

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1800 - MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI VITTO E SOPRAVVITTO DEGLI ISTITUTI PENITENZIARI

Roma, 29 ottobre 2021

Ministro della Giustizia

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 19 ottobre 2021, in seguito ad alcune segnalazioni, ha inteso rendere le seguenti osservazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in merito ai bandi di gara aventi ad oggetto la *“Procedura aperta dematerializzata, in ambito europeo, finalizzata alla conclusione di un Accordo quadro per l'affidamento - con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi del combinato disposto degli articoli 60 e 95 e nel rispetto dell'articolo 34 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii. - del Servizio per il Vitto dei detenuti ed internati ristretti negli Istituti penitenziari per adulti, da svolgersi mediante l'approvvigionamento e fornitura di derrate alimentari necessarie al confezionamento di pasti giornalieri completi (colazione, pranzo e cena), con assicurazione, se non gestito direttamente dalla Direzione dell'Istituto, del servizio di vendita di generi extra-vitto (c.d. Sopravvitto)”* predisposti, su indicazione di codesto Ministero, dagli 11 provveditorati regionali di cui alla Tabella B allegata al d.p.c.m 15 giugno 2015 n. 84 che sostituisce la Tabella E allegata alla legge 395/1990.

I bandi in esame, strutturati in modo identico, prevedono solo astrattamente la possibilità che l'aggiudicatario si trovi a dover fornire, accanto al servizio di vitto, anche il servizio di sopravvitto¹ e, in ogni caso, nulla stabiliscono in merito al valore di quest'ultimo, in tal modo limitando la possibilità, per gli operatori che partecipano alla gara di formulare un'offerta consapevole che tenga, in altre parole, conto dei costi e dei margini derivanti dallo svolgimento dei servizi richiesti.

Tale aspetto non può considerarsi secondario, atteso che mina in radice la concorrenza per il mercato, poiché le imprese non sono in grado di esprimere una quotazione ragionevole del servizio di vitto,

¹ Si ricorda che il c.d. sopravvitto è disciplinato dall'art. 9 della Legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) che dispone: *“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”*.

non sapendo se e in che misura potranno contare sui margini derivanti dall'ulteriore, e solo eventuale, svolgimento del servizio di sopravvitto.

In particolare, considerato che il servizio di sopravvitto può raggiungere un valore non trascurabile, almeno pari al 50% di quello del vitto, potrebbero astrattamente essere presentate offerte troppo alte (perché non vengono considerati i margini derivanti dal servizio di sopravvitto) o offerte troppo basse (perché si ritiene di poter effettuare una compensazione con i guadagni derivanti dall'eventuale servizio di sopravvitto, che viene pagato direttamente dai detenuti).

Come noto, sulla questione è già intervenuto il Consiglio di Stato che ha rilevato le sopra richiamate criticità concorrenziali derivanti dall'abbinamento del servizio di vitto e del servizio, solo eventuale, del sopravvitto². Il Consiglio di Stato, in particolare, evidenziando la differenza tra gli istituti dell'appalto di servizi (per il servizio di vitto) e della concessione di pubblico servizio (per il sopravvitto), ha concluso che, nei bandi in esame, non “*vi è modo per un qualunque operatore economico di predisporre un'offerta economica consapevole e ponderata riferita al solo vitto, come sarebbe richiesto dalla lex specialis, senza doversi confrontare con le marginalità positive o negative rinvenienti dalla gestione parallela del servizio di sopravvitto*”.

Analogamente, la Corte dei Conti, in diverse delibere, ha sottolineato talune insuperabili criticità in siffatti bandi di gara ricadenti, a cascata, sui contratti a valle. Oltre a quanto già rilevato, la Corte dei Conti ha precisato che “*Emergono [...] profili di irragionevolezza nelle scelte dell'amministrazione che, in luogo dell'indizione di due diverse gare, una per l'affidamento dell'appalto di servizio di vitto e l'altra per la concessione del servizio di sopravvitto (con un proprio piano economico-finanziario) o, quantomeno, di una gara unica, comprensiva del valore di entrambe le commesse, ha imposto agli operatori di formulare offerte tali da considerare, in via di fatto, la mera eventualità di dover fornire anche il diverso servizio di sopravvitto, il cui valore non è stato, tuttavia, considerato nella base d'asta cui parametrare il prezzo offerto; di qui, il conseguente pregiudizio alla ricezione di offerte serie, adeguate e consapevoli e a un effettivo confronto concorrenziale su ciascuno dei due servizi da affidare.*”³.

Alla luce di quanto sopra esposto, l'Autorità auspica che codesta Amministrazione preveda, per le prossime procedure, adeguate forme di affidamento del servizio di vitto e sopravvitto attraverso la

² Il Consiglio di Stato, più nel dettaglio, ha chiarito che “*l'aver subordinato l'effettivo svolgimento del servizio di sopravvitto ad una scelta discrezionale della stazione appaltante del tutto imponderabile al momento della presentazione delle offerte, non può non determinare un'alea contrattuale strutturalmente diversa ed eccedente rispetto a quella ordinaria considerata dal richiamato art. 3, comma 1, lettera zz) del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto riferita non alle pur mutevoli dinamiche del mercato, a fronte delle quali è la professionalità dell'operatore economico a consentire il raggiungimento di un certo qual equilibrio finanziario e quindi di un utile, bensì alla stessa possibilità pratica di svolgere o meno l'attività di cui trattasi*”. Cfr. sentenze nn. 5781 (Lombardia) 5782 (Toscana), 5783 (Veneto) 5784 (Piemonte Liguria Valle d'Aosta), 5785 (Sardegna), 5786 (Toscana), 5787 (Lombardia), 5788 (Calabria), 5789 (Veneto) del 6 agosto 2021.

³ La Corte dei Conti ha, altresì, precisato che “*I dati forniti in ordine al valore economico del sopravvitto per il lotto in esame (superiore al 50 per cento del corrispondente valore del servizio di vitto indicato nel disciplinare di gara) inducono, altresì, a escluderne, anche sotto questo profilo, il carattere meramente accessorio rispetto al servizio principale e obbligatorio del vitto e a rilevare il rischio, nel meccanismo posto in essere, di improprie compensazioni, da parte delle imprese, tra minori costi del vitto e maggiori introiti ricavabili dal sopravvitto, potendo l'affidamento allo stesso soggetto dei due servizi essere foriero di un potenziale conflitto di interessi a discapito della qualità dei servizi alimentari primari offerti ai detenuti, per la qual cosa l'amministrazione è tenuta a vigilare diuturnamente con rigore estremo sulla qualità e quantità del vitto e sulla varietà e i prezzi imposti per il sopravvitto*”. Cfr. Corte dei Conti, sezione Regionale di controllo per il Lazio, Deliberazione n. 101 del 7 settembre 2021 relativa ai contratti del Provveditorato regionale dell'amministrazione penitenziaria per il Lazio, l'Abruzzo e il Molise.

chiara e completa indicazione del valore e dell'effettivo affidamento del servizio di sopravvitto, qualora, in base ad una propria scelta discrezionale, ritenga più efficiente affidare i due servizi con una gara unica.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli
