



DELIBERA n. 576

del 28 luglio 2021

Fascicolo Anac n.1979/2020

Oggetto: Servizio di supporto alla gestione e alla manutenzione delle apparecchiature biomediche di proprietà della Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia ed in uso presso i presidi ospedalieri e territoriali. Stazione appaltante: Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia.

Riferimenti normativi

art. 2 comma 1 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163

art. 1, commi da 548 a 550 legge 28 dicembre 2015 n. 108

art. 57 comma 2, lett. c) d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163

57 comma 5, lett. b) d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163

Parole chiave

Acquisizione di beni e servizi nel settore della sanità

Proroga tecnica

Contratto cd. "ponte"

Controlli in fase di esecuzione del contratto di appalto

Massima

La proroga dei contratti pubblici cd. tecnica, ovvero quella diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento di una nuova procedura di gara, ha carattere eccezionale e di temporaneità, essendo uno strumento volto esclusivamente ad assicurare una data prestazione in favore della pubblica amministrazione, nel passaggio da un regime contrattuale ad un altro. L'utilizzo reiterato della proroga tecnica, che si traduce in una fattispecie di affidamento senza gara, comporta la violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, enunciati dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. 163/2006, oggi art. 30 comma 1 del d.lgs. 50/2016.

VISTO

l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di

vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

VISTO

il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modificazioni;

VISTO

il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici adottato con delibera n. 803 del 4 luglio 2018, pubblicato in G.U.R.I. Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2018;

VISTA

la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

Premesse

Nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo sui contratti pubblici attribuite all'Autorità dagli art. 211 e 213 del d.lgs. 50/2016, è stata effettuata una ricerca sul profilo di committente della Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia (di seguito Asl di Foggia o Asl), all'esito della quale è stato possibile verificare che il servizio di supporto alla gestione e alla manutenzione delle apparecchiature biomediche di proprietà ed in uso presso i presidi ospedalieri e territoriali della stessa Asl è eseguito dalla società Tecnologie Sanitarie S.p.A. con sede in Roma, sulla base di un contratto di appalto stipulato l'11 gennaio 2013, scaduto il 13 gennaio 2018. Successivamente, il servizio è stato affidato dalla Asl Foggia alla medesima società attraverso una serie di cd. proroghe tecniche.

Al fine di acquisire informazioni utili per valutare la sussistenza di eventuali margini di intervento, l'Autorità, con nota prot. n.30137 del 23.4.2020 ha inviato alla Asl di Foggia una richiesta di informazioni utili ai sensi dell'art. 13 comma 4 del Regolamento di Vigilanza del 4 luglio 2018. La Asl di Foggia ha riscontrato con relazione prot. n. 72264 del 24.7.2020, acquisita al prot. Anac n. 56710 del 24.7.2020, trasmettendo altresì la documentazione richiesta.

Valutata la documentazione acquisita agli atti, con nota prot. 40506 del 19.5.2021 l'Autorità ha comunicato alla Asl di Foggia ed alla Tecnologie Sanitarie S.p.A. (di seguito anche Tecnologie sanitarie) l'avvio dell'istruttoria avente ad oggetto gli affidamenti in proroga dell'appalto del servizio di supporto alla gestione e alla manutenzione delle apparecchiature biomediche di proprietà della Asl ed in uso presso i presidi ospedalieri e territoriali, nonché i controlli in corso di esecuzione eseguiti dalla stessa Asl.



La Asl di Foggia ha formulato le proprie controdeduzioni ai rilievi contenuti nella comunicazione di avvio dell'istruttoria con relazione acquisita al prot. Anac n. 48691 del 18.6.2021, depositando la documentazione richiesta, sostenendo la correttezza del proprio operato sia per quanto riguarda le proroghe dell'affidamento a Tecnologie Sanitarie S.p.A. sia per quanto riguarda i controlli in fase esecutiva.

