d. sopravvitto dovessero essere prestati congiuntamente; b) l'importo del fatturato globale richiesto alle imprese concorrenti alla gara per il triennio 2004/05/06 non fosse inferiore al doppio del valore complessivo dell'importo dei lotti a base di gara; c) il fatturato realizzato nel medesimo triennio (2004/05/06) a favore di enti pubblici e/o pubbliche amministrazioni da parte delle imprese concorrenti fosse identico a quello oggetto di gara, per un valore medio annuo non inferiore al 70% della sommatoria del valore complessivo totale dei lotti per i quali si concorre; d) nella prevista ipotesi di associazione temporanea di imprese, i requisiti sopra indicati dovessero essere posseduti dall'impresa capogruppo, nella misura non inferiore al 60%.

A seguito di una specifica richiesta di informazioni presentata dall'Autorità circa le modalità di svolgimento della citata gara di appalto oltre che in relazione ai suindicati requisiti della stessa, il Ministero della Giustizia ha rilevato che le motivazioni per cui si è proceduto a realizzare la gara in questione in deroga alla normativa comunitaria sono specificate nell'allegato decreto ministeriale del 24 luglio 2004, in cui si evidenzia che, al fine di assicurare "una costante e mirata attività a salvaguardia della sicurezza degli ambienti penitenziari", gli appalti delle forniture di vitto ai detenuti devono essere effettuati "limitando l'ammissione alla gara di licitazione privata [...] alle sole ditte che nel triennio precedente abbiano regolarmente svolto rapporti analoghi con enti pubblici; che dispongano sul territorio nazionale di sede e di stabile organizzazione; che dichiarino di accettare l'inderogabile condizione di doversi assoggettare a tutte le misure di sicurezza precauzionali speciali e generali disposte dall'amministrazione".

Lo stesso Ministero ha sostenuto che l'oggetto della gara prevedeva la prestazione congiunta della fornitura del vitto giornaliero e la gestione del servizio di sopravvitto ai detenuti, in base a quanto stabilito dall'articolo 712 del Regolamento generale per gli stabilimenti carcerari, pubblicato il 16 maggio 1920, nonché dall'articolo 1 del capitolato d'appalto. In particolare, l'articolo 712 del Regolamento generale per gli stabilimenti carcerari disciplina, nell'ambito di una gara d'appalto, la "consegna del materiale mobile e del fabbricato" e le modalità di redazione degli "inventari e verbali relativi", mentre l'articolo 1 del capitolato d'appalto specifica che l'"oggetto del contratto" consiste nella prestazione congiunta di fornitura pasti ai detenuti e di gestione dello spaccio (c.d. sopravvitto). Il motivo per il quale l'importo del fatturato globale richiesto alle imprese concorrenti per il triennio 2004/05/06 non dovesse essere inferiore al doppio del valore complessivo dell'importo dei lotti a base di gara "risiede nel fatto che il valore economico del servizio di sopravvitto, il cui onere è ad esclusivo carico dei detenuti che dispongono delle necessarie risorse, può quantificarsi indicativamente pari allo stesso importo delle forniture appaltate, queste ultime con onere a carico dell'Amministrazione".

Inoltre, sempre secondo quanto riferito dal Ministero della Giustizia, la richiesta di un fatturato specifico triennale (2001/02/03) identico a quello oggetto di gara a favore di enti pubblici e/o a p.a., per un valore medio annuo non inferiore al 70% della sommatoria del valore complessivo totale dei lotti posti a gara, "trova fondamento nel principio di non aggravare l'onerosità delle qualificazioni richieste ai partecipanti alla gara, sì da favorirne l'accesso, atteso che nei precedenti esperimenti di gara, ove era precisato un periodo contrattuale di due anni (e quindi d'importo minore rispetto al triennio) il requisito in questione era rapportato ad un valore non inferiore al 100% della sommatoria del valore complessivo dei lotti cui si concorreva".

Per quanto riguarda la richiesta del possesso dei citati requisiti, in caso di A.T.I., nella misura non inferiore al 60% all'impresa capogruppo, il Ministero interessato ha rilevato che essa è posta "in relazione all'esigenza di disporre di

¹ [Recante "Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 93/36/CEE e 97/52/CE", come modificato dal d. lgs. 20 ottobre 1998, n. 402 (in G.U. 24 novembre 1998, n. 275). In particolare, l'art. 4, comma 1, lett. c) d. lgs. cit. prevede che siano escluse dall'applicazione del TU "le forniture dichiarate segrete o la cui esecuzione richiede misure speciali di sicurezza, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti o quando lo esiga la protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato".]

almeno un'impresa, tra quelle associate, in grado di assi curare comunque e con margine di elevata sicurezza, le prestazioni contrattuali appaltate, atteso che, come è noto, nell'associazione stessa le singole imprese non sono strutturalmente collegate fra loro, ciascuna continuando a mantenere la propria individualità".

Il Ministero della Giustizia, infine, dopo aver precisato che i suindicati requisiti sono stati richiesti, seppur con lievi differenze, anche nei precedenti bandi, ha allegato due prospetti, rispettivamente relativi alle aggiudicazioni della gara di cui trattasi ed alle ultime gare aventi ad oggetto la medesima fornitura di servizi ai detenuti, dai quali si evince che, fatta eccezione per alcuni istituti circondariali, le imprese aggiudicatrici della gara risultano sostanzialmente coincidere con i precedenti appaltatori degli stessi lotti.

In relazione alla materia dei bandi di gara di appalti pubblici l'Autorità ha già manifestato il proprio orientamento in occasione di precedenti interventi - nella segnalazione del 28 settembre 1999 (AS187 - *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, in Boll. 48/1999), nel parere reso in data 30 gennaio 2003 (AS251 - *Bandi predisposti dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici Consip S.p.A.*, in Boll. 5/2003) e, da ultimo, nel parere reso il 26 febbraio 2006 (AS276 - *Servizi di formazione e di certificazione delle conoscenze informatiche*, in Boll. 9/2006).

Essa ritiene opportuno, tuttavia, ribadire le osservazioni espresse al riguardo, con specifico riferimento ai requisiti del bando di gara sopra citato.

In relazione ai criteri in base ai quali la gara in questione è stata realizzata in deroga alla normativa comunitaria, l'Autorità evidenzia che per motivare la mancata applicazione della stessa non appare sufficiente invocare la presenza di un generico interesse pubblico per giustificare la non applicabilità delle norme comunitarie in materia, occorrendo, invece, che tale interesse pubblico sia concreto e specifico, così come va accertato che la mancata applicazione delle suddette norme rappresenti effettivamente l'unico strumento disponibile al fine di raggiungere gli obiettivi proposti (criterio della proporzionalità).

Nel caso in esame, l'interesse pubblico (sicurezza degli ambienti penitenziari) invocato per giustificare la disapplicazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, pur ammettendone la concretezza e la specificità in merito all'oggetto del bando (servizio di fornitura alimentare ai detenuti), non risulta tuttavia necessariamente conseguibile attraverso due dei rigidi criteri selettivi stabiliti nel bando (previsione di rapporti analoghi nel triennio precedente con non meglio precisati enti pubblici e presenza sul territorio nazionale di sede e stabile organizzazione), apparendo piuttosto di per sé idoneo a tale scopo solo il terzo di tali criteri (accettazione dell'inderogabile condizione di doversi assoggettare a tutte le misure di sicurezza precauzionali speciali e generali disposte dall'Amministrazione).

Riguardo, poi, alla su indicata, specifica previsione di vincolare la partecipazione alle gare non già alle imprese che abbiano dimostrato di avere esperienza nel mercato specifico, indipendentemente cioè dalla natura proprietaria degli operatori a cui abbiano effettuato commesse, ma alle sole imprese che già abbiano fornito all'amministrazione prestazioni o svolto lavori analoghi a quelli oggetto della gara, essa non risulta certamente correlata alle effettive capacità tecniche dei soggetti partecipanti, né in quanto tale idonea a selezionare la migliore offerta per lo svolgimento dell'incarico. Al contrario, il suo effetto è quello di favorire gli operatori localizzati in una certa area geografica e che già abbiano lavorato per l'Amministrazione, escludendo ingiustificatamente numerose categorie di imprese. L'Autorità ricorda, in proposito, che sia la normativa comunitaria sia quella nazionale in materia di appalti indicano chiaramente che la valutazione della capacità tecnica ed economica delle imprese debba essere effettuata in maniera obiettiva e trasparente, senza introdurre favoritismi.

Per quanto concerne il fatto che l'oggetto della gara prevedesse la prestazione congiunta della fornitura del vitto giornaliero e la gestione del servizio di sopravvitto ai detenuti, in base a quanto stabilito dall'articolo 712 del Regolamento generale per gli stabilimenti carcerari, nonché dall'articolo 1 del capitolato d'appalto, l'Autorità ritiene opportuno bilanciare le esigenze di sicurezza con i principi in materia di concorrenza.

Come rilevato dall'Autorità in occasione delle richiamate segnalazioni, la definizione dell'oggetto della gara rappresenta l'aspetto principale del contesto entro cui le imprese possono competere. Un oggetto della gara eccessivamente ampio potrebbe, in particolare, precludere l'accesso a quelle categorie di operatori in grado di realizzare solo una singola prestazione.

Inoltre, circa la richiesta di un fatturato specifico triennale (2004/05/06) identico a quello oggetto di gara a favore di enti pubblici e/o a p.a., per un valore medio annuo non inferiore al 70% della sommatoria del valore complessivo totale dei lotti posti a gara, l'Autorità evidenzia che l'attribuzione di un'efficacia escludente al mero criterio del fatturato può provocare un'indebita estensione del novero delle cause di esclusione già tassativamente individuate dal legislatore. Al riguardo, infatti, l'articolo 13, comma 1, del decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358 (come modificato e integrato dal decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 402, recante testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 93/36/CEE e 97/52/CEE), stabilisce che "la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: a) idonee dichiarazioni bancarie; b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa; c) dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo alle forniture identiche a quella oggetto della gara, realizzate negli ultimi tre esercizi", precisando, nel successivo comma 2, che "le amministrazioni precisano nel bando di gara quali dei documenti indicati al comma 1 devono essere presentati, nonché gli altri eventuali che ritengono richiedere". Tale disposizione, pertanto, consente alle imprese di dimostrare la propria capacità economico-finanziaria attraverso una pluralità di strumenti, indicando una serie di criteri alternativi che possono essere utilizzati dall'amministrazione

appaltante per dimostrare l'idoneità degli operatori a svolgere il servizio richiesto, ma che, in nessun modo possono essere utilizzati per escludere dalla partecipazione alla gara le imprese, in tutte le ipotesi in cui la capacità economica e finanziaria possa essere dimostrata diversamente.

Per quanto riguarda, infine, la richiesta del possesso dei citati requisiti, in caso di A.T.I., nella misura non inferiore al 60% all'impresa capogruppo, l'Autorità tiene a ribadire che i raggruppamenti temporanei di imprese sono in genere compatibili con le disposizioni della normativa sulla concorrenza nella misura in cui consentono a imprese che operano in fasi differenziate di una stessa filiera di poter presentare la propria offerta a gare a cui individualmente non potrebbero partecipare. Se invece i raggruppamenti temporanei d'impresa sono realizzati tra imprese che producono il medesimo bene o servizio essi possono integrare una violazione della normativa a tutela della concorrenza quando le singole imprese partecipanti avrebbero potuto individualmente partecipare alla gara di appalto, in considerazione della loro dimensione e della capacità produttiva disponibile.

In ogni caso l'Autorità rileva che i bandi di aggiudicazione non possono prevedere, come invece è previsto nel caso di specie, che i requisiti relativi alla capacità tecnica e/o finanziaria debbano essere soddisfatti dalle singole imprese associate nel raggruppamento o dalla sola società capogruppo, per ciascuna delle tipologie di fornitura (nel caso di specie sia per il vitto che per il so pravvitto) anziché dal raggruppamento nel suo complesso. Tale orientamento giurisprudenziale origina dalla considerazione che l'effettivo partecipante alla gara è rappresentato dall'A.T.I. e non dalle singole imprese, conformemente alla finalità, che il legislatore ha assegnato ai raggruppamenti temporanei di imprese, di associare operatori economici tra loro indipendenti al fine di raggiungere una capacità complessiva idonea alla partecipazione alla gara.

Sulla base delle considerazioni che precedono, l'Autorità ritiene che le modalità di realizzazione del bando di gara in questione siano in grado di determinare distorsioni della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato, nonché di incidere negativamente sui meccanismi di formazione della domanda pubblica.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato confida, pertanto, che, nella predisposizione di futuri bandi di gara, le presenti osservazioni possano essere tenute in adeguata considerazione, allo scopo di favorire uno sviluppo effettivo della concorrenza.

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà



Corte dei Conti

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER L'UMBRIA

composta dai seguenti magistrati:

Cons.	Mario BUSCEMI	Presidente f.f.
Cons.	Romano DI GIACOMO	Componente
Primo Ref.	Paola COSA	Componente -relatore

nell'adunanza del giorno 8 aprile

2008 VISTO l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

VISTO il Testo Unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 e le successive modificazioni;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20 e le successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la legge 24 novembre 2000, n. 340;

VISTO il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, approvato con deliberazione delle Sezioni Riunite n. 14/DEL/2000 del 16 giugno 2000 e le successive modificazioni;

VISTO il decreto n. 18359 di data 31 dicembre 2007 del Provveditorato Regionale dell'Umbria - Amministrazione Penitenziaria - che approva il contratto stipulato in data 28 dicembre 2007, rep. n. 42 avente ad oggetto l'appalto per il servizio mantenimento dei detenuti e degli internati ristretti negli Istituti penitenziari, mediante la fornitura di pasti crudi giornalieri, nonché la gestione del sopravvitto per i detenuti ed internati degli istituti Penitenziari di Perugia, Terni, Spoleto ed Orvieto per il periodo dal 1/1/2008 al 31/12/2009, in conformità al capitolato d'onere n. 357405, datato 6 dicembre 2004;

LETTA la relazione del magistrato istruttore di deferimento all'esame collegiale delle questioni emerse, depositata in atti il 9 aprile 2008 al prot. n. 797, in vista dell'odierna Adunanza;

VISTA l'Ordinanza Presidenziale n. 9/2008/F, in data 9 aprile 2008, di convocazione della Sezione per l'odierna Adunanza;

VISTA la nota della Segreteria della Sezione Regionale di controllo n. 799 del 9 aprile 2008, con la quale la predetta ordinanza di convocazione è stata inoltrata all'Amministrazione interessata ed alla Ragioneria Provinciale dello Stato;

UDITO il relatore Primo Referendario dr.ssa Paola COSA;

UDITO nell'odierna adunanza del 18 Aprile 2008, in rappresentanza dell'Amministrazione Penitenziaria, ritualmente convocata per il contraddittorio formale, il Dott. Vincenzo Tricarico - Dirigente della Direzione Generale delle Risorse Materiali dei Beni e dei Servizi del Ministero della Giustizia - Ufficio 1° Contratti -giusta delega, nota n. 5883 del 16 aprile 2008, della dr.ssa Ilse Runsteni - Provveditore Regionale per l'Amministrazione Penitenziaria della Regione Umbria (presente all'adunanza);

Ritenuto in

F A T T O

In data 7 febbraio 2008 è pervenuto a questo Ufficio di controllo, per il tramite della competente Ragioneria Provinciale dello Stato, il provvedimento n. 18359 del 31.12.2007, con il quale il Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria per la Regione Umbria ha approvato il contratto, stipulato in data 28.12.2007 - rep. n. 42 - con la Società Arturo Berselli & co. S.p.A. e con la Società I.A.S. Morgante

S.r.l. in qualità, rispettivamente, di "obbligato principale" e di "supplente".

