



Proroga tecnica e proroga contrattuale nel codice appalti 2023

Commento alla sentenza TAR Puglia, Bari, 23 ottobre 2023, n. 1243

Avv. Felice Piemontese

Consulente Area Giuridico Legale

Fondazione Logos P.A.

22 novembre 2023

STELLA

Sistema TELeumatico
Acquisti Regione Lazio



Sommario

1. Ricostruzione del fatto
2. Il *casus belli* ed i motivi del ricorso
3. Il *dictum* del TAR Puglia e l'inquadramento giuridico

Punto di partenza

- Stazione appaltante: Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico «Saverio de Bellis»
- Polygon S.p.A. (ex A.T.I. Tecnologie Sanitarie S.p.A. - Me.Di.Com. S.r.l.)
 - > aggiudicataria nel 2017 del **Servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali e ad alta tecnologia presenti nell'IRCCS «Saverio de Bellis»**
 - > lotto indivisibile
 - > durata del contratto (con avvio autorizzato il 02.05.2017) 5 anni, prorogabili di 1 anno
- Il servizio affidato comprendeva sia le tipologie di apparecchiature sia i servizi aggiuntivi ed in modo particolare la manutenzione delle apparecchiature elettromedicali piccola, media e alta tecnologia

La nuova procedura

- InnovaPuglia S.p.A. (soggetto aggregatore della Regione Puglia ex L.R. n. 37/2014)

> indizione nel 2020 della procedura, suddivisa in sei lotti, per l'affidamento dei **Servizi integrati per la gestione di apparecchiature elettromedicali delle aziende sanitarie della Regione Puglia**

> Poliedra Ingegneria Clinica S.r.l. aggiudicataria il 26.10.2020 del lotto 6 relativo agli I.R.C.S.S.:

1 – Istituto Tumori Bari Giovanni Paolo II

2 - Saverio de Bellis

- Il lotto 6 comprendeva solo le tipologie di apparecchiature (non anche i relativi servizi aggiuntivi) ed in ogni caso la manutenzione delle apparecchiature elettromedicali SOLO di piccola e media tecnologia

Lo stato dell'arte c/o I.R.C.C.S. Saverio de Bellis

**Contratto con
Polygon S.p.A.**

decorrenza 02.05.2017 per 5 anni
prorogabile di 1 anno

(termine 01.05.2022)

**Individuazione del nuovo operatore
economico in**

Poliedra Ingegneria Clinica S.r.l.

- a novembre 2020 l'IRCCS chiede alla società copia dell'offerta tecnica ed economica

MEDIO TEMPORE: Polygon S.p.A. comunicava a giugno 2021 di voler procedere ad una rinegoziazione delle condizioni contrattuali determinando, di fatto, una diminuzione del canone rispetto a quello aggiudicato dal soggetto aggregatore Innovapuglia S.p.A. oltre ad un'ulteriore miglioria del 2%.

Il casus belli

- I.R.C.C.S. «Saverio de Bellis», in conformità alla previsione prevista nel disciplinare di gara e nel contratto, **autorizza la prosecuzione del servizio in favore di Polygon S.p.A.** per ulteriori **12 mesi** (dal 01.05.2022 al 30.04.2023)
- La prosecuzione veniva giustificata *«nelle more della attivazione della procedura di approvvigionamento dei servizi esclusi dalla Gara Regionale»*
 - > I.R.C.C.S. de Bellis prendeva atto che il servizio aggiudicato dalla gara regionale in favore di Poliedra Ingegneria Clinica S.r.l. coincideva solo parzialmente con il servizio affidato a Polygon S.p.A.
- Contestualmente il de Bellis approva gli atti per l'**attivazione della procedura di approvvigionamento dei servizi esclusi dalla gara regionale** *«nelle more di dover aderire alla gara regionale pubblicata da InnovaPuglia S.p.A.»*

Il casus belli

- I.R.C.C.S. «Saverio de Bellis» con nota del 01.03.2023 disponeva inoltre la «**prosecuzione del servizio** da parte dell'operatore economico attuale (Polygon S.p.A., ndr) **per un periodo stimato di mesi 6, comunque limitato alla individuazione del nuovo fornitore** per la manutenzione delle apparecchiature elettromedicali ad Alta Tecnologia»

> dal 01.05.2023 al 30.10.2023

INSORGE POLIEDRA INGEGNERIA CLINICA S.R.L.

I motivi del ricorso

(che si dimostrerà infondato nel merito e sarà respinto)

Violazione e falsa applicazione art. 106, co. 11, d.lgs. n. 50/2016 – violazione art. 1.3. e 1.4. del disciplinare di gara IRCCS – violazione del principio di buon andamento (art. 97 Cost.)

SECONDO MOTIVO

PRIMO MOTIVO

Eccesso di potere per difetto dei presupposti – violazione e falsa applicazione art. 106, co. 11, d.lgs. n. 50/2016 – violazione art. 1.1. disciplinare di gara InnovaPuglia – violazione del principio di buon andamento (art. 97 Cost.)