Tecnologie Sanitarie ha formulato le proprie controdeduzioni con nota acquisita al prot. Anac n. 48813 del 21 giugno 2021, depositando la documentazione rilevante, sostenendo la correttezza dell'adempimento nella fase di esecuzione del contratto nonché la legittimità delle proroghe disposte dall'amministrazione.

In base alle risultanze istruttorie è emerso conclusivamente quanto segue.

Fatto

Con deliberazione del Direttore Generale n.1231 del 6 agosto 2012 l'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia ha aggiudicato alla società Tecnologie Sanitarie S.p.A. l'appalto avente ad oggetto il servizio di supporto alla gestione ed alla manutenzione delle apparecchiature biomediche di proprietà della stessa Asl. In data 11 gennaio 2013 è stato stipulato il contratto di appalto, che prevedeva una durata di 4 anni a decorrere dal 14 gennaio 2013, quindi con scadenza il 13 gennaio 2017, con possibilità di affidare all'appaltatore servizi analoghi per un successivo anno, così come previsto dal Capitolato speciale di appalto.

Il canone complessivo per i primi 4 anni era fissato in € 6.419.800,00 oltre Iva (pari a €1.604.950,00 all'anno). Il canone per l'eventuale affidamento dei servizi analoghi per il 5° anno era fissato in € 1.313.250,00.

Il canone veniva successivamente modificato in base alla rivalutazione Istat ed in ragione della variazione della consistenza delle apparecchiature coperte dal servizio.

Con deliberazione del Direttore Generale n. 1046 del 16 settembre 2014 è stata approvata una variante contrattuale di € 481.000,00 per ulteriori servizi rispetto a quelli previsti dal canone (implementazione montaggio frigoriferi; verifica gas anestetici e monitoraggio in continuo; verifica impianto elettrico locali medici, allestimento uffici) ed in data 16 marzo 2015 è stato sottoscritto il contratto integrativo al contratto di appalto dell'11 gennaio 2013.

Con deliberazione del Direttore Generale n. 1442 del 2 dicembre 2016 è stata attivata la possibilità, prevista dal contratto, di affidare i servizi per un ulteriore anno allo stesso appaltatore a decorrere dal 14 gennaio 2017 fino al 13 gennaio 2018, agli stessi patti e condizioni del contratto originario, per un canone complessivo di € 1.683.068,28 oltre Iva.

Con deliberazione del Direttore Generale n. 148 del 25 gennaio 2018 è stata quindi disposta una successiva proroga del servizio per 90 giorni a decorrere dal 14 gennaio 2018 e scadenza 13 aprile 2018.

Con Deliberazione del Direttore Generale n. 1862 del 17 dicembre 2018 è stata disposta una proroga del contratto per un periodo di 12 più ulteriori 6 mesi, ovvero dal 14 aprile 2018 al 13 ottobre 2019. Il canone annuo per i servizi di supporto alla manutenzione delle apparecchiature elettromedicali veniva fissato in € 1.960.000,00 oltre Iva. Veniva inoltre stimato un ulteriore costo

annuo di € 104.259,00 oltre Iva per il servizio di verifica dell'impianto elettrico dei locali medici di cui alla delibera del direttore generale n. 1046 del 16.9.2014.

La proroga è stata disposta al fine di garantire la continuità del servizio, con previsione di disdetta anticipata in caso di definitiva aggiudicazione e contrattualizzazione della gara regionale avente ad oggetto l'affidamento di Servizi Integrati per la Gestione di Apparecchiature elettromedicali delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia, indetta dal Soggetto Aggregatore InnovaPuglia S.p.A. con determinazione del 16 giugno 2017.

Con deliberazione del Direttore Generale n.1642 del 4 dicembre 2019 la Asl di Foggia ha disposto un'ulteriore proroga tecnica del servizio di cui si tratta di 12 mesi a decorrere dal 14 ottobre 2019 (e dunque scadenza al 14 ottobre 2020) per un importo di € 1.900.000,00 oltre Iva.