Detto contratto ha per oggetto l'appalto per il servizio mantenimento dei detenuti e degli internati, ristretti negli Istituti penitenziari, mediante la fornitura di pasti crudi giornalieri, nonché la gestione del sopravvitto per i detenuti ed internati degli istituti Penitenziari di Perugia, Terni, Spoleto ed Orvieto, per il periodo dal 1/1/2008 al 31/12/2009, in conformità al capitolato d'onere n. 357405, datato 6 dicembre 2004.

Il provvedimento in questione è stato inviato alla Ragioneria Provinciale dello Stato di Perugia dall'Amministrazione Penitenziaria - Provveditorato Regionale per l'Umbria che, nella nota di trasmissione, ha precisato di essersi avvalsa della procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, in forza di quanto disposto dall'art. 57 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i. (in prosieguo indicato per semplicità come "codice dei contratti pubblici"). Inoltre, la stessa Amministrazione, nella medesima sede, *"invita"* la Ragioneria *"a voler considerare il disposto dell'art. 17; comma 7, del D.Lgs .n. 163/2006 che prevede il controllo esclusivo, successivo, della Corte dei conti sulla tipologia dei contratti di cui trattasi ed, eventualmente, trattenere gli atti che costituiranno parte della documentazione giustificativa per i futuri pagamenti, restituendo gli altri"*.

Al fine di poter acquisire utili elementi istruttori, l'Ufficio di controllo di questa Sezione ha formulato apposito rilievo, con foglio n. 1 del 22 febbraio 2008, per acclarare, in primis, la questione pregiudiziale evidenziatasi relativamente alla possibilità di ricomprendere l'atto trasmesso fra quelli contemplati dall'art. 17, comma 7, del citato codice dei contratti pubblici, e, quindi, di non sottoporlo al controllo preventivo di legittimità ex art. 3, comma 1, lett. g) della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

Al riguardo, si è chiesto all'Amministrazione di specificare sulla base di quale provvedimento, dalla stessa adottato con riferimento alla procedura in oggetto, sia stata affermata la ricorrenza dei presupposti per la segretazione, ovvero per l'esecuzione con particolari misure di sicurezza del contratto in questione.

Oltre a ciò, è stato richiesto all'Amministrazione di specificare meglio il progetto di base sul quale si fonderebbe l'applicazione, al caso di specie, della previsione contenuta nell'art. 57, comma 5 lett. b) del codice dei contratti pubblici .

Infine, nel predetto rilievo istruttorio è stata chiesta maggiore chiarezza da parte della Amministrazione interessata circa la volontà manifestata di sottoporre o meno il provvedimento de quo al controllo preventivo di legittimità della Corte ex art. 3, comma 1, lett. g), della legge 14 gennaio 1994, n. 20. Punto quest'ultimo in merito al quale la posizione dell'Amministrazione Penitenziaria non è risultata facilmente comprensibile, visto il tenore della nota con la quale la stessa ha veicolato il provvedimento in esame che lasciava spazio ad interpretazioni da parte della stessa Ragioneria Provinciale in merito alla sottoponibilità o meno del provvedimento al controllo preventivo di legittimità, ovvero al controllo successivo ex art. 17, comma 7, del codice dei contratti pubblici .

Il decreto di approvazione del contratto di cui trattasi è stato inoltrato a questa Sezione dalla competente Ragioneria Provinciale

munito di semplice presa d'atto. Presa d'atto ricollegabile, presumibilmente, alla mancanza nel decreto di un vero e proprio impegno, trattandosi, piuttosto, di una sorta di prenotazione fondi (art. 50 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440) disposta sul cap. 1761 art. 1 "non appena interamente utilizzabili". Impegno che, al contrario, dovrebbe essere presente nel provvedimento di approvazione del contratto in quanto unico atto, dell'intera procedura negoziale, sottoposto al controllo preventivo di legittimità di questa Corte, proprio in ragione del fatto che esso costituisce il momento in cui si concretizza la spesa.

Con risposta interlocutoria, pervenuta a ridosso della scadenza prevista dall'art. 27 della legge 24 novembre 2000, n. 340, il Provveditorato regionale ha fatto presente che gli elementi informativi utili alla risposta a due punti specifici del rilievo (n. 1 e n. 2) erano stati richiesti al competente Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del Ministero della Giustizia che, pur sollecitato, aveva ritardato il riscontro.

Con nota prot. n. 4739/1.20, in data 27 marzo 2008, pervenuta a questo Ufficio di controllo in data 1° aprile 2008, il Provveditorato Regionale ha veicolato la risposta definitiva al foglio di rilievo, formulata dalla Direzione Generale delle risorse materiali, dei beni e dei servizi del Ministero della Giustizia (nota prot. n. GDAP 0109580 di data 27 marzo 2008), nella quale si rappresenta in ordine al punto 1 che *"// contratto stipulato ai sensi dell'art. 57 comma 5 del d.lgs. n. 163/2006, senza previa pubblicazione del bando di gara, riguarda servizi consistenti nella ripetizione di analoghe prestazioni, già affidate all'operatore economico aggiudicatario del contratto...., / cui servizi sono conformi ad un progetto di base ("rinvio al punto 3 della lettera n. 0109580-2008 del 27 marzo 2008 del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria) è stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo regolare procedura di gara e registrato dalla Corte in data 15/07/2005. "*

Il predetto Dipartimento ha argomentato diffusamente in ordine alla procedura seguita in applicazione dell'art. 57, comma 5, lett. b) del codice dei contratti pubblici, affermando che *tale procedura sarebbe apparsa idonea a consentire la prosecuzione del servizio per altri due anni da parte dei medesimi affidatari del contratto stipulato nel 2005, nella considerazione che, in occasione del predetto contratto, venne emesso l'unico decreto ministeriale di sottoposizione alle speciali misure di sicurezza indicate in apposito atto emesso dal Provveditorato Regionale committente, misure che data la ripetitività delle prestazioni possono essere considerate idonee per il rimanente periodo in cui le imprese devono fornire servizi analoghi a quelli prestati nei primi anni di validità contrattuale.*

L'art. 57, come precisato dall'Amministrazione, ammette il ricorso alla procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, allorché vi sia, fra l'altro, un progetto di base la cui definizione, con riferimento ai lavori, risulta desumibile dalle norme, mentre per i servizi non è altrettanto agevole da rinvenire. *Nel caso di specie, l'esistenza di un progetto di base, anche se non esplicitato secondo la forma di atto scritto, si desume sulla base di diverse previsioni del capitolato speciale di appalto, ove si prevede che l'impresa affidataria*

curi

l'apprestamento di alcune specifiche attività , fra cui :

- *a proposito della gestione del vitto:*
 - > *la predisposizione e la realizzazione di un piano di manutenzione dei locali e delle attrezzature affidate in comodato d'uso;*
 - > *la predisposizione di un piano di assortimento di alimenti per i pasti giornalieri, sulla base delle presenze comunicate e dei menù generali;*
- *a proposito della gestione del sopravvitto (ove l'impresa agisce in costante collaborazione con la Direzione dell'Istituto penitenziario oltre a dover provvedere alla predisposizione di un software e a dover partecipare ad un'attività di ricerca finalizzata alla vendita di apparecchiature a gas per consumo individuale) :*
 - > *la predisposizione e l'aggiornamento continuo di un listino dei generi in vendita che deve analizzare i dati di vendita e le esigenze dei detenuti;*
 - > *l'accettazione delle richieste di acquisto da parte dei ristretti e l'organizzazione e la calendarizzazione del relativo piano di distribuzione.*

Il contratto di cui trattasi, sulla base di quanto dettagliatamente illustrato dall'Amministrazione, riguarda un appalto che può definirsi misto in quanto avente ad oggetto la fornitura di determinati quantitativi di derrate alimentari, secondo un assortimento finalizzato alla composizione di pasti somministrati a crudo, nonché il servizio di fornitura di generi del ed. sopravvitto, con prevalenza economica della fornitura rispetto al servizio, ma con presenza non irrilevante di quest'ultimo.

In ordine al punto 2 del rilievo istruttorio l'Amministrazione ha allegato il decreto di segretezza del Ministro della Giustizia del 21 luglio 2004 n. 0271894, nonché gli ordini di servizio emanati in occasione del precedente contratto.

Per quanto concerne il punto 3 del rilievo istruttorio, in ordine all'assoggettabilità del provvedimento di approvazione del contratto de quo al controllo preventivo di legittimità piuttosto che a quello successivo ex art. 17; comma 7, del codice dei contratti pubblici , il Provveditorato Regionale ha provveduto a rispondere direttamente (a firma del Provveditore), facendo presente di aver ottemperato alle direttive impartite, con nota n. 373035 del 30/11/2007, dalla competente Direzione Generale del Ministero della Giustizia, pur nella consapevolezza che la preventiva richiesta di parere formulata in merito all'assoggettabilità al controllo del provvedimento de quo non poteva considerarsi rientrante nell'ambito dell'attività consultiva, riconosciuta in capo alle Sezioni Regionali di controllo della Corte dei conti, esclusivamente, con riferimento a quanto previsto dall'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003.

A tal proposito, l'Amministrazione ha, altresì, precisato, facendo chiarezza definitivamente sul punto che *"alla luce di una più attenta lettura delle norme alle quali si fa riferimento ed alle interpretazioni e pareri forniti dagli organi centrali dipartimentali e consultivi, si ritiene che il contratto de quo non sia da sottoporsi al visto preventivo della Corte bensì al controllo della Ragioneria Provinciale dello Stato cui per legge devono essere sottoposti gli atti di impegno di spesa . Infatti, l'art. 17, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 prevede che i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza nella cui fattispecie ricade il contratto in questione, siano sottoposti esclusivamente al controllo successivo della Corte dei conti la quale si pronuncia, altresì, sulla regolarità, sulla correttezza e sull'efficacia della gestione"; concludendo "ben poteva la locale Ragioneria, previa*

valutazione di quanto richiesto con la nota di trasmissione, restituire gli atti".

In sede di Adunanza, il relatore ha ribadito, innanzitutto, la proposta di rimettere alla Sezione Centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, con effetto devolutivo pieno, a termini dell'art. 3, comma 3 bis, del regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti (approvato con deliberazione delle Sezioni Riunite n. 14 del 16 giugno 2000 come modificata dalla successiva deliberazione delle SSRR n. I/DEL/2004 del 17 dicembre 2004) la questione pregiudiziale, inerente l'assoggettabilità o meno dell'atto de quo al controllo preventivo di legittimità ovvero al controllo successivo ex art. 17, comma 7, del codice dei contratti pubblici, palesandosi la stessa di particolare rilevanza, in quanto di interesse per le altre Sezioni Regionali contestualmente impegnate nella verifica dei presupposti di legittimità di atti consimili veicolati a vario titolo (controllo preventivo o successivo) al controllo da parte dei competenti Provveditorati regionali.

A tal proposito, ritenendosi che un pronunciamento definitivo sulla predetta questione da parte dell'Adunanza congiunta dei Collegi, nella sua composizione integrata da otto Consiglieri Delegati di altrettante Sezioni Regionali, possa rivestire una valenza che va al di là della semplice pronunzia sul visto, assumendo un significato interpretativo volto ad evitare pronunciamenti difformi e possibili contrasti interpretativi, in vista dell'uniforme applicazione delle disposizioni recate dal citato articolo del codice dei contratti.

Inoltre, il relatore, nel riepilogare le argomentazioni contenute nella relazione di deferimento depositata in atti, ha fatto presente che:

- con la citata memoria conclusiva, predisposta dalla Direzione Generale dei Beni e dei Servizi del Ministero della Giustizia e trasmessa dal Provveditorato Regionale per l'Umbria, sono state sottoposte all'attenzione di questa Sezione le dichiarazioni rese dai Direttori dei quattro Istituti Penitenziari della Regione che confermano e aggiornano le disposizioni impartite in precedenza riguardo alle misure di sicurezza da adottare per la ricezione all'interno dei rispettivi Istituti dei generi di vitto e sopravvitto destinati ai detenuti ed internati. Tali ultime dichiarazioni, a parere del relatore, non possono essere utilmente valutate ai fini della ricorrenza dei presupposti per la segretezza del contratto de quo. Infatti, deve ritenersi, alla stregua della costante giurisprudenza di questa Corte (vedasi per tutte delibera n. 1/2008 della Sezione Centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato), peraltro, riconosciuta e condivisa, anche in sede di adunanza, dalla stessa Amministrazione, che il giudizio sulla segretezza dell'opera, del lavoro o della fornitura spetti esclusivamente al Ministro, in quanto le valutazioni in merito riguardanti motivi di sicurezza e riservatezza attengono alla sfera politica e non a quella amministrativa;

- l'unico provvedimento, in forza del quale, l'Amministrazione sostiene debba riconoscersi la ricorrenza, nel caso di specie, delle misure di particolare sicurezza da applicare al contratto deve considerarsi, ancora oggi, il D.M. n. 271984 del 21 luglio 2004, peraltro, già oggetto di censure da parte della Sezione regionale di controllo per le Marche che ha osservato, fra l'altro, la difficoltà di evincere in che cosa consistano le speciali misure di sicurezza imposte al fornitore, non ritenendosi sufficientemente chiaro il richiamo generico, contenuto nel predetto Decreto, alle esigenze di sicurezza nell'espletamento delle prestazioni contrattuali e che, con delibere n.

