

DOTT.SSA ELENA BRANDOLINI

MAGISTRATO DELLA CORTE DEI CONTI

CONTROLLO PREVENTIVO DI LEGITTIMITA'-DECRETI APPROVATIVI
CONTRATTI DI APPALTI DI FORNITURE ALIMENTARI CASE CIRCONDARIALI-
PROCEDURE DEROGATORIE – NECESSARIA INDICAZIONE SPECIALI MISURE
DI SICUREZZA GENERALI E SPECIFICHE NEL BANDO DI GARA –
VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO – RICUSAZIONE DEL VISTO – NOTA A
DELIBERA N. 7/2005/P SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LE
MARCHE – REL. R. FRANCAVIGLIA -

Con la Del. n. 7/2005 , la Sezione Regionale di Controllo per le Marche – Rel. Rosa Francaviglia- in sede di controllo preventivo di legittimità – affronta la tematica delle speciali misure di sicurezza per gli appalti – nella specie di forniture alimentari – relativi alle Case Circondariali. Taluni principii recepiti in delibera risultano conformi a precedente giurisprudenza della Corte (Del. Sez. Contr. I n. 37/2000 e Del. Sez. Contr. Calabria n. 6/2004). Tuttavia, la Sezione marchigiana esamina la problematica delle misure di sicurezza generali e specifiche evidenziando che la stazione appaltante deve sempre tenere in debita considerazione le peculiarità della singola Casa Circondariale a cui l' appalto afferisce. Non è possibile, quindi, ad esempio, per un Supercarcere, omettere l' indicazione di misure di sicurezza particolari ed aggiuntive rispetto a quelle di generale portata come enucleate nell' atto presupposto (decreto Ministero della Giustizia). E' palese, poi, che dette misure, siano esse generiche che specifiche, debbano essere sempre ricomprese nel bando di gara ed in esso essere menzionate non essendo sufficiente la mera allegazione della dichiarazione che le riporta coevamente alla stipula.

L' avvalersi di procedure derogatorie all' affidamento diretto (nella fattispecie : licitazione privata in luogo di trattativa privata) comporta poi l' obbligo per la stazione appaltante di attenersi scrupolosamente alle regole prescritte. Chi opta per l' una procedura in luogo dell' altra onde non soggiacere ai vincoli pregnanti imposti per la trattativa privata non puo' esimersi dall' osservanza di principi elementari quali quelli previsti per assicurare la par condicio delle imprese concorrenti. Né, per l' altrettanto, l' esistenza di atto presupposto, seppure , qual non è, fosse stato regolarmente registrato dalla Corte dei Conti, non ha alcuna efficacia in punto asserita legittimità su atti esecutivi essendo ovvio che la sequenza procedimentale atto presupposto-atti esecutivi può essere affetta da illegittimità derivata, ma non di certo da legittimità consequenziale che, se così fosse, nessun atto esecutivo, a fronte di atto presupposto legittimo e vistato dalla Corte, sarebbe sottoponibile al controllo preventivo di legittimità.

Delibera n. 7/2005/P

Deliberazione n. 7/2005/P

REPUBBLICA ITALIANA

La

Corte dei conti

in

Sezione regionale di controllo per le Marche

nell'adunanza del 3 giugno 2005

* * *

Visto il decreto n. 89 in data 8 marzo 2005 del Provveditorato Regionale Marche – Amministrazione Penitenziaria – approvativo del contratto stipulato in data 28 febbraio 2005 rep. n. 2 avente ad oggetto l'appalto di forniture alimentari alle Case Circondariali e Mandamentali delle Province di Ancona, Ascoli Piceno e Fermo, Macerata per il periodo dall'1.4.2005 al 31.12.2007 (Lotto n. 1);

Visto il decreto n. 88 in data 8 marzo 2005 del Provveditorato Regionale Marche – Amministrazione Penitenziaria – approvativo del contratto stipulato in data 1 marzo 2005 rep. n. 3 avente ad oggetto l'appalto delle forniture alimentari delle Case Circondariali e Mandamentali della Provincia di Pesaro Urbino, per il periodo dall'1.4.2005 al 31.12.2007 (Lotto n. 2);

Visto il rilievo istruttorio n. 6-7/GG in data 31 marzo 2005 della Sezione regionale di controllo per le Marche, nonché la risposta

dell'Amministrazione pervenuta all'anzidetta Sezione in data 22 aprile 2005;

Vista la relazione in data 11 maggio 2005 (prot. n. 690/Sez.F1) del Magistrato istruttore;