Ha inoltre disposto la proroga del servizio di verifica degli impianti elettrici dei locali medici per un importo di € 104.259,00 oltre Iva (l'importo complessivo della proroga ammonta dunque a € 2.499.676,68).

Con deliberazione del Direttore Generale n. 65 del 25 gennaio 2021 la Asl di Foggia ha disposto un ulteriore affidamento in proroga del servizio svolto dalla Tecnologie Sanitarie per 6 mesi agli stessi patti e condizioni, con decorrenza 14 ottobre 2020 e scadenza 13 aprile 2021, per un importo pari ad € 970.252,20 oltre Iva. L'affidamento è stato disposto con clausola di risoluzione alla data del subentro dell'operatore economico affidatario della gara regionale avente ad oggetto i servizi integrati per la gestione di apparecchiature elettromedicali delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia, aggiudicata dal Soggetto Aggregatore InnovaPuglia S.p.A. con provvedimento del 26 ottobre 2020.

Con Delibera del Direttore Generale n. 319 del 2 marzo 2021 la Asl di Foggia ha aderito alla gara effettuata dal Soggetto Aggregatore InnovaPuglia S.p.A. con conseguente affidamento del servizio al RTI H.C. Hospital Consulting/Consorzio Mediterraneo, sottoscrivendo il relativo contratto di appalto in data 1 aprile 2021 (Contratto Rep. n. 36 del 14.4.2021).

Per l'affidamento dei servizi non rientranti nell'oggetto della gara svolta dal Soggetto Aggregatore, con delibera del Direttore Generale n. 934 del 14 giugno 2021 la Asl ha indetto una procedura aperta avente ad oggetto il servizio biennale di verifica periodica degli impianti elettrici nei locali ad uso medico e controllo della temperatura dei frigoriferi biologici, dei congelatori da laboratorio e delle frigoemoteche su impianti tecnologici.

Con Delibera del Direttore Generale n. 935 del 15 giugno 2021 la Asl ha indetto una procedura avente ad oggetto il servizio di monitoraggio dei gas anestetici ed igienico-ambientale delle sale operatorie nei presidi ospedalieri della Asl di Foggia.

Diritto

1. Proroghe cd. tecniche

Come emerge dalla ricostruzione in fatto, a seguito della scadenza del contratto sottoscritto con Tecnologie Sanitarie, avvenuta il 13 gennaio 2018 (considerando l'opzione di prolungamento per il 5° anno) la Asl di Foggia ha fatto ricorso ad una serie di proroghe tecniche attraverso le quali la stessa società ha continuato a svolgere il servizio di cui si tratta fino al 13 aprile 2021.



Tali proroghe sono state motivate dalla necessità di non interrompere l'erogazione di tale peculiare servizio e sono state strettamente connesse con i tempi dell'espletamento della gara regionale indetta dal Soggetto Aggregatore della Regione Puglia InnovaPuglia S.p.A il 29 luglio 2017, avente ad oggetto l'affidamento dei servizi integrati per la gestione di apparecchiature elettromedicali delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia (Lotto 1).

Infatti, in base all'art. 1, commi da 548 a 550 della legge 208 del 28 dicembre 2015, gli enti del Servizio Sanitario Nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario individuate dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'articolo 9, comma 3, del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, avvalendosi in via esclusiva delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero di Consip S.p.A.

I servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali rientrano in tali categorie merceologiche.

In base a quanto dichiarato dalla Asl di Foggia, l'attivazione del contratto a seguito della gara indetta da InnovaPuglia S.p.A. (di seguito InnovaPuglia) era inizialmente stimata per il mese di settembre 2019; tuttavia la gara è stata aggiudicata il 15 gennaio 2020 (determinazione DG InnovaPuglia n. 5/2020).¹

InnovaPuglia ha trasmesso alla Asl di Foggia la documentazione tecnica relativa all'affidamento in data 3 novembre 2020.