7/2005 e n. 9/2006, ha negato il visto e la conseguente registrazione dei provvedimenti di approvazione sia del primo che del successivo contratto di fornitura pasti e sopravvitto;

- a tale ultimo proposito devesi rammentare che, proprio in ragione delle predette delibere di diniego del visto, il Ministero della Giustizia, come da ultimo rappresentato dall'Amministrazione nella memoria conclusiva, ha emanato il D.M. n. 376564 del 27 novembre 2006, ove, a fronte dei reiterati dinieghi opposti dalla competente Sezione Regionale di controllo con le citate delibere, ritenuta la sussistenza di gravi ed inderogabili esigenze di tutela della sicurezza di tutti gli Istituti Penitenziari della Regione, potendo la fornitura di generi vittuari costituire veicolo di introduzione negli stessi Istituti di sostanze ed oggetti pericolosi o non consentiti, si dispone che le forniture sono dichiarate eseguibili con le modalità indicate dall'art. 17 del codice dei contratti pubblici (cfr. art. 14 della Direttiva 2004/18/CE) (ovvero *esperimento di gara informale alla quale sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto, e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di sicurezza*). La stazione appaltante deve individuare le imprese da invitare a gara informale ed accertare le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa nel rispetto del principio di trasparenza e concorrenza ed accertare al contempo possesso del requisito di abilitazione alla sicurezza, cosiddetto n.o.s. - nulla osta preventivo di sicurezza) e con le speciali misure di sicurezza da determinarsi, in relazione a ciascun Istituto Penitenziario, da parte del Provveditore Regionale;

- per quanto attiene al profilo dell'applicabilità dell'art. 57, comma 5 lett. b), che dispone l'attuazione della procedura negoziata, senza la previa pubblicazione del bando di gara, per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi ad un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta, al proposito, vale la pena ricordare la sentenza TAR Lazio Sez. I bis, in data 12 dicembre 2005, ove il Collegio ha osservato che "il rinnovo contrattuale consistente, come noto, in una nuova negoziazione tra le medesime parti per l'instaurazione di un nuovo rapporto giuridico si attegga quale trattativa privata ovvero quale rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale tra gli originari contraenti e che, dunque, la stessa trova piena praticabilità, sia pure nei limiti di un'eccezionale deroga all'esperimento di procedure selettive ad evidenza pubblica. Il ricorso a detto strumento negoziale, siccome espressamente previsto dalla stessa norma nazionale di recepimento di quella comunitaria, non si pone in contrasto con i principi di concorrenza e trasparenza, tutte le volte che detta facoltà sia stata espressamente considerata in sede di indizione della prima gara e recepita nella conclusiva stipula contrattuale. " l'aver previsto nel bando di gara, prima, e nel vincolo negoziale, poi, il ricorso all'istituto del rinnovo del contratto non pregiudica i predetti principi di trasparenza e concorrenza ed invero la conoscenza di una tale possibilità, in sede di espletamento della competizione concorsuale, pone tutti i partecipanti su di un medesimo piano, in quanto tutti in grado di tenerne debito conto in sede di elaborazione dell'offerta".

A proposito di rinnovo, com'è noto, dall'entrata in vigore della legge 18 aprile 2005 n. 62 (legge comunitaria 2004) non è più possibile

procedere al rinnovo dei contratti per la fornitura di beni e servizi, in quanto l'art. 23 della predetta legge ha soppresso l'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 ed ha, in tal modo, posto rimedio alla procedura di infrazione 2003/2110, con la quale la Commissione europea censurava le disposizioni che, a fronte del divieto del rinnovo tacito consentivano, comunque, la prosecuzione di rapporti contrattuali, applicata con estrema disinvoltura dalle amministrazioni a detrimento dei principi di concorrenza e trasparenza, sulla base dell'unico presupposto di natura squisitamente finanziaria legato all'opportunità di conseguire economie sulle spese correnti, e, dunque, alla convenienza economica del riaffidamento del servizio.

L'entrata in vigore dell'art. 23 della citata legge comunitaria deve intendersi come diniego generalizzato dell'ammissibilità di qualsivoglia forma di rinnovo. In questa direzione si colloca la sentenza n. 6458 del Consiglio di Stato, depositata il 31 ottobre 2006, che ha riformato la precedente pronuncia del TAR Lazio, ove si legge che l'intervento dell'art. 23 della legge 18 aprile 2004 n. 62 "legge comunitaria 2005" ha espressamente soppresso l'ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, della legge n. 537/1993 che ammetteva, a determinate condizioni, la possibilità di rinnovare i contratti entro tre mesi dalla loro scadenza. Tale modifica deve intendersi finalizzata, essenzialmente, all'archiviazione di una procedura di infrazione comunitaria avente ad oggetto proprio la previsione normativa nazionale della facoltà di procedere al rinnovo espresso dei contratti delle pubbliche amministrazioni, ritenuta incompatibile con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi e con la normativa comunitaria in tema di tutela della concorrenza nell'affidamento degli appalti pubblici. Pertanto, all'eliminazione della possibilità di rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l'entrata in vigore dell'art. 23 della legge n. 62/2005, deve assegnarsi valenza generale ed una portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvano di fatto nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici. Solo rispettando tale canone interpretativo si assicura, secondo quanto argomentato nella citata decisione del

Consiglio di Stato, l'effettiva conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario, mentre accedendo a letture sistematiche che riducano la portata precettiva del divieto ai contratti scaduti e che introducano indebite eccezioni, si finisce per vanificare la palese intenzione del legislatore del 2005 di adeguare la disciplina nazionale a quella europea.

La citata pronuncia del Consiglio di Stato si spinge oltre e considera che, non solo l'intervento dell'art. 23 della legge n. 62/2005 deve essere letto ed applicato nel senso di impedire, in via generale ed incondizionata, la rinnovazione dei contratti di appalto scaduti, ma anche l'esegesi di altre disposizioni dell'ordinamento che consentirebbero, in deroga alle procedure di affidamento di appalti pubblici l'affidamento senza gara degli stessi servizi per ulteriori periodi, deve essere condotta alla stregua del vincolante criterio che vieta il rinnovo dei contratti. Inoltre, quand'anche si intendesse riconoscere l'astratta applicabilità della disposizione in argomento, dovrebbe, secondo quanto affermato nella sentenza n. 6458/2006, evidenziarsi la mancanza dell'indefettibile presupposto della conformità dei nuovi servizi ad un progetto di base, al quale non può essere assimilato il capitolato speciale;

-nel contratto in esame i contraenti sono gli stessi ed hanno accettato le medesime condizioni contrattuali fissate nel contratto

approvato con decreto PRAP Umbria n. 5593 del 04.04.2005, debitamente registrato da questo Ufficio di controllo al foglio n. 248 del 15 luglio 2005. Condizioni che, peraltro, sono state *medio tempore* modificate, in forza di un atto aggiuntivo intervenuto successivamente ed il cui provvedimento approvativo (decreto PRAP Umbria n. 5261 del 21 marzo 2007) è stato anch'esso registrato da questa Sezione al foglio n. 288 del 28 giugno 2007.

In sede di Adunanza l'Amministrazione ha ribadito le argomentazioni prodotte nella memoria conclusiva, veicolata dal Provveditorato Regionale con lettera di trasmissione n. 5884 del 16 aprile 2008, puntualizzando, fra l'altro, in merito ai punti di seguito indicati:

- l'iter della precedente procedura che è stata espletata sulla base di direttive impartite dalla Direzione Generale delle Risorse materiali, dei beni e dei servizi del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, mediante il ricorso a licitazione privata, nel cui bando era stata prevista la possibilità del rinnovo per un ulteriore biennio. La suddetta gara è stata espletata in deroga alla normativa comunitaria in materia, in forza del Decreto del Ministro della Giustizia in data 21 luglio 2004 che prevedeva l'ammissione alla licitazione privata limitata alle sole ditte che nel triennio precedente avessero regolarmente svolto rapporti analoghi con enti pubblici, che disponessero sul territorio nazionale di sedi e di stabile organizzazione e che avessero dichiarato di accettare l'inderogabile condizione di doversi assoggettare a tutte le misure di sicurezza precauzionali speciali e generali disposte dall'Amministrazione;

- il contratto di cui trattasi, strettamente collegato a quello stipulato nel 2005, è stato assoggettato a procedura riservata, ai sensi dell'art. 17 del codice dei contratti, in riferimento al citato D.M. del 2004, emesso in ragione del fatto che trattavasi di un settore in cui, oltre alla competenza ed alla professionalità delle imprese affidatarie necessitava un'elevata affidabilità delle stesse imprese e del loro personale, in relazione alle esigenze primarie ed indefettibili di tutela della sicurezza penitenziaria; richiamando, altresì, l'attenzione sulla circostanza che il predetto decreto ministeriale *ab origine* aveva disposto che l'intero rapporto contrattuale, comprensivo dell'eventuale periodo di rinnovo, fosse sottratto alle ordinarie forme di pubblicità previste per la conclusione dei contratti pubblici e che per tale motivo non è stato emesso un nuovo decreto di segretazione;

- i provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 17, comma 2, del codice dei contratti dai Direttori degli Istituti Penitenziari, responsabili e garanti di ogni profilo delle vicende che si svolgono all'interno delle strutture di propria competenza, con i quali si attesta la permanenza in concreto, anche per il nuovo periodo contrattuale, delle menzionate ragioni di tutela, ossia della cogente necessità ed indispensabilità

soggetti che svolgono il servizio di cui trattasi assicurino quei profili di affidabilità e sicurezza che occorre garantire per coloro che accedono agli spazi penitenziari;

- la conseguente sottoponibilità, alla luce delle argomentazioni svolte, del provvedimento in esame al controllo successivo di cui al più volte citato art. 17, comma 7, del codice dei contratti.

L'Amministrazione conclusivamente ha rappresentato le difficoltà derivanti dall'orientamento ondivago manifestato sulla questione da parte delle diverse Sezioni Regionali nell'esercizio dell'attività di controllo su analoghi provvedimenti emessi dai competenti

Provveditorati Regionali dell'Amministrazione Penitenziaria, in alcuni casi ammettendo gli stessi a visto e conseguente registrazione, in altri rinviando gli atti al controllo successivo ex art. 17, comma 7, del codice dei contratti pubblici.

Devesi evidenziare, infine, quanto fatto rilevare, conclusivamente, in sede di adunanza dal Presidente f.f. di questa Sezione in ordine al fatto che il soggetto che all'interno degli Istituti Penitenziari risulta essere responsabile della sicurezza degli stessi è il Direttore, il quale ha facoltà di adottare le idonee misure di sicurezza relative al proprio Istituto e che la segretezza non può considerarsi, in ogni caso, un atto attinente alla sfera delle decisioni del vertice politico dell'Amministrazione, potendosi, al contrario, ritenere che rientri più comunemente nell'ambito di competenza del soggetto che istituzionalmente risponde della tutela delle primarie esigenze di sicurezza del carcere.

DIRITTO

Il Collegio è chiamato a pronunciarsi, preliminarmente, sul deferimento della questione alla Sezione Centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, ai sensi dell'art. 3, comma 3 bis, del Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, approvato con deliberazione delle Sezioni Riunite n. 14 del 16 giugno 2000, così come modificato con successiva deliberazione n. 1/DEL/2004 del 17 dicembre 2004.

Deferimento, con effetto devolutivo pieno, proponibile, a mente del citato art. 3, comma 3 bis, ove si renda necessaria la risoluzione di questioni di particolare importanza con riguardo ad atti appartenenti ad una delle tipologie indicate dall'art. 3, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, nonché a provvedimenti in materia pensionistica di cui al comma 8 del medesimo articolo e rientranti nella competenza anche delle Sezioni regionali di controllo.

Il Collegio è chiamato a pronunciarsi preliminarmente, altresì, in merito all'applicabilità o meno al caso di specie dell'art. 17, comma 7, del codice dei contratti pubblici.

La citata disposizione recita " i contratti di cui al presente articolo posti in essere da amministrazioni statali (nel cui novero rientra anche l'Amministrazione della Giustizia per espressa previsione del comma 1 dello stesso art. 17, così come modificato dalla lett. b) del comma 1 dell'art. 1 del d.lgs.31 luglio 2007, n. 113) sono sottoposti esclusivamente al controllo successivo della Corte dei conti, la quale si pronuncia, altresì, sulla regolarità, correttezza e sull'efficacia della gestione. Dell'attività di cui al presente comma è dato conto entro il 30 giugno di ciascun anno in una relazione al Parlamento."

A tal proposito, appare opportuno rammentare che i contratti cui fa riferimento la citata disposizione sono quelli ed. segretati, individuabili in base sia ad un criterio soggettivo che ricomprende le forze armate, i corpi di polizia, la Banca d'Italia e l'Amministrazione della Giustizia, sia dal punto di vista oggettivo, in quanto gli stessi devono risultare necessari per la difesa della Nazione, o per i compiti d'istituto nei casi in cui sono richieste speciali misure di sicurezza o di segretezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti o,

ancora, qualora lo esiga la protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato. Situazioni queste ultime non suscettibili di una precisa catalogazione in quanto necessitano di diversi apprezzamenti in base alle mutevoli circostanze di tempo e di luogo, da cui deriva la pur limitata discrezionalità intestata in capo all'Amministrazione che può solo accertare la corrispondenza della situazione concreta da segretare alle fattispecie previste tassativamente dalla legge.

In passato sono sorti dubbi in relazione all'individuazione dell'organo competente a pronunciarsi sulla segretezza o sulla necessità di particolari misure di sicurezza da applicarsi, individuato, in seguito nell'ente usuario.

Il carattere della segretezza necessita di un formale provvedimento preventivo (che preceda, pertanto, l'avvio delle procedure di aggiudicazione), riferito ad ogni singola fattispecie, non potendosi ammettere segretazioni per blocchi di materie (al più, può ammettersi una dichiarazione di segretezza riferita a più contratti rientranti in un'unica programmazione) motivato (la motivazione risulta elemento necessario, sia in quanto elemento fondamentale del provvedimento, sia perché reca l'iter logico seguito per addivenire alla decisione di segretazione) emesso da parte delle amministrazioni e degli enti usuari, ovvero le amministrazioni cui risultano indirizzati l'opera, i servizi e le forniture da eseguire. L'impostazione tradizionale, riportata diffusamente nella parte in fatto della presente delibera, individua nel Ministro, a capo dell'Amministrazione usuaria, il soggetto competente all'emanazione del provvedimento di segretazione.

Ciò premesso, il Collegio, accedendo alle argomentazioni formulate dall'Amministrazione in sede di controdeduzioni ed alle tesi prospettate dal Presidente in sede di adunanza, così come riportato nella parte in fatto della presente deliberazione, ritiene di poter individuare, a tutt'oggi nel Decreto del Ministro della Giustizia del 21.07.2004 il provvedimento in forza del quale il contratto oggetto del provvedimento di approvazione in esame è stato sottoposto a particolari misure di sicurezza, la cui ricorrenza risulta essere, peraltro, validamente asseverata dalle attestazioni fornite dai Direttori responsabili dei singoli Istituti Penitenziari interessati.