Vista l'ordinanza del Presidente della Sezione regionale di controllo n. 3/2005 in data 16 maggio 2005, con la quale è stato convocato il Collegio per l'esame e la summenzionata pronuncia;

Vista la nota della Segreteria della Sezione regionale di controllo n. 710/Sez. F1 del 18 maggio 2005 con la quale la predetta ordinanza è stata comunicata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Segretariato Generale, al Ministero della Giustizia – Gabinetto e Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria - Provveditorato regionale Marche, al Ministero dell'Economia e delle Finanze - Gabinetto e Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato;

Udito nell'adunanza odierna il Magistrato istruttore Referendario Rosa Francaviglia;

Uditi in rappresentanza delle Amministrazioni convocate il Dirigente Generale dott. Raffaele Iannace, Provveditore Regionale per le Marche dell'Amministrazione Penitenziaria, il dott. Angelo Simoniello, Direttore dell'Ufficio della Contabilità presso il Provveditorato Regionale per le Marche dell'Amministrazione Penitenziaria e la dott.ssa Bianca Maria Ambrosini per la Ragioneria Generale dello Stato.

Visto l'art. 24 Testo Unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161, contenente modificazioni al predetto testo unico;

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

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 successive modificazioni;

Ritenuto in

F A T T O

Con decreto n. 89 in data 8 marzo 2005 il Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria ha approvato il contratto stipulato in data 28 febbraio 2005 rep. n. 2 con la Soc. SIRIO s.n.c. di Silvano Giuseppe e C., nonché la Soc. SAEP S.P.A. nella loro qualità – rispettivamente – di “obbligato principale” e di “supplente”. Detto contratto ha per oggetto l'appalto delle forniture alimentari delle Case Circondariali e Mandamentali della Provincia di Ancona, della Provincia di Ascoli Piceno e Fermo e della Provincia di Macerata, per il periodo dall'1.4.2005 al 31.12.2007, in conformità al capitolato d'oneri n. 357405 del 6.12.2004 ed assoggettato alle altre condizioni come indicate in sede negoziale e dietro la corresponsione di una diaria giornaliera di importo pari ad Euro 3,0383 più I.V.A. al 10% (Lotto n. 1).

Con decreto n. 88 in data 8 marzo 2005 il Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria ha approvato il contratto stipulato in data 1 marzo 2005 rep. n. 3 con la Soc. MARR S.P.A., nonché la Soc. Rag.

Pietro GUARNIERI figli s.n.c. nella loro qualità – rispettivamente - di “obbligato principale” e di “supplente”. Detto contratto ha per oggetto l'appalto delle forniture alimentari alle Case Circondariali e Mandamentali della Provincia di Pesaro Urbino, per il periodo dall'1.4.2005 al 31.12.2007, in conformità del capitolato d'onori n. 357405 del 6.12.2004 ed assoggettato alle altre condizioni come indicate in sede negoziale e dietro la corresponsione di una diaria giornaliera di importo pari ad Euro 2,9496 più I.V.A. al 10% (Lotto n. 2).

Tali decreti sono stati restituiti non registrati al Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria. Nel relativo foglio di rilievo n. 6-7 in data 31 marzo 2005, si formulavano le seguenti osservazioni: “Dalla disamina degli atti di gara si evince che, per ambedue i lotti, l'aggiudicazione è avvenuta mediante licitazione privata, in deroga alla disciplina comunitaria di cui all' art. 4, comma 1, lett. c) del D. Leg.vo n. 358/1992, come sostituito dall'art. 3 del D.Leg.vo n. 402/1998 in materia di pubbliche forniture in attuazione delle direttive comunitarie nn. 77/62, 80/767, 88/295, 93/36/CEE e 97/52/CEE. A mente del succitato art. 4 sono escluse dall'applicazione delle disposizioni comunitarie 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”. Ne deriva, quindi, che l'ammissibilità della procedura derogatoria è condizionata alla effettiva idoneità della stessa a realizzare in concreto le misure di sicurezza;

venendo meno la giustificazione della deroga ove la divisata procedura non sia idonea a realizzarle (Del. C.d.C. Sez. Controllo I n. 37/2000 e Del. C.d.C. Sez. Controllo per la Calabria n. 6/2004).

Per quanto in premessa si chiedeva di voler fornireformale giustificazione supportata da adeguata documentazione comprovante la sussistenza delle speciali misure di sicurezza poste in essere in concreto a sostegno della applicabilità della sopraevidenziata deroga alla vigente disciplina comunitaria. Al riguardo, si osservava che, dall'esame degli atti allegati (bando di gara pubblicato in G.U. della Repubblica Italiana - Parte Seconda - n. 249 del 22.10.2004), pareva emergere che le prescrizioni richieste a fini di sicurezza si erano limitate ad una dichiarazione con la quale il concorrente affermava di essere a conoscenza che l'esecuzione dell'appalto è soggetta a particolari misure di sicurezza disposte dall'Amministrazione (punto 9 del bando, 2° cpv), nonché a dichiarazioni rilasciate da Enti pubblici e/o pubbliche amministrazioni, presso cui era stata espletata la fornitura di prodotti alimentari nel triennio 2001-2002-2003, attestanti che il servizio non aveva dato adito a rilievi di sorta anche in relazione alla sicurezza della struttura pubblica e che la fornitura aveva avuto luogo regolarmente con riferimento alle risorse umane e strumentali (punto 9 del bando, lett. c). Non risultava acclarato, quindi, in cosa si erano tradotte le speciali misure di sicurezza richieste per l'esecuzione degli appalti e solo astrattamente ritenute sussistenti. Altresi, nella direttiva del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria – Direzione generale delle risorse materiali, dei beni e dei servizi - PU-

GDAP-5000-12/10/2004-0366420-2004, con la quale si invitano i Provveditorati regionali a procedere all'esperimento di gara con la forma della licitazione privata, con procedura ristretta accelerata, in deroga alla normativa comunitaria di cui all'art. 4, comma 1, lett. c) succitato, si fa riferimento ad un allegato "decreto di sicurezza" (n. 2 degli allegati) che non risultava, peraltro, prodotto unitamente alla documentazione giustificativa dei decreti di cui in epigrafe. Allo stato degli atti, pertanto, la procedura derogatoria posta in essere dalla Amministrazione non si appalesava legittima, non risultando idonee e dimostrate le misure adottate atte ad assicurare la ricorrenza del requisito della sicurezza nella fase di esecuzione dell'appalto di fornitura di cui in narrativa.

Con risposta prot. n. 1155 in data 6 aprile 2005 pervenuta a questo Ufficio il 22 aprile 2005, il Provveditore regionale dell'Amministrazione Penitenziaria per le Marche dava riscontro al citato foglio di rilievo rappresentando che "le condizioni di deroga alla normativa comunitaria, contemplate nell'art. 3 del D.Leg.vo n. 402/98, sono esposte nel decreto del Ministro della Giustizia, identificato con n. 0271984-2004 del 21/7/2004 che, per mera svista, questo Ufficio non ha inserito nella documentazione precedentemente trasmessa. Ulteriore documentazione comprovante la sussistenza di speciali misure di sicurezza, da adottare presso gli Istituti Penitenziari sede delle forniture in argomento si identifica nell'allegato denominato "Allegato al contratto di appalto per il servizio forniture alimentari ai detenuti dall' 1/4/2005 al 31/12/2007 – principali misure di sicurezza –", parte integrante dei rispettivi contratti,

dove vengono dettagliatamente descritte le misure da adottare. Per quanto sopra esposto, si trasmettono: a) il decreto del Ministro della Giustizia di cui al primo capoverso ad integrazione della documentazione precedente; b) copia del documento di cui al secondo capoverso, rintracciabile in ciascuno dei contratti stipulati e posizionato esattamente fra le tabelle applicative ed il capitolato d'onori."

Non condividendo le argomentazioni poste a sostegno del provvedimento e rilevando che nel caso di specie permanevano i profili di illegittimità dei decreti di approvazione dei contratti di fornitura in esame, il Magistrato istruttore ha trasmesso gli atti per il deferimento alla Sezione del Controllo. Con nota pervenuta in data 27 maggio 2005 l'Amministrazione ha ribadito la legittimità del proprio operato ritenendo di aver rispettato le disposizioni in merito all'affidamento del servizio di forniture alimentari ai detenuti e chiedeva l'ammissione al visto dei provvedimenti di cui in epigrafe.

DIRITTO

Il caso che la Sezione è chiamata a discutere presuppone l'esame della normativa attualmente in vigore in materia di appalti di fornitura e relative procedure derogatorie.