Il provvedimento di aggiudicazione e gli atti della gara indetta da InnovaPuglia sono stati impugnati nel mese di marzo 2020 da alcuni concorrenti dinnanzi al Tar Puglia, Bari, Sez. III, che con sentenza n. 496 del 17 aprile 2020 ha accolto il ricorso annullando l'intera procedura a valle della nomina della Commissione di gara per tutti i lotti, salve le ulteriori determinazioni della Stazione appaltante sul prosieguo della gara.

La sentenza del Tar Puglia è stata impugnata dinnanzi al Consiglio di Stato, sez. III, che con sentenza n. 6433 del 23 ottobre 2020 ha accolto gli appelli e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, ha respinto il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Dunque, la proroga dell'affidamento del servizio a Tecnologie Sanitarie è stata motivata anche dalla necessità di attendere gli esiti del contenzioso giurisdizionale sull'affidamento della gara indetta dal Soggetto Aggregatore.

Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria sono stati richiesti chiarimenti in merito alla decisione della Asl di Foggia di affidare il servizio di cui si tratta ricorrendo alla proroga del contratto, anziché procedere con una cd. gara ponte.

Infatti il Ministero dell'Economia e Finanze ed il Ministero della Salute hanno fornito indicazioni agli Enti del Servizio Sanitario Nazionale per l'attuazione della norma sull'acquisizione di beni e servizi nel settore della sanità (nota del 19 febbraio 2016 prot. 20518/2016). E' stato chiarito che per le categorie merceologiche per cui vi è l'obbligo di approvvigionamento tramite Soggetto Aggregatore o Consip (tra cui i servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali) l'ente del Servizio Sanitario Nazionale verifica in primo luogo la presenza di

¹ Vi è stato inoltre un ulteriore provvedimento di aggiudicazione del 26 ottobre 2020, dovuto ad alcuni errori materiali contenuti nella precedente determina di aggiudicazione.

iniziative attive (ad esempio convenzioni) alle quali aderire presso il Soggetto Aggregatore di riferimento o presso Consip.

In assenza di iniziative attive, se il Soggetto Aggregatore di riferimento ha in programma un'iniziativa che tuttavia è in fase di avvio e comunque non è ancora perfezionata, è possibile ricorrere a varie fattispecie:

- a) stipula di un "contratto ponte" ai sensi dell'art. 57 comma 2, lett. c) del d.lgs. 163/2006 (procedura negoziata senza pubblicazione di bando) per lo stretto tempo necessario all'avvenuta attivazione del contratto da parte del Soggetto Aggregatore di riferimento o Consip, eventualmente inserendo clausola di autotutela che consenta di risolvere il contratto anticipatamente;
- b) stipula di un "contratto ponte", nel caso in cui il contratto in scadenza lo avesse previsto, ai sensi dell'art. 57 comma 5 lett. b) del d.lgs. 163/2006 per la ripetizione di servizi analoghi, per lo stretto tempo necessario all'avvenuta attivazione del contratto da parte del Soggetto Aggregatore di riferimento o Consip, eventualmente inserendo clausola di autotutela che consenta di risolvere il contratto anticipatamente;
- c) proroga del contratto, nel caso in cui vi sia espressa previsione nel bando di gara iniziale (con procedura aperta o ristretta) e nei termini in esso disciplinati, e comunque non oltre la data di attivazione del contratto da parte del Soggetto Aggregatore di riferimento o di Consip.

Vi è quindi un margine di discrezionalità in capo agli enti del Servizio Sanitario Nazionale per individuare la modalità di approvvigionamento del servizio di loro diretta pertinenza, nelle more del perfezionamento delle procedure di gara da parte dei Soggetti Aggregatori.

A riguardo la Asl di Foggia ha evidenziato di aver valutato non sussistenti le condizioni per l'espletamento di una procedura negoziata (gara ponte), soprattutto per quanto riguarda la tempistica, viste le particolari caratteristiche dell'appalto, che ha ad oggetto oltre 6 mila apparecchiature e vista la particolare complessità e delicatezza del servizio di manutenzione delle apparecchiature biomediche in uso ai presidi ospedalieri e territoriali, tenuto conto altresì che il passaggio di consegne al nuovo operatore economico avrebbe comportato un adeguamento ed integrazione dei servizi informatici in uso e la formazione del personale interno per l'utilizzo degli stessi. Ha evidenziato inoltre che a seguito di un accordo bonario ex art. 240 comma 4 del d.lgs. 163/2006, in precedenza sottoscritto con l'appaltatore per la definizione di alcune riserve, l'amministrazione avrebbe conseguito un vantaggio economico².

Inoltre, l'eccessivo prolungamento della gara indetta da InnovaPuglia e la mancata aggiudicazione della stessa, non avrebbe consentito la pianificazione e l'adozione di soluzioni alternative in grado di garantire la prosecuzione del servizio da parte della stessa Asl.

Tra l'altro, il Soggetto Aggregatore, attraverso avvisi diffusi sul proprio sito istituzionale, la pubblicazione dei verbali del Consiglio di Amministrazione, nonché riscontrando le richieste di

² A riguardo l'Autorità ha constatato che l'accordo bonario è stato raggiunto nel 2018 a tacitazione delle riserve di € 2.636,999,13 eccipite dall'appaltatore in quanto a seguito della ricognizione iniziale del parco apparecchiature era emerso che le stesse fossero il 57% in più rispetto a quelle previste nel bando di gara (6.049 anziché 3.850). L'accordo è stato raggiunto con la corresponsione della somma di € 1.879.866,50, corrispondente al cd. quinto d'obbligo.



informazione inoltrate dalla Asl, avrebbe ingenerato in quest'ultima la legittima aspettativa che la gara per i servizi di cui si tratta sarebbe stata attivata in tempi tali per cui avrebbero potuto verificarsi le problematiche circa l'indizione di una gara ponte come prima descritte (tempistiche, passaggio di consegna, impegno economico e di risorse).

Pertanto la Asl ha valutato che l'espletamento della cd. gara ponte prima, e poi l'adesione alla gara regionale avrebbe comportato un ripetuto e difficoltoso cambio di appaltatore.

Alla luce di tali circostanze la Asl di Foggia ha ritenuto che le proroghe disposte fossero conformi ai principi di efficienza ed efficacia, nonché di razionalizzazione della spesa pubblica, anche attraverso una valutazione comparativa delle utilità perseguite, avendo sempre quale obiettivo quello di garantire la continuità dei servizi assistenziali

Valutazioni

Con riferimento a quanto descritto si ritiene opportuno effettuare una premessa di carattere generale in tema di proroga del contratto di appalto, precisando che trattandosi di prosecuzione di un contratto sorto nel 2013, e dunque in vigenza del d.lgs. 163/2006, in base al Comunicato del Presidente dell'Autorità dell'11 maggio 2016, alle proroghe disposte dalla Asl di Foggia continuano ad applicarsi le norme dello stesso d.lgs. 163/2006.

A riguardo occorre considerare che nel nostro ordinamento vige il divieto di proroga e di rinnovo dei contratti pubblici, sancito dall'art. 23 della legge 18 aprile 2005 n. 62. La proroga ed il rinnovo si traducono infatti in una fattispecie di affidamento senza gara, con violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, enunciati dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. 163/2006, oggi art. 30 comma 1 del d.lgs. 50/2016 (Delibera Anac n. 304 del 1.4.2020).

L'Autorità e la giurisprudenza amministrativa hanno evidenziato come in materia di proroga dei contratti pubblici di appalto (come per il rinnovo) non vi sia alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4192).