PQM

La Sezione, ritenendo che non sussistano i presupposti per rimettere la pronuncia sul visto del provvedimento in epigrafe alla Sezione Centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, ai sensi

dell'art. 3, comma 3 bis, del Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di

controllo della Corte dei conti, approvato con deliberazione delle Sezioni Riunite n. 14 del 16 giugno 2000 (così come modificato con successiva deliberazione n. 1/DEL/2004 del 17 dicembre 2004) riconosce la propria competenza a deliberare.

La Sezione delibera il provvedimento de quo non sia assoggettato al controllo preventivo di legittimità ex art. 3, comma 1, lett. g) della legge n. 20/1994 ma rimesso al controllo successivo ex art. 17, comma 7, del codice dei contratti pubblici.

Così deliberato nella camera di consiglio del 18 aprile 2008

Il Relatore
Primo Ref. Paola Cosa
documento firmato

Il Presidente f.f.
Cons. Mario Buscemi
documento firmato

Depositato in segreteria il 21 MAG. 2008

Il Direttore della segreteria
(Dott. Melita Di Iorio)
documento firmato

REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL VENETO

Nell'adunanza del 16 aprile 2008, composta da:

Bruno PROTA	Presidente
Aldo CARLESCHI	Consigliere
Luca FAZIO	Referendario
Francesco ALBO	Referendario
Daniela MORGANTE	Referendario relatore ed estensore

VISTO l'articolo 100, secondo comma, della Costituzione;

VISTO il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni, e in particolare l'articolo 24 nel testo sostituito dall'articolo 1 della legge 21 marzo 1953, n. 161;

VISTO l'articolo 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti;

VISTO l'articolo 27 della legge 24 novembre 2000, n. 340 che detta norme volte all'accelerazione del procedimento di controllo della Corte dei conti;

VISTO il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti adottato con delibera delle Sezioni Riunite n. 14 del 16 giugno 2000, e successive modificazioni, e in particolare gli articoli 1 e 2;

VISTI i decreti del Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Provveditore regionale per il Veneto, Friuli Venezia Giulia e Trentino Alto Adige, nn. 579, 580, 581 e 582 del 31 dicembre 2007, pervenuti il 7 febbraio 2008, di approvazione di contratti aventi a oggetto le attività di fornitura di pasti a crudo e gestione del sopravvitto per i detenuti e gli internati per il periodo dal 01/01/2008 al 31/12/2009;

VISTO il rilievo istruttorio dell'Ufficio di controllo di questa Sezione n. 2 del 29 febbraio 2008;

VISTA la nota di risposta dell'Amministrazione in data 28 marzo 2008, pervenuta il 31 marzo 2008;

VISTE le relazioni del Magistrato istruttore e del Consigliere delegato al controllo, entrambe in data 4 aprile 2008;

VISTA l'ordinanza n. 10 in data 4 aprile 2008, con la quale il Presidente di questa Sezione ha convocato il Collegio per l'adunanza odierna, al fine di emettere la pronuncia sulla legittimità dei provvedimenti suindicati;

VISTA la nota della Segreteria di questa Sezione in data 4 aprile 2008 con la quale è stata data notizia del deferimento alle Amministrazioni interessate e sono state trasmesse le relazioni del Magistrato istruttore e del Consigliere delegato al controllo;

VISTA la memoria dell'Amministrazione penitenziaria del 14 aprile 2008, pervenuta in pari data;

UDITO il relatore referendario Daniela Morgante;

UDITA l'Amministrazione nelle persone del dott. Felice Bocchino e del

dott. Vincenzo Tricarico.

FATTO

In data 7 febbraio 2008 sono pervenuti a questa Sezione i summenzionati decreti del Ministero della Giustizia nn. 579, 580, 581 e 582 del 2007, di approvazione di contratti pubblici, ciascuno di importo superiore alla soglia "comunitaria" di cui all'art. 28 del d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici, di seguito anche "Codice"), aventi a oggetto le attività di "vitto" (fornitura di pasti crudi giornalieri completi da cucinare, non veicolati) e "sopravvitto" (vendita di beni di vario genere con corrispettivo a carico dell'acquirente) a favore di detenuti ed internati in istituti penitenziari. I contratti in questione, stipulati in esito a una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, sono relativi al periodo dal 1 gennaio 2008 al 31 dicembre 2009, con possibilità di proroga per ulteriori tre mesi. Essi si sostanziano nel rinnovo, alle stesse condizioni economiche rivalutate, dei precedenti analoghi contratti stipulati con le medesime imprese affidatarie a seguito di licitazione privata e scaduti il 31 dicembre 2007. Al fine di assicurare la continuità del mantenimento dei detenuti ed internati, ai sensi dell'art. 337 all. F l. 2248 del 20.3.1865, i contratti di cui ai decreti sottoposti a controllo hanno avuto esecuzione anticipata a partire dal 1 gennaio 2008.

Alla base del proprio operato e, in particolare, dell'esperimento della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando

di gara il Provveditorato prospettava, richiamando l'interpretazione data dagli Uffici centrali dell'Amministrazione, la ritenuta applicabilità dell'art. 57, comma 5, lettera b) del Codice, ponendo in evidenza l'inscindibilità dell'affidamento del vitto e del sopravvitto sotto i profili gestionale e organizzativo e la prevalenza, nei suddetti contratti, dell'aspetto del servizio su quello della fornitura, con conseguente applicabilità della disciplina dell'appalto di servizi, tra cui per l'appunto il richiamato art. 57, comma 5, lett. b).

In sede istruttoria (rilievo n. 2 del 29 febbraio 2008) sono stati chiesti chiarimenti particolarmente in ordine ai seguenti aspetti: possibile inapplicabilità della disciplina dell'appalto di servizi in relazione alla natura concessoria della gestione del sopravvitto e alla prevalenza economica della fornitura; rispetto della disciplina prevista per gli affidamenti con particolare riguardo ai principi di trasparenza, concorrenza, rotazione tra gli operatori economici ed all'effettuazione, nei riguardi di un numero minimo di operatori, di una previa gara informale o di un invito a presentare offerte; conformità dei servizi a un "progetto di base" come richiesto dall'art. 57, comma 5, lett. b) del Codice.

In risposta al citato rilievo, pervenuta all'ufficio in data 31 marzo 2008, l'Amministrazione ha prospettato "la prevalenza economica della fornitura rispetto al servizio" e la possibile natura concessoria del sopravvitto. **Ha poi ribadito la necessità di affidare vitto e sopravvitto al medesimo soggetto per motivi di**

efficienza e convenienza, in ragione delle reciproche interazioni tra le due attività e dell'incremento dei costi, sia per l'Amministrazione che per i detenuti, che potrebbe conseguire a una diminuzione del volume dei generi approvvigionati dalle singole imprese affidatarie. Ha infine asserito che il "progetto di base", anche se non formalizzato in un atto scritto, era comunque desumibile dalla corrispondenza delle prestazioni dedotte nei contratti con quelle descritte nel capitolato speciale di appalto, dalla costante collaborazione e interazione reciproca tra Amministrazione e imprese affidatarie nell'esecuzione del contratto nonché dalla previsione nei nuovi contratti (art. 6, ultimi due capoversi) della predisposizione di un software per la gestione del sopravvitto e della partecipazione ad un'attività di ricerca finalizzata alla vendita di contenitori di ridotte quantità di gas per cucinare, con caratteristiche tali da evitarne l'uso improprio a scopo aggressivo, stupefacente o inebriante.

Le argomentazioni dell'Amministrazione non sono apparse idonee all'Ufficio di controllo a superare i dubbi sollevati in sede istruttoria, in ordine alla legittimità dei decreti *de quibus*. Pertanto il Magistrato istruttore, con nota in data 4 aprile 2008, ha rimesso gli atti al Consigliere delegato affinché deferisse la questione alla Sezione regionale di controllo. Il Consigliere delegato, con nota in pari data, ha trasmesso gli atti al Presidente della Sezione per la sottoposizione del provvedimento all'esame collegiale della Sezione.

Il Presidente, con ordinanza del 4 aprile 2008, ha convocato per l'adunanza odierna il Collegio per l'esame, la pronuncia sul visto e l'eventuale conseguente registrazione degli atti in parola. Con nota in data 4 aprile 2008 la Segreteria della Sezione ha dato notizia del deferimento alle Amministrazioni interessate, trasmettendo altresì le relazioni del Magistrato istruttore e del Consigliere delegato al controllo.

Il 14 aprile 2008 l'Amministrazione penitenziaria ha trasmesso un'articolata memoria, in pari data, con la quale ha posto in evidenza aspetti in parte nuovi e diversi rispetto a quelli in precedenza rappresentati. In via preliminare, è stata posta in dubbio la sottoposizione degli atti *de quibus* al controllo preventivo di legittimità, invocandosi il tenore testuale dell'art. 17 del Codice, i cui commi 1, 2, e 7 stabiliscono che i contratti pubblici destinati, tra l'altro, ad attività dell'amministrazione della giustizia, nei casi in cui sono richieste misure speciali di sicurezza o di segretezza in conformità a disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti, ove siano stati dichiarati, dalle amministrazioni ed enti utenti con provvedimento motivato, «*segreti*» ai sensi del regio decreto 11 luglio 1941, n. 1161 e della legge 24 ottobre 1977, n. 801 o di altre norme vigenti oppure «*eseguibili con speciali misure di sicurezza*» "sono sottoposti esclusivamente al controllo successivo della Corte dei conti, la quale si pronuncia altresì sulla regolarità, sulla correttezza e sull'efficacia della gestione". Nel merito,

L'Amministrazione ha posto in luce di essersi trovata ad agire in un contesto di evoluzione del quadro normativo che è stato alla base di incertezze interpretative, caratterizzate anche da oscillanti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, che hanno riguardato molteplici aspetti, tra i quali in particolare: la legittimità del rinnovo, a determinate condizioni, dei contratti pubblici; la riconducibilità o meno della fattispecie in questione a quella della ripetizione di servizi analoghi consentita dall'art. 57, comma 5, lett. b) del Codice dei contratti pubblici quale eccezione al generale divieto di rinnovo dei suddetti contratti; la qualificabilità o meno del sopravvitto come concessione alla luce della significativa ingerenza dell'Amministrazione nell'attività gestoria dell'impresa affidataria. E' stata poi asserita la prevalenza economica del servizio rispetto alla fornitura, sia pur facendo presente "che non è stata condotta un'approfondita analisi circa il valore economico-finanziario di ciascun aspetto che caratterizza l'appalto". Quanto poi alla sussistenza del requisito della conformità dei servizi a un progetto di base, ne è stata ribadita la desumibilità dalle previsioni del capitolato di appalto, anche alla luce dell'articolata normativa penitenziaria che limita sensibilmente l'iniziativa organizzativa e funzionale dell'impresa affidataria. Quanto alle attività di cui all'art. 6 dei contratti in questione (predisposizione di un software e partecipazione ad un'attività di ricerca relative al sopravvitto), esse costituirebbero "il risultato di un'opera già iniziata nel primo periodo

contrattuale” sulla base di alcune previsioni del capitolato. Tali argomentazioni sono state altresì ribadite nell’odierna adunanza.

DIRITTO

1. In via preliminare, occorre affrontare la questione, sollevata dall’Amministrazione nella memoria del 14 aprile scorso, concernente la sottoposizione dei decreti trasmessi per il controllo preventivo di legittimità al controllo medesimo. La questione muove dal tenore testuale dell’art. 17 del Codice, i cui commi 1, 2, e 7 stabiliscono che i contratti pubblici destinati, tra l’altro, ad attività dell’amministrazione della giustizia, nei casi in cui sono richieste misure speciali di sicurezza o di segretezza in conformità a disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti, ove siano stati dichiarati, dalle amministrazioni ed enti utenti con provvedimento motivato, «*segreti*» ai sensi del regio decreto 11 luglio 1941, n. 1161 e della legge 24 ottobre 1977, n. 801 o di altre norme vigenti oppure «*eseguibili con speciali misure di sicurezza*» “sono sottoposti esclusivamente al controllo successivo della Corte dei conti, la quale si pronuncia altresì sulla regolarità, sulla correttezza e sull’efficacia della gestione”.

In proposito, va premesso che gli atti trasmessi per il controllo preventivo riguardano attività (vitto e sopravvitto) per le quali con decreto del 14 luglio 2004 il Ministro della giustizia ha prescritto per i contratti in questione la sottoposizione alla misura di sicurezza dell’affidamento attraverso licitazione privata, in luogo delle ordinarie procedure di gara, in relazione al triennio

2005-2007, con possibilità di rinnovo per un ulteriore biennio.

Al riguardo, un primo dubbio interpretativo riguarda l'applicabilità o meno delle suddette previsioni ministeriali ai contratti *de quibus*. In proposito va premesso che il rinnovo costituisce e costituiva, anche all'epoca in cui è stato emanato il decreto, un istituto differente rispetto a quello della ripetizione di servizi analoghi, disciplinato da disposizioni (art. 23 legge 18 aprile 2005, n. 62; art. 6 legge 24 dicembre 1993, n. 537) distinte dall'art. 7, comma 2 lett. f, d.lg. 17 marzo 1995, n. 157 che riguardava per l'appunto la ripetizione.

Ciò nonostante, il fatto che il decreto si riferisca al solo rinnovo non appare in sé preclusivo rispetto alla sussumibilità nel medesimo anche della ripetizione di servizi analoghi, ove si tenga conto dei mutamenti *medio tempore* intervenuti nel quadro normativo. Invero, l'art. 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria per il 2004) - al fine di conseguire l'archiviazione di una procedura di infrazione comunitaria avviata contro l'Italia in relazione al contrasto della previgente disciplina del rinnovo dei contratti pubblici scaduti con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato CE e con la normativa europea in tema di tutela della concorrenza - ha sancito un generale divieto di rinnovazione dei contratti pubblici. Tenendo in conto dunque che il decreto ministeriale è stato emanato nel 2004, in una cornice normativa nella quale il rinnovo era ancora consentito, a fronte del

sopravvenuto divieto del medesimo, il decreto sembra poter essere ora riferito a istituti, quali quello della ripetizione di servizi analoghi che, seppur distinti dal rinnovo, mirano comunque alla realizzazione di un risultato analogo a quello da quest'ultimo perseguito, consistente nel consentire la stipula di un contratto pubblico analogo al precedente e senza soluzione di continuità con esso con l'originario soggetto affidatario e senza il previo esperimento di alcuna procedura di gara.