Dalle giustificazioni addotte dall'Amministrazione anche in sede di Adunanza e dalla relativa documentazione trasmessa alla Sezione non è dato evincere alcun elemento tale da superare la questione di legittimità dei decreti di approvazione dei contratti di fornitura in esame considerato che:

1) Non si appalesa legittima l'applicazione agli appalti di fornitura della procedura derogatoria prevista dall'art. 4, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 358/1992, come sostituito dall'art. 3 del D.Lgs. n. 402/1998, quando, come nella specie, dal bando di gara non risulta in cosa consistano le speciali misure di sicurezza imposte al fornitore. Sotto tale profilo, difatti, non è sufficiente il richiamo generico contenuto nel D.M. del 21.7.2004 alle esigenze di sicurezza nell'espletamento della prestazione contrattuale, decreto nel quale, secondo l'Amministrazione, risulterebbero esposte le condizioni di deroga alla normativa comunitaria. Tale D.M., temporalmente antecedente il bando, in motivazione, si limita ad affermare quanto segue: "... considerato che il predetto servizio deve essere eseguito all'interno di Istituti Penitenziari e che per tale ragione è indispensabile adottare particolari misure di sicurezza; considerato che la gestione degli Istituti Penitenziari e, specialmente di quelli che si caratterizzano sia per il numero elevato dei ristretti sia per le particolari tipologie dei reclusi, deve essere regolata da una serie di norme cautelari che disciplinino i delicati momenti delle quotidiane attività intramurarie; ritenuta la necessità di adottare disposizioni a tutela della sicurezza sempre più scrupolose e costantemente monitorate ed aggiornate, richiedendo al personale addetto alle portinerie degli istituti una rigorosa sorveglianza e lo svolgimento di controlli su tutti coloro che accedono al fine di evitare la possibile introduzione di oggetti

non consentiti dalle norme dell'Ordinamento Penitenziario e idonei a porre in essere episodi di inaudita gravità; considerata la necessità di assicurare una costante e mirata attività a salvaguardia della sicurezza negli ambienti penitenziari su cui, fatto non nuovo questo, si orientano le preoccupanti iniziative dell'eversione, del terrorismo interno e internazionale oltre che della criminalità organizzata" e, per l'effetto, dispone che: "..... gli appalti delle forniture di cui in premessa, per quanto esposto, devono essere indetti mediante l'adozione di particolari misure di sicurezza ai sensi e per gli effetti del D.L.vo n. 402/98 art. 3, comma 1, lettera c), limitando l'ammissione alla gara di licitazione privata che verrà indetta 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".

Né, di converso, rilevano a fini di deroga alla gara comunitaria misure di sicurezza disposte dall'Amministrazione procedente ex post, ossia in sede di stipula del contratto con la ditta già risultata aggiudicataria. (cfr. Allegato al contratto di appalto per il servizio forniture alimentari ai detenuti dall'1/4/2005 al 31/12/2007 – principali misure di sicurezza).

- 2) In sede di gara pubblica, espletata, nella specie, mediante

licitazione privata, la P.A. può stabilire prescrizioni e condizioni di partecipazione a carico delle ditte partecipanti, fermo restando il limite del rispetto del principio della "par condicio" dei concorrenti. Nella ipotesi in esame, tale principio non risulta, peraltro, osservato laddove si consideri che, nell'ambito già delimitato delle ditte aventi sede e stabile organizzazione in Italia, l'ammissione alla gara di licitazione privata per la fornitura in argomento è stata ulteriormente circoscritta alle sole imprese che nel triennio precedente (anni 2001 – 2002 e 2003) hanno regolarmente svolto analoghi rapporti contrattuali con enti pubblici (cfr. punto 9, lett. c) del bando di gara e dispositivo del D.M. del 21 luglio 2004).

Ciò premesso, in sede di audizione, l'Amministrazione ha sostenuto che il decreto del Ministero della Giustizia (cosiddetto D.M. "di sicurezza") ha efficacia vincolante in punto deroga alla normativa comunitaria predeterminando le condizioni per indire le gare di appalto delle forniture. Il che sarebbe confermato dal fatto della predisposizione da parte del dicastero di un modello seriale, valido per l'intero territorio nazionale, relativamente al bando-tipo. Siffatta situazione, seppure garantisce una certa qual omogeneità ed uniformità comportamentale delle stazioni appaltanti in ordine al contenuto dei bandi di gara, dall'altro esplica indubbi effetti limitativi dell'autonomia dei Provveditorati Regionali dell'Amministrazione Penitenziaria ancorché si tratti di Uffici di livello dirigenziale generale. L'Amministrazione ha, altresì, confermato che l' "Allegato sulle misure

di sicurezza" costituisce atto successivo alla procedura di gara ed alla aggiudicazione vertendosi in ipotesi di atto integrativo del contratto coevo alla stipula. L'assunto non appare condivisibile.