A fronte del principio generale del divieto di proroga dei contratti pubblici, vi è una residuale facoltà, da parte della stazione appaltante, di ricorrere all'opzione di proroga cd. tecnica, ovvero quella diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento di una nuova procedura di gara.

Ad oggi la proroga d. tecnica è codificata dall'art. 106 comma 11 del d.lgs. 50/2016; tuttavia, anche prima dell'entrata in vigore di tale disposizione, cioè nella vigenza del d.lgs. 163/2006 che disciplina la fattispecie in esame, sia l'Autorità che la giurisprudenza ne hanno individuato i limiti di applicabilità.

L'Autorità ha messo in luce come la proroga tecnica abbia carattere eccezionale e di temporaneità, essendo uno strumento volto esclusivamente ad assicurare una data prestazione in favore della pubblica amministrazione, nel passaggio da un regime contrattuale ad un altro.

L'Autorità ha quindi individuato alcune ristrettissime ipotesi nelle quali la proroga può ritenersi ammessa, in ragione del principio di continuità dell'azione amministrativa, restringendo però tale possibilità a casi limitati ed eccezionali nei quali, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento, con le ordinarie procedure, di un nuovo contraente (ex multis, Deliberazione 19 gennaio 2011, n. 7, Deliberazione 19 dicembre 2012, n. 110, Deliberazione 19 settembre 2012, n. 82, Deliberazione 10 settembre 2008, n. 36, Deliberazione 6 ottobre 2011, n. 86; in giurisprudenza, Consiglio di Stato, V, 11 maggio 2009, n. 2882, Consiglio di Stato, V, 7 aprile 2011, n. 2151).

Anche la giurisprudenza ha evidenziato come per effetto dell'applicazione dei principi comunitari che considerano la proroga o il rinnovo di un contratto quale contratto nuovo, soggiacente a regole competitive, la proroga può essere concessa esclusivamente al fine di evitare l'interruzione delle attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l'espletamento della procedura di evidenza pubblica (Consiglio di Stato, sez. V, n. 2151/2011).

Più in dettaglio, in base all'interpretazione della norma fornita dall'Anac e dalla giurisprudenza amministrativa, affinché la proroga tecnica sia legittima, devono ricorrere i seguenti presupposti:

- la proroga deve rivestire carattere eccezionale, utilizzabile solo quando non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali, nei soli e limitati casi in cui vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Cfr. Cons. St., V, 11.5.2009 n. 2882; delibere Anac n. 36 del 10.9.2008; n. 86/2011; n. 427 del 2.5.2018);
- la proroga è ammessa solo quando ha carattere temporaneo, rappresentando uno strumento finalizzato esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro (c.d. contratto ponte);
- la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga (Parere Anac AG n. 33/2013);
- l'amministrazione non deve rendersi responsabile di ritardi nell'indizione della procedura di selezione del nuovo affidatario. Infatti la proroga tecnica trova giustificazione solo nei casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva esigenza di assicurare il servizio nelle more del reperimento di un altro contraente (TRGA di Trento, sentenza n. 382 del 20 dicembre 2018). In altre parole, la proroga tecnica è ammessa solo nei casi eccezionali in cui, per ragioni oggettive estranee all'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882; Parere ex Avcp AG 38/2013);
- l'opzione di proroga tecnica deve essere stata prevista nell'originario bando di gara e di conseguenza nel contratto di appalto.

Nel caso in esame il contratto stipulato dalla Asl di Foggia con Tecnologie Sanitarie ammetteva la possibilità di rinnovo contrattuale non oltre il 13 gennaio 2018, e dunque le successive reiterate proroghe tecniche, che di fatto si sono concretizzate in un affidamento senza gara, sono state disposte in carenza di una previsione contrattuale a riguardo.