Ritenuto dunque in astratto riferibile il disposto del decreto ministeriale alla ripetizione di servizi analoghi, occorre quindi valutare se ciò possa di per sé condurre all'esclusione del controllo preventivo di legittimità sugli atti qui a tal fine trasmessi. Al riguardo, sebbene un criterio interpretativo meramente letterale potrebbe condurre a una siffatta conclusione, peraltro raggiunta da alcune Sezioni di questa Corte, occorre verificare se essa possa essere ritenuta realmente coerente con la *voluntas legis*, alla luce della *ratio* dell'art. 17 del Codice e delle esigenze di sicurezza alle quali fa riferimento nel concreto il decreto ministeriale del 2004.

In proposito, va considerato che l'art. 17 del Codice pone un complesso di deroghe alle fondamentali regole nelle quali si articola la disciplina dei contratti pubblici (pubblicità delle procedure di affidamento, pluralità dei concorrenti, accessibilità degli atti procedimentali, nonché sottoposizione al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti), deroghe che

trovano ragion d'essere proprio in quelle esigenze di segretezza o sicurezza, che devono essere specificamente individuate dalle amministrazioni interessate, e che sarebbero pregiudicate dall'applicazione delle regole ordinarie.

In tale prospettiva va inquadrata anche la deroga alla regola generale della sottoposizione dei contratti pubblici al controllo preventivo di legittimità. Invero, la sottrazione di alcune tipologie di contratti a tale controllo sembra giustificarsi nella misura in cui le caratteristiche del medesimo - che implica una fuoriuscita dell'atto dalla sfera dell'amministrazione emanante, anticipata rispetto alla sua efficacia oltreché la subordinazione e postergazione di detta efficacia all'esito positivo del controllo - siano incompatibili o pregiudizievoli rispetto alle specifiche esigenze di segretezza o sicurezza individuate dal provvedimento con cui l'Amministrazione assoggetta quella tipologia di contratti al suddetto regime derogatorio.

Orbene, tale giustificazione non sembra ravvisabile con riferimento ai contratti *de quibus*, posto che le esigenze ex art. 17 del Codice che sono state esplicitate nel richiamato decreto ministeriale del 2004 non attengono alla "segretezza", bensì alla sola "sicurezza" e che questa è stata ritenuta adeguatamente assicurata in virtù della mera misura dell'affidamento tramite licitazione privata. Ciò posto, non si vede come il controllo preventivo di legittimità possa ritenersi incompatibile con la piena operatività della richiamata misura di sicurezza, che è volta, come

detto, semplicemente a evitare una partecipazione aperta e libera alla procedura di gara e ad assicurare una preselezione dei potenziali candidati ad opera dell'Amministrazione, esigenza sulla quale non incide in alcun modo la sottoposizione dell'atto a controllo preventivo di legittimità.

Occorre piuttosto richiamare un fondamentale canone, di rango sia comunitario che costituzionale, che si impone al legislatore così come all'interprete, rappresentato dai principi di proporzionalità e ragionevolezza. Al riguardo, va tenuto in conto che nella delicata e rilevante materia dei contratti pubblici, fonte primaria di spesa pubblica nonché di alimentazione del mercato sia nazionale che comunitario, il controllo preventivo di legittimità da parte dell'organo preposto dalla Costituzione a presidiare la legittimità dell'agire amministrativo e l'integrità e il corretto utilizzo delle finanze pubbliche risponde alla primaria esigenza di assicurare che la conformità degli affidamenti alle regole nazionali e comunitarie sia assistita da uno strumento di protezione particolarmente qualificato in ragione della sua tempestività (ha carattere preventivo), efficacia (può precludere l'efficacia dell'atto) e provenienza (da parte di un organo di natura giurisdizionale e come tale dotato delle caratteristiche di terzietà, neutralità, imparzialità, indipendenza, soggezione soltanto alla legge che sono proprie ed esclusive degli organi giurisdizionali). Alla luce di ciò, il controllo preventivo di legittimità sui contratti pubblici, quale strumento qualificato di garanzia del rispetto delle

regole nazionali e comunitarie, assume rilievo ai fini della tutela delle finanze pubbliche, della legittimità e correttezza dell'agire amministrativo in una delle sue manifestazioni più importanti e potenzialmente rischiose quale è quella contrattuale, così come ai fini della corretta esplicazione dei meccanismi concorrenziali. A fronte di siffatte primarie esigenze, della cosa pubblica nazionale così come del mercato comunitario, la privazione delle medesime di un presidio così qualificato quale il controllo preventivo di legittimità sembra dover trovare giustificazione, alla luce del bilanciamento di interessi contrapposti operato dall'art. 17 del Codice, in esigenze concrete di "segretezza" o "sicurezza" con le quali detto controllo sia incompatibile.

Con particolare riguardo alla "sicurezza", in relazione a cui è rimesso di volta in volta alla singola Amministrazione individuare quali siano le concrete esigenze da assicurare e le specifiche misure da adottare, una tale valutazione di compatibilità tra sottoposizione a controllo preventivo di legittimità ed efficacia delle misure di sicurezza adottate non può che effettuarsi caso per caso con riferimento per l'appunto alle singole misure che vengono di volta in volta in questione. Nel caso, a fronte di un decreto ministeriale che ha individuato quale misura di sicurezza quella della licitazione privata, sulla cui piena operatività si è visto per nulla incidere il controllo preventivo di legittimità, l'esclusione di un controllo siffatto sembra sostanzialmente esulare dalla *ratio* dell'art. 17, che è quella, sì, di consentire

deroghe alle regole vigenti in tema di contratti pubblici, ma sempre nella misura in cui esse siano giustificate in virtù della loro necessità al fine di soddisfare quelle esigenze di segretezza o sicurezza sulle quali la disposizione è incentrata, oltre che in virtù della loro proporzione e ragionevolezza rispetto a tale necessità.

In tale prospettiva, in linea con l'orientamento seguito da diverse altre Sezioni regionali di controllo di questa Corte, rispetto a un approccio interpretativo meramente letterale, si ritiene più corretto privilegiare un'esegesi che sia realmente coerente con la descritta *ratio* dell'art. 17, oltre che proporzionata e ragionevole rispetto ad essa che, come tale, non ritenga precluso il controllo preventivo di legittimità allorquando, come nel caso, esso non sia né incompatibile né pregiudizievole riguardo alle misure di sicurezza che l'Amministrazione abbia nel concreto prescritto.

2. Nel merito, al fine di valutare la legittimità dei decreti sottoposti a controllo, occorre anzitutto richiamare la disposizione che l'Amministrazione invoca alla base del proprio operato, ossia l'art. 57, comma 5, lett. b) del Codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale *"Nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo (per l'appunto la "procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara") è ... consentita ... per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano*

conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario”.

Essendosi in presenza di contratti misti di servizi e fornitura caratterizzati da una sostanziale inscindibilità che ne determina la sottoposizione a un regime unitario, al fine di valutare l'applicabilità della richiamata disposizione dell'art. 57, che riguarda gli appalti di servizi, occorre verificare se, alla luce dell'art. 14, comma 2, lett. b), *“il valore dei servizi super(i) quello dei prodotti oggetto dell'appalto”*, con conseguente applicabilità della disciplina prevista per i servizi. Al riguardo, l'Amministrazione, in parziale difformità dalla risposta al rilievo, ha asserito, sia nella memoria del 14 aprile 2008 sia nell'odierna adunanza, la prevalenza economica del servizio rispetto alla fornitura, peraltro senza prospettare evidenze specifiche in proposito, ma anzi precisando di non aver svolto un'analisi approfondita circa il valore economico-finanziario di ciascun aspetto che caratterizza le attività di vitto e sopravvitto.

Al riguardo, nel porre in luce che dati storici, statistici o previsionali riguardanti la prevalenza economica dell'una o dell'altra attività avrebbero potuto ragionevolmente ricavarsi dalla contabilità che l'Amministrazione tiene relativamente ad

entrambe, va rilevato che gli elementi da essa forniti non sono atti a individuare quale delle due sia quella economicamente prevalente.

Va peraltro tenuto conto della variabilità della domanda relativa particolarmente al sopravvitto: si tratta infatti di generi che, pur rispondendo a esigenze di carattere personale, non sono indispensabili alla sopravvivenza e il cui consumo è quindi legato alle mutevoli preferenze e disponibilità economiche dei singoli detenuti, queste ultime peraltro soggette a limiti normativi. Alla luce di tali aspetti, la variabilità della domanda del sopravvitto appare maggiore rispetto a quella concernente il vitto che - essendo questo indispensabile per la sopravvivenza - è legata essenzialmente al numero di presenze nell'istituto penitenziario.

Le illustrate caratteristiche di variabilità delle due attività, unitamente alle strette interazioni tra le stesse esistenti, rendono obiettivamente complesso individuare con certezza e stabilità nel corso del tempo quale di esse sia quella economicamente prevalente. Ciò posto, pur non avendo l'Amministrazione supportato la propria tesi della prevalenza del servizio rispetto alla fornitura con prove pienamente convincenti, può comunque ritenersi che essa abbia fornito al riguardo elementi adeguati e ragionevoli in relazione alle difficoltà valutative e probatorie che oggettivamente caratterizzano l'indagine circa la prevalenza dell'una o dell'altra attività.

3. Quanto alla natura concessoria del sopravvitto, la tesi

dell'Ufficio di controllo è stata in un primo tempo condivisa dall'Amministrazione nella risposta al rilievo. Nella successiva memoria del 14 aprile scorso, invece, l'Amministrazione ha addotto le significative ingerenze gestionali esercitate dalla medesima nell'attività delle imprese affidatarie quale argomento preclusivo della configurabilità del rapporto come concessione.

Al riguardo, tra i diversi criteri distintivi che sono stati prospettati (v. Circ. Min. pol. com. 1 marzo 2002), il Consiglio di Stato ha fatto riferimento principalmente a quello incentrato sull'oggetto dei due contrapposti istituti, che si riflette anche sulla fisionomia dei rapporti considerati. Rileva segnatamente che *"l'appalto si abbia per prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi instaurerebbe un rapporto trilaterale, tra amministrazione, concessionario ed utenti"*. In corrispondenza di tale differenza, *"mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione compensare l'attività svolta dal privato, nella concessione di servizi il costo del servizio grava sugli utenti"* a carico dei quali è *"il corrispettivo del concessionario"* che *"è costituito dal fatturato nei confronti di detti terzi"*. Ricorda poi il supremo consesso amministrativo che *"in tal senso si esprimeva, pur con qualche ulteriore distinguo, dandosi rilievo anche all'elemento del rischio imprenditoriale specifico del concessionario* (quale rischio di gestione connesso alle modalità di remunerazione del servizio, circ. Min. pol. com. 1 marzo 2002), *la comunicazione dell'aprile 2000 della Commissione CE su appalti e*

concessioni mentre attualmente è in questo senso anche la direttiva 2004/18 che individua la concessione di servizi in quel contratto che presenta le stesse caratteristiche dell'appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi od in tale diritto accompagnato da un prezzo" (Cons. St., Sez. V sentt. 12/12/2001 n. 670, 1/8/2007 n. 4270, 30/4/2002 n. 2294, Sez. VI sentl 5/6/2006 n. 3333).

La definizione richiamata, già contenuta nella direttiva 93/37/CEE, è stata ripresa dall'art. 3, comma 12, del Codice nazionale (cfr. anche art. 19, comma 2, l. n. 109/1994), oltre che dall'art. 30, ai sensi del quale costituisce tratto caratterizzante della concessione il fatto che *"la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio"*.

Orbene, può effettivamente ritenersi che l'elemento dell'ingerenza gestoria dell'Amministrazione nell'attività delle imprese affidatarie attenui – traslandolo in capo alla stazione appaltante per la parte per l'appunto corrispondente all'ingerenza esercitata - quel *"rischio imprenditoriale specifico del concessionario"* e quel *"diritto di gestire funzionalmente il servizio"* che si sono visti costituire elementi caratterizzanti della concessione.

Ciò posto, pur non potendo negarsi la ricorrenza nelle fattispecie in questione degli ulteriori richiamati tratti distintivi della concessione (utilità e corrispettivo a carico dell'utente,

sfruttamento economico del servizio a favore dell'affidatario), va comunque tenuto in conto che l'ingerenza gestoria dell'Amministrazione nelle attività affidate introduce un elemento spurio nel rapporto, del quale va tenuto conto ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile.

Va inoltre tenuto presente che la portata dell'art. 30, comma 1, che, nel dettare la specifica disciplina della "concessione di servizi", esclude l'applicabilità a tale istituto delle disposizioni del Codice "salvo quanto disposto nel presente articolo" va correttamente apprezzata collocandola nel quadro normativo comunitario del quale detta disposizione costituisce attuazione. Al riguardo, la direttiva n. 2004/18/CE, recepita nel Codice nazionale, si inserisce in una più ampia cornice di intervento da parte del legislatore comunitario sulla complessiva disciplina dei contratti pubblici. In tale ambito, uno degli obiettivi che Bruxelles si è prefissa è quello di dettare per gli appalti e per le concessioni una distinta e separata disciplina, che tenesse conto delle differenti caratteristiche dei due istituti. Va infatti evidenziato che la Corte di giustizia ha escluso che le concessioni di servizi rientrino nella sfera di applicazione della direttiva in materia di appalti (si faceva allora riferimento alla direttiva 93/38/CEE) qualora la controprestazione fornita dall'amministrazione all'impresa privata consista nell'ottenimento da parte di quest'ultima del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione (sent. 7/12/2000, causa C-

324/98, Teleaustria c. Post & Telekom Austria, punto 58). In tale contesto si inquadra l'art. 17 della direttiva n. 2004/18/CE - oltre che l'art. 30 del Codice nazionale che ne costituisce recepimento - volto a sancire l'inapplicabilità alle concessioni delle disposizioni previste per gli appalti, nell'ottica per l'appunto di separare i due ordini di discipline e le rispettive fonti normative.

Peraltro va altresì tenuto in conto che la direttiva comunitaria che avrebbe dovuto disciplinare le concessioni, allo stato, non è ancora stata emanata. Alla luce di ciò, al fine, da un lato, di evitare vuoti normativi e, dall'altro lato, di poter rendere operative nei confronti di tutti i contratti pubblici, anche se appartenenti alla *species* concessione, quelle norme comunitarie e nazionali emanate con riferimento ai soli appalti, ma rispondenti in realtà ad esigenze comuni all'intera materia dei contratti pubblici, si ritiene che, allo stato attuale della legislazione, l'art. 30 del Codice, così come le richiamate disposizioni comunitarie delle quali esso costituisce attuazione, vadano interpretati non in maniera strettamente letterale, ma privilegiando un'approccio sistematico ed evolutivo, atto ad attingere, con adeguata e ragionevole elasticità, a quelle disposizioni della disciplina degli appalti che non appaiono incompatibili con l'istituto della concessione, ma che anzi manifestano esigenze normative riferibili anche a tale istituto.