N.B.: Il TAR Puglia, Bari in entrambi rigetta in ogni caso l'istanza cautelare proposta ai sensi dell'art. 55 c.p.a. per mancanza del *fumus boni iuris* (proroga contenuta a espletamento procedura di gara) e per insussistenza del *periculum in mora* (mancanza di prova in merito all'*an* ed al *quantum* del pregiudizio grave ed irreparabile).

Il primo motivo

Violazione e falsa applicazione art. 106, co. 11, d.lgs. n. 50/2016 – violazione art. 1.3. e 1.4. del disciplinare di gara IRCCS – violazione del principio di buon andamento (art. 97 Cost.)

○ Secondo POLIEDRA INGEGNERIA CLINICA S.R.L.

la seconda proroga tecnica disposta illegittimamente dall'I.R.C.C.S. «de Bellis» rappresenterebbe un «affidamento diretto sine die», non programmato rispetto alla scadenza del contratto

○ Secondo IL TAR

trattasi di mera proroga tecnica ex art. 106, comma 11, d.lgs. n. 50/2016 e non di un rinnovo contrattuale e/o di un affidamento sine die

finalità di garantire la necessaria continuità del servizio fornito espressamente contenuta entro i termini necessari alla conclusione delle procedure di gara

Il dictum del TAR Puglia

PROROGA CONTRATTUALE

- 1) poiché trova la sua fonte nella lex specialis di gara e/o nel contratto
- 2) circostanza negoziale già preventivata dall'Amministrazione e dall'operatore economico contraente

Art. 106, comma 11, d.lgs. n. 50/2016

La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante.

PROROGA TECNICA

- 1) sussiste nel caso in cui la durata del contratto viene modificata dall'Amministrazione, per cause ad essa non imputabili
- 2) ha lo scopo di garantire la continuità di un servizio essenziale, nelle more della conclusione della procedura di gara per scegliere il nuovo contraente
- 3) strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale a un altro

Lo strumento interpretativo del TAR Puglia

Art. 120, commi 10 e 11, d.lgs. n. 36/2023

Art. 120, comma 10, d.lgs. n. 36/2023

Nel caso in cui **nel bando e nei documenti di gara iniziali sia prevista un'opzione di proroga** il contraente originario è tenuto a eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante.

Art. 120, comma 11, d.lgs. n. 36/2023

In casi eccezionali nei quali risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto, è consentito, **per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura**, prorogare il contratto con l'appaltatore uscente qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, oppure nei casi in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare. In tale ipotesi il contraente originario è tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto.

*Secondo il giudice amministrativo, la proroga «tecnica» trova nel nuovo Codice una collocazione autonoma e sganciata dalla proroga conseguente all'esercizio del diritto di opzione e circoscritta in ogni caso a **ipotesi eccezionali**.*

Il confine tra proroga e rinnovo del contratto pubblico

○ PROROGA DEL CONTRATTO

si limita a spostare in avanti la scadenza conclusiva del rapporto
resta inalterato il regolamento negoziale

integrale riconferma delle precedenti condizioni (fatte salve quelle non più attuali) e prezzo originario immutato

○ RINNOVO DEL CONTRATTO

realizza una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti
vi è un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale tra le parti
modifica delle precedenti condizioni con specifiche manifestazioni di volontà (**negoziazione novativa**)

Eccesso di potere per difetto dei presupposti – violazione e falsa applicazione art. 106, co. 11, d.lgs. n. 50/2016 – violazione art. 1.1. disciplinare di gara InnovaPuglia – violazione del principio di buon andamento (art. 97 Cost.)

Il secondo motivo

○ Secondo POLIEDRA INGEGNERIA CLINICA S.R.L.

*la seconda proroga disposta dall'I.R.C.C.S. «de Bellis» sarebbe stata illegittima con riferimento **ai servizi inerenti la Gara Regionale InnovaPuglia**, dovendo l'IRCCS per tali servizi aderire immediatamente alla predetta gara alla scadenza del contratto già prorogato al 30.04.2023*

○ Secondo IL TAR

*la gara precedentemente aggiudicata a Polygon S.p.A. aveva ad oggetto un **«lotto indivisibile»***

PERTANTO tale lotto, per pianificazione del medesimo per come effettuata sin dal momento dell'elaborazione della lex specialis, non avrebbe potuto essere autonomamente e successivamente suddiviso dall'I.R.C.C.S. «de Bellis».

- non vi è inoltre alcun obbligo di aderire immediatamente alla gara di InnovaPuglia S.p.A.



felice.piemontese@unifg.it

Avv. Felice Piemontese
Consulente Area Giuridico Legale
Fondazione Logos P.A.

STELLA

Sistema TELeumatico
Acquisti Regione Lazio



REGIONE
LAZIO