Inoltre, ad eccezione di quella disposta con deliberazione del Direttore Generale n. 1442 del 2 dicembre 2016, tutte le successive proroghe sono state disposte, anziché antecedentemente alla



scadenza dell'affidamento, quando il precedente affidamento era già scaduto, a sanatoria di un servizio in parte già erogato, con efficacia retroattiva.

Per qualche lasso di tempo, pertanto, le prestazioni sono state eseguite in presenza di una forma di proroga/rinnovo tacito, in mancanza di un provvedimento espresso, che è stato emanato solo successivamente.

Fermi restando i rilievi sopra formulati, occorre contestualizzare le proroghe disposte dalla Asl di Foggia considerando da un lato, l'obbligo in capo alla stessa di approvvigionarsi tramite Soggetto Aggregatore nella categoria merceologica di cui trattasi, dall'altro lato il margine di discrezionalità in capo alla stessa Asl di ricorrere o meno alla gara ponte.

Dalle informazioni acquisite in corso di istruttoria è emerso che il modus procedendi della Asl di Foggia è stato determinato in primis dal protrarsi della procedura di gara indetta da InnovaPuglia (dal 2017 al 2020) a cui ha fatto seguito un contenzioso giurisdizionale che inizialmente, con la sentenza del Tar Puglia del 17 aprile 2020 ha dato luogo all'annullamento della gara, mentre successivamente, in esito alla Sentenza del Consiglio di Stato del 23 ottobre 2020 si è avuta conferma della correttezza della procedura.

A quel punto è stato possibile per la Asl aderire al contatto di InnovaPuglia, sottoscrivendo in data 1 aprile 2021 il contratto di appalto con il RTI H.C. Hospital Consulting/Consorzio Mediterraneo, vincitore del Lotto 1 della gara centralizzata e di conseguenza interrompere le proroghe del servizio alla Tecnologie sanitarie S.p.A. a far data dal 14 maggio 2021.

Le proroghe disposte dalla Asl non si sono quindi protratte oltre l'attivazione del contratto da parte del Soggetto Aggregatore, e comunque le determinate di proroga contenevano una clausola di recesso anticipato in caso di contrattualizzazione della gara regionale indetta da InnovaPuglia.

Si ritiene pertanto che, nel caso specifico, le motivazioni delle proroghe disposte dalla Asl di Foggia rappresentate nel corso dell'istruttoria non siano irragionevoli, tenuto conto sia della tempistica correlata alla consistenza numerica delle apparecchiature, sia della natura peculiare ed estremamente delicata del servizio, necessario per garantire la continuità delle prestazioni assistenziali.

Nel caso specifico non appare dunque irragionevole la scelta dell'amministrazione di ricorrere alla proroga tecnica in luogo dell'adozione della procedura negoziata finalizzata alla stipula di un contratto ponte.

La presente istruttoria non ha avuto ad oggetto lo svolgimento della procedura di gara indetta da InnovaPuglia, alla quale comunque si raccomanda una corretta e tempestiva programmazione degli acquisti ed una efficace gestione delle procedure di gara, al fine di assicurare un corretto avvicendamento degli aggiudicatari ed evitare il ricorso improprio alla proroga cd. tecnica quale ammortizzatore pluriennale delle inefficienze del sistema di acquisizione degli enti del Servizio Sanitario della Regione (cfr. Comunicato del Presidente dell'Autorità del 4 novembre 2015).

2. Controlli in corso di esecuzione

Per quanto riguarda l'esecuzione del contratto, nel corso dell'istruttoria è stato chiesto alla Asl di Foggia di illustrare lo svolgimento dei controlli da parte del responsabile del procedimento/direttore dell'esecuzione in merito alla conformità a tutti gli standard qualitativi richiesti nel

contratto e nel capitolato ed in merito all'adeguatezza della eventuale reportistica relativa alle prestazioni ed attività svolte dall'appaltatore, fornendo la relativa documentazione dal 2019 ad oggi, nonché gli atti relativi all'eventuale applicazione di penali.