Ciò appare del resto coerente con la riconosciuta sottoposizione delle concessioni, quand'anche non disciplinate da specifiche

direttive, alle norme del Trattato CE, ritraibili principalmente dagli artt. 28-30 (ex artt 30-36), 43-55 (ex artt. 52-66), nonché ai principi generali che governano la materia dei contratti pubblici enucleabili dalle direttive in materie di appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi: si tratta in particolare dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento, proporzionalità, pubblicità, utilizzo di procedure competitive selettive (Commissione europea, 29/4/2000, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*; Cons. St., Sez. IV, sent. 17/1/2002 n. 253; circ. Min. pol. com. 1/372002; art. 30, commi 3, 4, 6, Codice).

Ciò posto, pur non essendovi orientamenti giurisprudenziali o dottrinali consolidati sul punto, non appare incompatibile con i richiamati principi e regole ai quali le concessioni sono soggette l'esigenza - sottesa all'art. 57, comma 5, lettera b del Codice, attuativo dell'art. 31 dir. 2004/18/CE - di consentire che l'impresa che sta prestando servizi rispondenti ad un progetto di base ancora *in fieri* al momento in cui è fissata la cessazione dell'affidamento originario possa, alla ricorrenza di ulteriori condizioni normativamente individuate, proseguire per un ulteriore lasso temporale nella prestazione dei servizi e quindi nel compimento del progetto. Un'esigenza siffatta sembra invero attenere alla prestazione dei servizi in sé considerata, essendo obiettivamente connessa all'inserimento o meno dei medesimi all'interno di un più ampio progetto che, per essere portato a

compimento, necessiti di proseguire oltre la scadenza dell'affidamento originario, a prescindere dalla natura di concessione o di appalto del rapporto in cui il progetto e i servizi trovano titolo.

Al riguardo, si ha presente che l'esperibilità della "*procedura negoziata*" è circoscritta ai soli casi, condizioni e presupposti specifici espressamente previsti, ossia a quelli stabiliti dagli artt. 56 per la "*procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara*" e dall'art. 57 per "*la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*" (artt. 54 e 55 Codice, attuativi degli artt. 3, 28, 30 e 31 dir. 2004/18/CE) e che le disposizioni in materia di contabilità pubblica confermano il carattere eccezionale della procedura negoziata, sancendo un principio generale di evidenza pubblica, suscettibile di limitate e predeterminate eccezioni che non possono estendersi al di fuori delle espresse previsioni legislative (art. 3 r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 recante "*Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato*"; artt. 37-41, Capo III r.d. 23 maggio 1924, n. 827, "*Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*"): l'eccezionalità e le speciali cautele che i legislatori comunitario e nazionale prevedono per la procedura negoziata sono del resto coerenti con la sua minore conciliabilità con fondamentali principi comunitari, quali quelli di concorrenza, non discriminazione, trasparenza, parità di trattamento, pubblicità e con i maggiori rischi che la

riduzione o l'assenza del confronto competitivo comportano per le finanze pubbliche (C. conti, Sez. un. contr. del. n. 7/2003, Sez. giur. Lombardia sent. 447/2006, Sez. giur. Abruzzo sent. n. 768/2007). Per le ragioni esposte, quindi, norme quali l'art. 57 del Codice, in quanto derogatorie rispetto al generale principio del confronto competitivo, andrebbero considerate come di stretta interpretazione e, come tali, insuscettibili di applicazione al di fuori dei casi, condizioni e presupposti ai quali esse specificamente si riferiscono.

Si ha altresì presente che indurrebbe a ritenere l'inapplicabilità della procedura negoziata ex art. 57, comma 5, lett. b) anche il tenore testuale del complessivo articolo, che utilizza distintamente le due diverse espressioni "*contratti pubblici*" (commi 1-5, 7) e "*appalti pubblici*" (comma 5), riferendosi con la prima al *genus* dei contratti pubblici, comprensivo sia della *species* "appalti" sia della *species* "concessioni" e con la seconda esclusivamente alla specifica tipologia di contratti pubblici rappresentata dalla *species* "appalti". L'utilizzo distinto dei due termini proprio per fare riferimento distintamente al *genus* o alla *species* assume particolare evidenza proprio nel comma 5, che pone, da un lato, la disciplina relativa ai "*contratti pubblici relativi a lavori*" e dunque al *genus* comprensivo sia degli appalti che delle concessioni di lavori e, dall'altro lato, quella concernente i soli "*appalti pubblici relativi a servizi*" e dunque la sola *species* "*appalti di servizi*" con esclusione quindi dell'altra *species* non

menzionata delle "concessioni di servizi".

Peraltro, occorre meditare tali elementi alla luce del più ampio quadro normativo comunitario e nazionale sopra descritto, in cui le rigide distinzioni testualmente poste dalle norme comunitarie e nazionali tra la disciplina degli appalti e quella delle concessioni si collocano, come detto, nell'ambito di un più generale obiettivo di separazione delle due discipline, che però allo stato non risulta ancora attuato in ragione dell'incompiuta definizione di una delle due discipline, per l'appunto quella delle concessioni, e dell'evidenziata soggezione delle medesime ai fondamentali principi e regole previsti per gli appalti che possono ritenersi riferibili a tutti i contratti pubblici. In un tale contesto, si reputa appropriato adottare un approccio esegetico in cui l'ancoraggio al dato normativo testuale sia comunque affiancato da un vaglio anche di carattere sistematico.

In questa ottica, il tenore letterale di una disposizione eccezionale riferita alla sola *species* appalti può anche ritenersi in sé non completamente ostativo a una sua applicazione anche all'altra *species* concessioni ove ciò si reputi non incompatibile con la *ratio* della norma. Segnatamente, si è sopra posto in luce come l'esigenza di far proseguire un determinato soggetto affidatario nella prestazione di servizi che si collocano in un più ampio progetto di base non ancora concluso, al fine per l'appunto di consentirne il compimento, appaia incentrata sulla prestazione dei servizi e sulla realizzazione del progetto in sé, senza che su ciò

sembri avere un'incidenza significativa la circostanza che il tutto avvenga all'interno di un rapporto di appalto piuttosto che concessorio. Tale aspetto si è infatti visto incidere più sulla spettanza dell'utilità e dei costi dei servizi (sull'Amministrazione ovvero sui terzi) che sulla realizzabilità o meno del progetto al cui interno si colloca la prestazione dei servizi.

Per le suesposte ragioni, allo stato attuale non si ritiene che il riferimento del dato testuale dell'art. 57, comma 5, lett. b) ai soli appalti possa avere valore preclusivo della applicabilità della norma al più ampio *genus* dei contratti pubblici, comprensivo anche delle concessioni. Va comunque precisato che tali considerazioni sono strettamente connesse al presente momento, caratterizzato dall'evidenziata incompletezza del quadro normativo comunitario e nazionale e dalla conseguente assenza di orientamenti giurisprudenziali e dottrinali consolidati sul punto, e che pertanto, a un approccio presumibilmente più rigido potrebbe giungersi ove il quadro normativo fosse maggiormente completo ovvero ove si affermassero orientamenti interpretativi più solidi, tali da far venir meno le attuali incertezze interpretative.

4. Assumendo dunque come parametro per valutare la legittimità degli atti sottoposti a controllo preventivo l'art. 57, comma 5, lett. b) del Codice, occorre passare a esaminare se la disciplina posta da tale disposizione sia stata effettivamente rispettata. A tal fine, occorre valutare se ricorrano i presupposti ai quali detta norma subordina l'esperibilità della procedura

negoziata senza pubblicazione di un bando di gara e, in caso di risposta positiva, se la disciplina ivi al riguardo posta sia stata in concreto rispettata.

Quanto al primo punto, tra i diversi presupposti richiesti dalla disposizione richiamata, va evidenziato quello della conformità dei servizi a un progetto di base che sia stato oggetto del primo contratto. Al riguardo, non si ritiene che tale elemento possa essere integrato dal fatto che le imprese affidatarie agiscono in costante collaborazione e interazione con l'Amministrazione penitenziaria. Ciò appare piuttosto manifestazione di un comportamento collaborativo che, più che costituire attuazione di uno specifico progetto, appare più propriamente una manifestazione di quei canoni generali di diligenza, buona fede, correttezza, leale collaborazione, salvaguardia degli interessi della controparte ai quali va improntata l'esecuzione del contratto.

Va poi esaminato se la conformità dei servizi a un progetto di base possa desumersi dalla loro rispondenza a quanto previsto dal bando di gara. Al riguardo, in via di principio si ritiene di poter aderire all'orientamento del Consiglio di Stato che, a fronte della semplice conformità delle prestazioni contrattuali alle previsioni del capitolato speciale d'appalto, ha affermato *"la mancanza dell'indefettibile presupposto applicativo della conformità dei nuovi servizi ad un progetto base, al quale non può in alcun modo essere assimilato il capitolato speciale, posto che quest'ultimo risulta unilateralmente definito dall'amministrazione, mentre il*

primo dev'essere elaborato dall'impresa appaltatrice" (Sez. IV, sent. n. 6458 del 31.10.2006).

Peraltro, va altresì tenuto conto che lo svolgimento delle attività di vitto e sopravvitto negli istituti penitenziari è soggetto a stringenti prescrizioni normative e amministrative che, in nome dell'ineludibile esigenza di assicurare la conformità delle prestazioni ad adeguati standard di sicurezza, circoscrivono sensibilmente il margine di progettualità degli affidatari. In tale contesto, pur permanendo la necessità, ai fini dell'integrazione del requisito della "conformità dei servizi a un progetto di base", di un'iniziativa progettuale specificamente ed autonomamente riferibile al singolo affidatario, che non costituisca mera esecuzione delle previsioni del bando o del capitolato, ma presenti caratteri di peculiarità, innovazione e sviluppo rispetto alle medesime, alla luce della circoscritta autonomia che residua all'impresa affidataria, può attribuirsi rilievo, ai fini dell'integrazione del suddetto requisito, al fatto che una progettazione nel senso anzidetto abbia investito soltanto quegli aspetti del rapporto in relazione ai quali le prescrizioni di sicurezza lasciavano permanere in capo all'affidatario adeguati margini di iniziativa.

Tali possono ritenersi, nel caso, gli aspetti cui fanno riferimento gli ultimi due capoversi dell'art. 6 dei contratti di rinnovo, che pongono a carico dell'affidatario la predisposizione di un software per l'amministrazione del servizio di sopravvitto e la

partecipazione ad un'attività di ricerca finalizzata alla vendita al sopravvitto di piccoli contenitori di gas per cucinare che presentino caratteristiche di sicurezza tali da evitarne utilizzi impropri. Dette attività effettivamente presentano, rispetto all'oggetto tipico del vitto e sopravvitto, quei tratti di peculiarità e specificità atti a supportarne la qualificabilità come prestazioni di natura progettuale.

Quanto all'ulteriore requisito dell'essere stato il progetto di base oggetto del primo contratto, va rilevato che le suddette attività progettuali non erano state formalizzate nei contratti relativi al periodo 2005-2007. Peraltro, nella memoria del 14 aprile scorso e nell'odierna adunanza l'Amministrazione ha evidenziato che le medesime, nonostante la mancata formalizzazione nei precedenti contratti, costituiscono il risultato di un'opera già iniziata nella vigenza degli stessi. Al riguardo, sebbene nell'assenza di orientamenti giurisprudenziali e dottrinali consolidati sullo specifico punto, l'assenza di una formale previsione contrattuale non sembra poter precludere di ritenere sussistente il requisito dell'essere stato il progetto di base "oggetto del primo contratto" ove le attività progettuali si collochino nel complessivo assetto di interessi che trova titolo e disciplina nel contratto originario, siano state intraprese sotto la sua vigenza e di esso costituiscano esecuzione e svolgimento, come è stato rappresentato nel caso.

5. Ritenuti dunque sussistenti i presupposti di applicabilità dell'art. 57, comma 5, lett. b) del Codice, occorre ora esaminare

se la disciplina posta da tale disposizione sia stata nel concreto rispettata. In tal senso rileva in particolare il comma 6, ai sensi del quale *“Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico - finanziaria e tecnico - organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l’operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell’offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l’affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando”*.

Al riguardo, dalle risposte dell’Amministrazione non è emerso che i rinnovi contrattuali siano stati preceduti da una previa consultazione o da un invito a presentare offerte che abbiano coinvolto operatori ulteriori rispetto agli affidatari, né che ciò sia stato dovuto all’oggettiva impossibilità di conformarsi alle richiamate prescrizioni. L’Amministrazione ha piuttosto rappresentato che alla base dei rinnovi vi sono state valutazioni di

convenienza economica, incentrate sul fatto che i medesimi le avrebbero consentito di beneficiare delle stesse condizioni contrattuali, anche di prezzo salva la rivalutazione, previste negli affidamenti originari e che - in un mutato contesto, caratterizzato dalla riduzione della popolazione carceraria per effetto dell'indulto e dalla conseguente diminuzione del volume d'affari che poteva essere offerto alle imprese affidatarie e che si sarebbe presumibilmente tradotta in condizioni contrattuali più svantaggiose rispetto alle precedenti - il fatto di continuare a godere delle precedenti condizioni contrattuali rappresentava un vantaggio economico significativo.

In tale ambito, la mancata effettuazione di quel minimo confronto concorrenziale prescritto dall'art. 57, comma 6, non sembra precludere di ritenere che la *ratio* della norma - volta a consentire che, in una prospettiva di tutela sia della finanza pubblica che della concorrenza l'affidamento dei contratti pubblici vada a favore dell'operatore in grado di offrire le migliori condizioni contrattuali - sia stata nel concreto rispettata ove, come nel caso, il confronto competitivo non sia stato esperito in quanto appariva *ab initio* non utile in virtù della presumibile minore convenienza delle condizioni contrattuali che, nel mutato contesto, si sarebbero potute conseguire da altri operatori e in cui, pertanto, la scelta più conveniente appariva ragionevolmente quella che avesse consentito di riuscire a conservare le precedenti condizioni contrattuali, ossia quella dei rinnovi.

Per questi motivi

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL VENETO

ammette a visto e alla conseguente registrazione i decreti del Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Provveditore regionale per il Veneto, Friuli Venezia Giulia e Trentino Alto Adige nn. 579, 580, 581 e 582 del 31 dicembre 2007.

Così deliberato in Venezia, nella Camera di Consiglio del 16 aprile 2008.

Il Magistrato relatore ed estensore

F.TO Daniela MORGANTE

Il Presidente

F.TO Bruno PROTA

Depositato in Segreteria il 14 maggio 2008

Il Direttore Amministrativo

F.To Raffaella BRANDOLESE

Deliberazione n.7/2003

REPUBBLICA ITALIANA

LA

CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA

Composta dai Magistrati:

Enrico Gustapane: Presidente

Mario Donno: Consigliere (relatore)

Giorgio Cancellieri: Consigliere

Nell'adunanza del 22 luglio 2003

Visti i decreti del Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria - Provveditorato regionale della Lombardia, di seguito elencati, di approvazione di altrettanti contratti di appalto per la fornitura di generi alimentari occorrenti per il mantenimento dei detenuti ristretti negli Istituti di pena della Regione:

1. decreto n. 19662 Area Cont. del 19 maggio 2003 – contratto rep. n. 106 del 7.3.2003, relativo alle forniture alimentari agli istituti penitenziari di Bergamo, Sondrio, Lecco e provincia – Lotto n. 47 – Ditte contraenti Arturo Berselli e C. S.p.A. e S.A.R.F. S.p.A. – periodo 1.4.2003/31.12.2004 – Importo contrattuale € 747.507,42.-

2. decreto n. 19663 Area Cont. del 19 maggio 2003 – contratto rep. n. 107 del 7.3.2003, relativo alle forniture alimentari agli istituti penitenziari di Brescia e sezione di reclusione Verziano – Lotto n. 48 – Ditte contraenti SIAS S.p.A. e Alessio S.p.A. periodo 1.4.2003/31.12.2004 – Importo contrattuale € 755.098,64.-
3. decreto n. 19664 Area Cont. del 19 maggio 2003 – contratto rep. n. 108 del 7.3.2003, relativo alle forniture alimentari agli istituti penitenziari di Busto Arsizio, Varese e Como – Lotto n. 49 – Ditte contraenti Consorzio Servizio Penitenziaria e Arturo Berselli & C. S.p.A. – Periodo 1.4.2003/31.12.2004 – Importo contrattuale € 1.161.109,33.-
4. decreto n. 19666 Area Cont. del 19 maggio 2003 – contratto rep. n. 111 del 7.3.2003, relativo alle forniture alimentari agli istituti penitenziari di Lodi, Milano San Vittore e Bollate – Lotto n. 51 – Ditte contraenti SAEP S.p.A. (ex S.L.C. Tarricone S.p.A.) e Domenico Ventura di Umberto Ventura e C. S.a.S. – Periodo 1.4.2003/31.12.2004 – Importo contrattuale € 2.402.430,82.-
5. decreto n. 19668 Area Cont. del 19 maggio 2003 – contratto rep. n. 112 del 7.3.2003, relativo alle forniture alimentari agli istituti penitenziari di Pavia, Vigevano e Voghera – Lotto n. 53 – Ditte contraenti SAEP S.p.A. (ex

S.L.C. Tarricone S.p.A.) e Domenico Ventura di Umberto Ventura e C. S.a.S. - Periodo 1.4.2003/31.12.2004 - Importo € 1.052.939,93.-

6. decreto n. 19669 Area Cont. del 19 maggio 2003 - contratto rep. n. 113 del 7.3.2003, relativo alle forniture alimentari agli istituti penitenziari di Monza e Milano Opera - Lotto n. 54 - Ditte contraenti SAEP S.p.A. (ex S.L.C. Tarricone S.p.A.) e Domenico Ventura di Umberto Ventura e C. S.a.S. - Periodo 1.4.2003/31.12.2004 - Importo € 1.835.149,67.-

Visti i rilievi istruttori n. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 del 12.06.2003 e la risposta dell'amministrazione n. 24444/ Area Cont. in data 4 luglio 2003;

Viste le relazioni del Magistrato istruttore e del Consigliere delegato, tutte in data 8 luglio 2003;

Vista l'ordinanza n. 6/2003 dell'8 luglio 2003 con la quale il Presidente della Sezione regionale di Controllo per la Lombardia ha convocato per l'adunanza odierna il collegio ai fini della pronuncia sulla legittimità dei decreti sopra indicati;

Vista la nota della Segreteria della Sezione n. 3224 del 9 luglio 2003 con la quale copia della predetta ordinanza è stata trasmessa al Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria - Direzione generale delle risorse materiali, dei beni e dei servizi, al Provveditorato regionale per la Lombardia dell'Amministrazione penitenziaria, nonché al Dipartimento

provinciale del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica di Milano;

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte di conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934 n. 1214;

Vista la legge 21 marzo 1953 n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994 n. 20;

Vista la deliberazione n. 14/2000 delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, adottata nell'adunanza del 16 giugno 2000;

Visto l'art. 27, comma 1, della legge 24 novembre 2000, n. 340;

Uditi il magistrato relatore, consigliere Mario Donno, il rappresentante dell'Amministrazione penitenziaria dott. Felice Bocchino, nonché il rappresentante dell'Amministrazione del Tesoro e delle Finanze dott. Domenico Meselella;

Ritenuto in

FATTO

Sono pervenuti a questa Sezione Regionale di Controllo, per il prescritto controllo preventivo di legittimità, i sei decreti in epigrafe, adottati dal Provveditorato regionale dell'Amministrazione penitenziaria e concernenti l'approvazione di altrettanti contratti di appalto per la fornitura di generi alimentari necessari al mantenimento dei detenuti ristretti negli Istituti di pena della Regione.

Con i suddetti provvedimenti, l'Amministrazione ha disposto l'approvazione dei contratti sopra elencati.

Dall'esame dei decreti e della prodotta documentazione risulta che trattasi di rapporti contrattuali che rinnovano precedenti rapporti instaurati tra le stesse parti ed aventi lo stesso oggetto.

In particolare l'iniziale rapporto contrattuale risulta instaurato per il periodo 1.7.1999/31.12.2000; quindi rinnovato per il periodo 1.4.2001/31.12.2002, applicando uno sconto del 3% sulla diaria di aggiudicazione, in applicazione dell'art. 27, comma 6, della legge 488/1999.-

I decreti in esame approvano e rendono esecutivi ulteriori atti di rinnovo dei contratti stessi, per il periodo 1.4.2003/31.12.2004 ed alle stesse condizioni contrattuali del precedente periodo.

Trattandosi di atti aventi natura di ulteriore rinnovo di altri contratti per i quali nell'anno 2001 era stato già disposto un primo rinnovo per il periodo 2001-2002, il competente magistrato istruttore non ha ravvisato la sussistenza delle condizioni di legittimità per l'ammissione al visto, per contrasto con l'art. 27, comma 6, della legge 23 dicembre 1999 n. 488, il quale dispone che i contratti di specie, "stipulati a seguito di esperimento di gara in scadenza nel triennio 2000-2002, possono essere rinnovati una sola volta".

Poiché i contratti in questione erano stati inizialmente stipulati a seguito di esperimento di gara, risultavano in scadenza nel triennio 2002, quindi nel triennio considerato di tale norma, ed altresì già rinnovati una prima volta, ha ritenuto sussistente il contrasto con la indicata disposizione.

Pertanto sono stati proposti rilievi istruttori per violazione della stessa.

L'Amministrazione ha replicato al rilievo con memoria del 4.7.2003. Nella stessa ha evidenziato la ritenuta convenienza sul piano economico delle accolte offerte contrattuali e prospettato il rischio di un contenzioso con le imprese appaltatrici qualora non possa essere data esecuzione agli stipulati contratti.

In ordine al rilievo di legittimità prospettato dal magistrato istruttore, la memoria si è riportata a quanto dedotto dall'Amministrazione centrale con proprie osservazioni di cui alla allegata lettera del 23.6.2003, nonché ai pareri espressi dai professori Abbamonte e Caputi Jambrenghi.

Con la citata nota l'Amministrazione centrale penitenziaria ha dedotto quanto segue.

Già nel 1999 l'iniziale bando di gara e i contratti stipulati con decorrenza 1.7.1999 avevano previsto la possibilità di un primo rinnovo biennale e, alla scadenza di questo, il rinnovo per un ulteriore biennio alle stesse condizioni, a norma dell'art. 12 del R.D. 18.11.1923 n. 2440; scelta determinata da ragioni di economia e convenienza.

Sopravvenuta la richiamata disposizione della legge finanziaria 2000, poiché erano insorte divergenze interpretative, era stato ritenuto opportuno acquisire il parere del Ministero del Tesoro – Ispettorato Generale di Finanza, il quale aveva risposto

prospettando l'applicabilità agli stipulati contratti della disposizione stessa.

Per tale ragione, in sede di rinnovo per il biennio 2001-2002, le ditte appaltatrici, sollecitate dalla stessa amministrazione, avevano presentato domanda di rinnovo con lo sconto del 3%, senza che fosse inclusa nel contratto alcuna clausola di rinnovo.

Mentre era in corso di svolgimento tale rapporto contrattuale, le ditte hanno presentato istanza con la quale prospettavano l'illegittimità dell'applicazione della sopravvenuta disposizione di cui al VI comma dell'art. 27 della legge 488/1999, reclamando:

- a) il rimborso dell'importo corrispondente allo sconto del 3%, il quale sarebbe stato accettato dalle ditte solo al fine di conseguire il rinnovo del contratto; pertanto lo sconto concordato in sede di primo rinnovo non troverebbe giustificazione nella nuova norma, in quanto sopravvenuta e come tale inapplicabile al rapporto già in precedenza instaurato;
- b) il rinnovo per un ulteriore biennio a norma del bando di gara e delle previsioni contrattuali originarie.

La stessa Amministrazione centrale, in ordine a tali richieste, ha ritenuto di interpellare l'Avvocatura erariale, la quale ha espresso il parere, (allegato agli atti), che la complessa vicenda avrebbe potuto trovare soluzione con la stipula di ulteriori atti di rinnovo che avrebbero dovuto prevedere l'espressa rinuncia a qualsiasi pretesa, fermo lo sconto già praticato del 3%.-

Pertanto ha impartito disposizioni ai dipendenti Provveditorati regionali, perché le ditte producessero, ove lo ritenessero, la richiesta di ulteriore rinnovo per il biennio 2003-2004, con il mantenimento dello sconto del 3% e con rinuncia a qualsiasi pretesa in ordine al precedente periodo.

Afferma la nota ministeriale che di tali istruzioni risultano essere espressione i contratti approvati con i decreti all'esame in questa odierna adunanza.

In ordine al rilievo del magistrato istruttore, di prospettata violazione del comma 6 dell'art. 27 della legge 488/1999, osserva la stessa Amministrazione centrale che, pur se tale disposizione ha già trovato applicazione riguardo ai contratti in esame in occasione del rinnovo operato nel 2001, tuttavia si è ritenuto di procedere alla rinnovazione contrattuale in applicazione dell'art. 44 della legge 724/1994, con adeguamento al parere dell'Avvocatura Erariale, allo scopo di evitare contenziosi dall'esito incerto, in considerazione del fatto che i contratti originari prevedevano una possibilità di rinnovazione per due bienni consecutivi allo stesso prezzo ed altresì senza la previsione della riduzione del 3%.

Afferma l'Amministrazione in proposito che, al di fuori di un'ipotesi transattiva, tale riduzione non avrebbe potuto trovare applicazione nel primo rinnovo, in quanto non sarebbe stato applicabile l'art. 27 della legge 488/1999.-

Spiega l'Amministrazione che ha ritenuto non applicabile tale ultima disposizione per il contenuto transattivo del secondo rinnovo

e, pertanto, di avere ritenuto di applicare la procedura prevista dall'art. 6 della legge 537/1993, nel testo sostituito dall'art. 44 della legge 724/1994.-

Conclude l'Amministrazione affermando l'insussistenza, a giudizio della stessa, della prospettata violazione del VI comma dell'art. 27 della legge 488/1999, per non applicabilità di tale disposizione alla fattispecie in esame per le ragioni rappresentate.

Aggiunge l'Amministrazione di essere pervenuta a tali conclusioni anche sulla base dei pareri espressi dai professori Abbamonte e Caputi-Iambrenghi.

Il primo ha analizzato le correlazioni che possono essere stabilite tra la disposizione di cui al 6° comma dell'art. 27 della legge 488/1999 e quella di cui all'art. 44 della legge 724/1994.-

Ha osservato che l'art. 27 della legge 488/1999 si colloca nel solco della disciplina legale della durata dei contratti, già dettata dall'art. 44 della l. 724 del 1994, la quale aveva introdotto due disposizioni distinte:

- a) una negativa, di divieto del rinnovo tacito;
- b) una positiva, dando facoltà alle parti di rinnovare espressamente il contratto per accertati motivi di convenienza.

Ha aggiunto che il 6° comma dell'art. 27 della legge 488/1999:

- a) conferma che il rinnovo può avvenire solo espressamente;
- b) innova stabilendo la limitazione del rinnovo alle seguenti condizioni: una sola volta e con il ribasso del 3%.

Innovazione modificativa della precedente normativa, la quale ultima, pur prevedendo la rinnovabilità espressa, non la limitava nel numero delle possibilità.

Date tali considerazioni, il parere si articola sul quesito se l'art. 27 della legge 488/1999 disciplini ogni rapporto contrattuale che ricada nell'arco temporale considerato, ovvero solo quelli che erano privi di un'autonoma e negoziale disciplina del rinnovo.

Afferma in proposito che la più recente disposizione non avrebbe lo scopo di privare le parti di facoltà contrattualmente previste, bensì di completare e correggere la disciplina legale del rinnovo.

In quanto tale, la stessa si porrebbe in linea di continuità con l'art. 6 della legge del 1994 la quale ultima si sarebbe limitata a facultare le amministrazioni al rinnovo, purché vi fosse convenienza, nulla disponendo per il caso in cui il rinnovo fosse stato autonomamente regolato.

Deduce che la successiva disposizione della legge 488/1999 si porrebbe in linea di continuità con la precedente normativa, correggendola e standardizzando la valutazione di convenienza e limitando ad una sola la possibilità di rinnovo.