Il Collegio – difatti – osserva che detto allegato andava necessariamente inserito nel bando quale parte integrante ed inscindibile dello stesso essendo il bando stesso per definizione la " lex specialis" regolatrice e disciplinatrice dell' iter procedimentale concorsuale. Di conseguenza, non si appalesa legittima la successiva allegazione in sede di stipula tenuto conto anche che la perfetta "par condicio" fra i concorrenti può essere assicurata solo allorquando siano preventivamente noti presupposti e requisiti di gara. Perciò, le prescrizioni di sicurezza non potevano non essere inserite nel bando come per l'altrettanto esse andavano contemplate e reiterate nelle lettere di invito considerando debitamente la singola specifica posizione di ciascuna Casa Circondariale. Si puntualizza che - proprio in ragione della conclamata esigenza di garantire l' osservanza di dette prescrizioni di sicurezza - non è ragionevole non considerare oltre alle misure minime di cui all'allegato succitato, anche quelle ulteriori inerenti alla specificità della singola Casa Circondariale. Nel caso in specie, poi, gli appalti di forniture alimentari concernono pressoché la quasi totalità di tutte le Case Circondariali e Mandamentali ubicate sull'intero territorio della Regione Marche e non si vede, ordunque, come possa ignorarsi la circostanza che un supercarcere quale quello di Ascoli Piceno, a mero titolo esemplificativo, abbia connotazioni tali

da richiedere ed imporre l'adozione di accorgimenti atti ad assicurare la permanenza di livelli di sicurezza idonei, i quali inevitabilmente si aggiungono a quelli minimali previsti dall' allegato di cui sopra.

L'Amministrazione ha anche fatto riferimento al profilo del cosiddetto "Servizio di sopravvitto", il cui valore economico superiore alla fornitura avrebbe giustificato l'applicazione del D.Leg.vo n. 157/1995 di recepimento della normativa comunitaria sugli appalti di servizi, dal cui ambito applicativo sarebbero restati esclusi i servizi di ristorazione.

Resta, peraltro, impregiudicata la questione per cui se la P.A. non procede ad affidamento diretto e non opta per la trattativa privata con tutte le conseguenti limitazioni che ciò comporta - preferendo avvalersi della procedura derogatoria - ha comunque l'obbligo di attenersi scrupolosamente a quanto indicato normativamente. La scelta operata vincola inderogabilmente l'amministrazione ad attenersi ai vincoli ed alle condizioni imposte "ex lege" non essendo consentito discostarsene a maggior ragione immotivatamente.

In quanto al requisito del fatturato, si rileva che esso rappresenta un ulteriore profilo di restrizione della concorrenza nei termini di fatturato globale e di fatturato specifico (punto 9 del bando lett. a) e b). Il requisito della capacità eco-finanziaria dei concorrenti è fissato dalla normativa di recepimento della disciplina comunitaria (art. 13 del D.Leg.vo n. 358/1992 sulle forniture), disciplina che, peraltro, risulta essere stata derogata, ancorché detto requisito possa pure assimilarsi ad elemento applicabile in via generale. All'uopo si rammenta che ciò

che viola il principio della libera concorrenza sul mercato è la previsione di un limite di fatturato talmente elevato da cagionare uno squilibrio sproporzionato del sinallagma contrattuale.

Nella fattispecie in esame, il requisito del fatturato triennale di cui ai contratti di appalto a cui afferiscono i decreti approvativi, risulta essere stato aggiunto rispetto a quanto indicato nel decreto ministeriale sotteso.

Infine, per inciso, per quanto attiene la sequenza procedimentale atto presupposto-atti esecutivi (Decreto del Ministero della Giustizia – Decreti approvativi), occorre precisare che il primo, dalle verifiche effettuate presso il dicastero in assenza di riscontro in tal senso da parte del Provveditorato, non risulta neanche essere stato registrato dalla Corte dei conti. Ma ancorché esso fosse stato debitamente registrato, tale circostanza non avrebbe incidenza alcuna serbandosi l'illegittimità degli atti esecutivi, perché, argomentando "a contrario", se fosse vero il postulato per cui ogni atto presupposto – sinanche perfettamente legittimo e registrato dalla Corte - comporterebbe l'intangibilità dei successivi atti esecutivi in via derivata e di riflesso – allora nessun atto esecutivo andrebbe in tali frangenti ammesso al visto e conseguente registrazione.

P.Q.M.

La Sezione Regionale di Controllo per le Marche ricusa il visto e la conseguente registrazione ai decreti in epigrafe.

Così deliberato nell'adunanza del 3 giugno 2005.

Il Presidente

F.to Giovanni Bencivenga

L'estensore

F.to Rosa Francaviglia

Depositata in Segreteria il 21 giugno 2005
p. Il Direttore della Segreteria
(F.to Angela Pezzi)