Sulla premessa della continuità della disciplina e dell'inapplicabilità della norma a quei casi in cui una disciplina contrattuale del rinnovo sia già dettata, esprime l'avviso che debba essere sostanzialmente riconosciuta all'Amministrazione la facoltà di valutare la convenienza di un ulteriore rinnovo e conclude,

quindi, prospettando la legittimità della pretesa di non ritenersi vincolata alle disposizioni dell'art. 27 della legge 488/1999.-

Il parere del prof. Caputi-Jambrenghi esamina le due tesi contrapposte:

- a) quella della prevalenza legislativa dell'art. 27 della legge 488/1999 in ordine alla disciplina contrattuale. Tesi che riferisce accolta nella prevalente giurisprudenza di questa Corte;
- b) quella opposta che valorizza la disciplina di gara e gli accordi stipulati dalle parti prima dell'entrata in vigore della l. 488/1999, con applicabilità della normativa previgente; tesi basata sulla ritenuta cristallizzazione delle norme di "lex specialis" delle previsioni del bando di gara e delle clausole contrattuali che prevedevano tale rinnovo, con la prevalenza della disciplina della legge vigente al momento della formazione del primo vincolo contrattuale (l. 724/1994), rispetto a quella sopravvenuta (l. 488/1999), quest'ultima ritenuta inapplicabile per regolare la fattispecie alla luce del principio "tempus regit actus".

Il parere opta per tale seconda tesi sulla base del principio secondo cui l'ente pubblico con la previsione del bando e del primo contratto si sarebbe non solo autovincolato, ma avrebbe anche condizionato l'offerta del concorrente aggiudicatario. Concludendo con la ritenuta irrilevanza della pattuizione contenuta nel primo contratto di rinnovo biennale di non procedere ad ulteriori rinnovi,

pattuita sulla base della ritenuta applicabilità dell'art. 27, 6° comma, della l. 488/1999.-

Tale tesi è giudicata fondata sulla base di un ulteriore argomento che afferma essere stato non considerato dalle altre Sezioni di questa Corte che hanno negato il visto, cioè il carattere di disciplina speciale previsto per tali contratti, per i quali è necessaria l'adozione di particolari misure di sicurezza, disciplina speciale che sarebbe stata richiamata nel bando, circostanza che escluderebbe l'applicabilità della procedura ordinaria.

Aggiunge che un argomento a sostegno di tale tesi sarebbe ricavabile dal R.D. 16.5.1920 n. 1908, regolamento generale per gli stabilimenti carcerari, che prevede libertà di forme nel sistema di affidamento delle forniture carcerarie.

A favore di tale tesi viene infine fatto riferimento all'art. 574 del R.D. n. 1908 del 1920.-

Rileva che si tratterebbe di prestazioni atipiche che in quanto effettuabili da un numero ristretto di ditte e con ampia discrezionalità dell'ente appaltante circa le modalità di affidamento, troverebbe applicazione la direttiva del Presidente del consiglio dei ministri 29.4.1994 in ordine all'inapplicabilità dell'ordinario giudizio di congruità nei confronti di determinati contratti disciplinati da normative speciali.

Conclude che per tali ragioni legittimamente l'Amministrazione appaltante abbia ritenuto non applicabile la prescrizione di cui al 6° comma dell'art. 27 della legge 488/1999.-

All'odierna adunanza è presente il dott. Felice Bocchino, Provveditore regionale per la Lombardia dell'Amministrazione penitenziaria, il quale si riporta agli argomenti e alle conclusioni sviluppate nella memoria di replica al rilievo; nonché il dott. Domenico Mesolella, in rappresentanza del Ministero del Tesoro e delle Finanze, il quale comunica che i provvedimenti in discussione sono stati visti e trasmessi dalla Ragioneria provinciale dello Stato a questa Sezione in considerazione della particolare convenienza economica per l'Amministrazione delle condizioni contrattuali.

DIRITTO

1. Il Collegio è chiamato a pronunciarsi in ordine alla legittimità del rinnovo dell'affidamento contrattuale, approvato con i decreti all'esame della Sezione.

L'iniziale vincolo contrattuale instaurato per il periodo 1.7.1999/31.12.2000 era stato già rinnovato una prima volta per il periodo 1.4.2001/31.12.2002 alle medesime condizioni contrattuali e con l'applicazione dello sconto del 3%; pertanto i contratti approvati con i decreti all'esame hanno rinnovato ulteriormente i contratti stessi per il periodo 1.4.2003/31.12.2004 ed alle medesime condizioni stabilite per il periodo precedente.

Il magistrato istruttore ha ritenuto che tale ultimo rinnovo, in quanto reiterativo di un precedente rinnovo, contrasti con le prescrizioni poste dall'art. 27, comma 6, il quale dispone che i contratti di specie, "stipulati a seguito di esperimento di gara in scadenza nel triennio 2000-2002, possono essere rinnovati una sola

volta”; concludendo per l’illegittimità del disposto rinnovo e contestandola all’Amministrazione con rilievo istruttorio.

L’Amministrazione ha replicato ritenendo inoperante tale disposizione nei confronti dei contratti in esame, in quanto per le particolari prescrizioni contenute nell’iniziale bando di gara e per alcune specifiche clausole, già inserite nella prima previsione contrattuale, la fattispecie ricadrebbe sotto la disciplina della precedente normativa, in particolare quella contenuta nell’art. 44 della legge 724/1994.-

Premesso che sarebbero stati realizzati con il disposto ulteriore rinnovo risultati di economicità, l’Amministrazione ha affermato di aver legittimamente adottato tale determinazione sia sulla base di consultazione con l’Avvocatura Erariale, che con riferimento al parere espresso da professionisti esterni.

L’assunto fatto proprio dall’Amministrazione sulla base di tali pareri è quello secondo cui all’ulteriore rinnovo non potrebbe opporsi l’art. 27, comma 6, della legge 488/1999, che prevede un unico rinnovo, ma senza escludere una diversa volontà delle parti, precedentemente formatasi, nell’alveo dell’art. 6 della legge 537/1993, come sostituito dall’art. 44 della legge 724/1994.-

Tesi espressa dall’Avvocatura Erariale ed ulteriormente sviluppata ed approfondita nei pareri dei professionisti esterni.

Oltre la tesi dell’inapplicabilità dell’art. 27 della l. 488/1999, in uno di tali pareri viene espresso altresì l’avviso dell’inapplicabilità della ordinaria procedura per l’aggiudicazione dei contratti, quale

prevista dalle indicate norme, bensì della applicabilità della disciplina speciale per la necessità dell'adozione di particolari misure di sicurezza, disciplina speciale che sarebbe stata richiamata nel bando.

Così riassunti i termini della contestazione deferita all'esame del Collegio, le questioni sulle quali questo è chiamato a pronunciarsi risultano essere le seguenti:

- a) rilevanza dei risultati di economicità che a giudizio dell'Amministrazione sarebbero conseguiti all'automatico rinnovo dei contratti ed alle stesse condizioni, ai fini dell'ammissione al visto dei provvedimenti di cui si tratta;
- b) disciplina giuridica applicabile al disposto reiterato rinnovo: quella dell'art. 27, comma 6, della legge 488/1999, ovvero quella dell'art. 44 della legge 724/1994;
- c) applicabilità della procedura ordinaria per l'aggiudicazione dei contratti, ovvero della disciplina speciale prevista per ragioni di sicurezza dalla specifica normativa relativa al settore dell'amministrazione penitenziaria.

2. In ordine alla prima questione, ritiene il Collegio che, richiamandosi alla univoca e consolidata giurisprudenza della Corte, le prospettate ragioni di convenienza in ordine al determinato affidamento lodevolmente ispirate dall'esigenza di realizzare un'attività amministrativa improntata ai noti principi della efficacia, efficienza ed economicità, non possano costituire l'esclusivo fondamento giuridico di un'attività amministrativa che deve

rispondere innanzitutto al principio di legalità, non potendo dubitarsi che una determinazione amministrativa è efficiente, efficace e economica nella misura in cui possa considerarsi esente da vizi di legittimità.

Pertanto è dell'avviso che tale prospettazione operata dall'Amministrazione non abbia rilevanza in ordine alle ragioni in base alle quali è stato svolto il deferimento a questo Collegio.

3. La seconda questione riguarda la disciplina normativa applicabile alla fattispecie concreta in esame.

Va premesso in proposito, con riferimento al mero aspetto fattuale, quale concretamente sviluppatosi ed esternato dalle parti del rapporto contrattuale, che il primo rinnovo risulta stipulato da queste ultime in applicazione delle disposizioni di cui all'art. 27, 6° comma, della legge 488/1999, in particolare con richiamo a tale normativa e con applicazione della riduzione del 3% previsto da questa. Circostanza evidenziata anche dal fatto che gli appaltatori hanno preteso successivamente il rimborso dell'importo corrispondente a tale percentuale di ribasso per la pretesa, espressa successivamente alla stipulazione, di applicabilità della procedura di cui all'art. 44 della legge 724/1994, piuttosto che di quella dell'art. 27, 6° comma, della legge 488/1999.-

Va altresì premesso che le stesse parti, in sede dell'ulteriore rinnovo contrattuale per il periodo 1.4.2003/31.12.2004, hanno inteso rinnovare il contratto operante per il periodo precedente.

I prospettati motivi che hanno agito su tale ultima determinazione, cioè quello di eliminare l'insorto contenzioso, non agiscono su tali fatti quali oggettivamente verificatosi e comunque non ne modificano gli effetti.

In conclusione risulta certo in fatto che le parti in sede di primo rinnovo hanno applicato la riduzione del 3% quale importo dalla normativa vigente all'epoca, cioè l'art. 27, 6° comma, della legge 488/1999; ed hanno poi convenuto di rinnovare ulteriormente lo stesso rapporto contrattuale.

Il consigliere istruttore ha ritenuto che, poiché si trattava di contratti di fornitura stipulati a seguito di esperimento di gara in scadenza nel triennio 2000/2002, non potevano essere ulteriormente rinnovati essendo già stati rinnovati una prima volta. Ha considerato cioè che il 6° comma dell'art. 27 della legge 488/1999, ricorrendo le condizioni di fatto nello stesso indicate, esaurisse la disciplina applicabile e non potesse trovare spazio la contemporanea applicazione della previgente normativa.

L'Amministrazione ha ritenuto invece di accogliere il diverso parere dell'Avvocatura Erariale, che appare peraltro motivato dalla preoccupazione di evitare un possibile contenzioso, nonché quello dei professionisti esterni, secondo i quali la normativa propria della legge 488/1999 sarebbe inapplicabile in quei casi in cui una disciplina del rinnovo fosse stata già contenuta nelle iniziali previsioni contrattuali.

Pertanto tale prospettazione risulta basata sulla tesi di ritenere ammissibile che sia applicabile al primo rinnovo la legge 488/1999 ed al secondo rinnovo la precedente legge 724/1994.-

La tesi prospettata dall'Amministrazione non ha trovato finora conforto nella giurisprudenza della Corte (deliberazioni della Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello stato n. 34/2001/P del 10.09.2001; n. 17/2002/P del 3.10.2002; n. 12/2003/P del 5.6.2003; deliberazione della Sezione regionale di controllo per la Calabria n. 10/2003 del 15.5.2003).-

Sulla scorta di tale giurisprudenza, ritiene il Collegio di considerare che la disciplina generale dell'istituto del rinnovo dei contratti delle pubbliche amministrazioni è dettata dall'art. 44 della legge n. 724 del 1994 citata , il quale nel vietare il rinnovo tacito di essi ha previsto al secondo comma che le amministrazioni interessate entro tre mesi dalla scadenza dei contratti stessi "accertino la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione". A tal fine, aggiunge il comma 11 dello stesso art. 44 "le amministrazioni sono tenute ad effettuare, almeno annualmente, ricognizioni dei prezzi di mercato" ove non dispongano di dati elaborati dall'ISTAT o dalle camere di commercio, industrie e artigianato.

L'art. 27 comma 6° della legge n. 488 del 1999 (legge finanziaria 2000) recita, come già riportato in fatto, che "i contratti per acquisti e forniture di beni e servizi delle amministrazioni statali stipulati a seguito di esperimenti di gara in scadenza nel triennio 2000/2002, possono essere rinnovati per una sola volta e per un periodo non superiore a due anni, a condizione che il fornitore assicuri una riduzione del corrispettivo di almeno il 3%, fermo restando il rimanente contenuto del contratto".

Ciò posto, osserva la Sezione che la formulazione chiara e categorica del riportato art. 27 comma 6, norma successiva all'art. 44 citato, non lascia alcun dubbio che per i contratti in esso contemplati l'unica possibilità di rinnovo è quella dell'apportata riduzione del corrispettivo, da parte del fornitore, di almeno il 3%, senza possibilità di ulteriore rinnovo.

Sul piano dei rapporti tra le due norme, l'art. 27 comma 6 non ha abrogato la disciplina generale del rinnovo dettata dall'art. 44, ma ha solo derogato a quest'ultima per il triennio 2000/2002 o meglio per i contratti scadenti in detto periodo; per il resto e cioè per i contratti aventi diversa scadenza (fuori del triennio) l'art. 44 continua a costituire la disciplina generale della materia (Sezione centrale del controllo n. 34/2001/P del 10.09.2001).

I concetti testé esposti sono stati ribaditi in altra deliberazione (Sez. controllo Calabria n. 10/2003 del 15.05.2003) nella quale vengono ulteriormente analizzati i rapporti tra i due testi normativi.

Viene rilevato in proposito che tra questi risulta essersi creato un rapporto di *genus ad speciem*, ossia che la disciplina prevista dall'art. 6 della legge n. 537/1993 abbia senz'altro carattere generale rispetto a quella recata dalla disposizione contenuta nell'art. 27, comma 6, della legge n. 488/1999, sì da potersi affermare che per il triennio 2000/2002 la materia dei rinnovi contrattuali per le amministrazioni statali è stata disciplinata esclusivamente da detto ultimo testo normativo, non essendo configurabile alcun tipo di commistione con la disciplina generale precedentemente menzionata.

Questo Collegio non ha motivo di discostarsi dalla riferita giurisprudenza e di conseguenza ritiene di non poter ammettere al visto i decreti di cui si tratta.

4. L'ultima questione sulla quale è chiamato a pronunciarsi il Collegio riguarda l'applicabilità ai provvedimenti in esame delle ordinarie procedure, quali disciplinate dalle richiamate leggi 724/1994 e 488/1999, ovvero dalle particolari discipline previste per ragioni di sicurezza nello specifico settore dell'amministrazione penitenziaria dalla vigente normativa.

Emerge chiaramente dagli atti che l'amministrazione non ha inteso avvalersi delle particolari facoltà alla stessa riconosciute da questa ultima normativa, bensì delle procedure previste dalle richiamate leggi 724/1994 e 488/1999, che sono quelle ordinarie previste per la generalità delle Pubbliche Amministrazioni.

Sul punto pertanto la Sezione non ha ragione per esprimere alcuna pronuncia.

P.Q.M.

ricusa il visto e la conseguente registrazione dei decreti in epigrafe.

IL PRESIDENTE
(Enrico Gustapane)

IL RELATORE
(Mario Donno)

Depositata in Segreteria il 05/08/2003

Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)

14/lc