La Asl di Foggia ha prodotto la relazione del direttore dell'esecuzione del 27 aprile 2020 (indirizzata al responsabile del procedimento) che ha specificato l'attività relativa ai controlli in corso di esecuzione eseguiti nel periodo 14 gennaio 2019/31 dicembre 2019, aventi ad oggetto le attività di manutenzione programmata, manutenzione preventiva, i controlli funzionali/qualità e le verifiche di sicurezza elettrica.

Il direttore dell'esecuzione ha rappresentato che l'attività di controllo relativa alla manutenzione preventiva, alle verifiche di sicurezza elettrica ed i controlli funzionali è stata eseguita su un campione di 232 apparecchiature, rispetto alle 6093 presenti in Azienda riportate nel piano di manutenzione relativo all'anno 2019. Ciò è avvenuto per esigenze organizzative ed in considerazione della notevole quantità di documentazione da verificare.

Per quanto riguarda la manutenzione correttiva delle apparecchiature, il direttore dell'esecuzione ha dichiarato che i controlli sono avvenuti sul piano formale e non sostanziale, cioè basandosi su quanto dichiarato dall'appaltatore nelle relative relazioni trimestrali e non sui fogli di lavoro.

La relazione ha individuato alcune criticità emerse in fase di controllo a campione, in particolare la mancata esecuzione di 26 attività programmate (10 manutenzioni preventive, una verifica di sicurezza elettrica e 15 controlli funzionali) e la mancata attivazione dell'abbonamento ECRI HTAIS e del web conference.

In data 30 luglio 2020 il responsabile del procedimento ha trasmesso all'appaltatore la citata relazione del direttore dell'esecuzione del 27 aprile 2020, chiedendo di controdedurre entro 30 giorni. Tecnologie Sanitarie ha riscontrato i rilievi formulati con nota del 25 agosto 2020 fornendo i relativi giustificativi.

Con nota del 17 febbraio 2021 il responsabile del procedimento ha comunicato all'appaltatore le determinazioni assunte in merito ai giustificativi presentati.

Il responsabile del procedimento, in ordine alle giustificazioni non accolte, non ha ritenuto di applicare alcuna penale (le penali sono disciplinate dall'art. 33 del Capitolato).

Tuttavia ha rilevato "una erogazione di prestazioni in favore dell'Azienda qualificabile come parziale, non avendo provveduto alla tempestiva comunicazione conseguente alle attività di supporto di cui al CSA".

Ha pertanto proposto a Tecnologie Sanitarie di raggiungere un accordo bonario proponendo all'appaltatore di provvedere alla ristorazione delle attività non eseguite in via compensativa ed equitativa, attraverso l'installazione a titolo gratuito di n. 4 data-logger destinati al monitoraggio e registrazione della temperatura in relativi 4 congelatori ubicati nella farmacia del Presidio Ospedaliero di Cerignola.

Tale proposta è stata accettata dall'appaltatore in data 4 marzo 2021 e la Asl di Foggia ha dichiarato che tali prestazioni sono state correttamente eseguite.



Valutazioni

Occorre premettere che il Capitolato speciale di appalto relativo al servizio oggetto di istruttoria prodotto dalla stazione appaltante in allegato alla nota di riscontro acquisita al prot. Anac n. 48691 del 18 giugno 2021, prevede, all'art. 38, un dettagliato sistema di controlli sull'esecuzione del contratto.

E' infatti previsto un controllo puntuale su ogni intervento eseguito sulle apparecchiature da parte del Consegnatario responsabile dell'apparecchiatura (CA) ovvero il dipendente individuato dalla Asl quale responsabile dell'apparecchiatura biomedicale assegnata.

E' previsto inoltre un ulteriore controllo da parte dei Referenti di Zona (RZ), ovvero il dipendente individuato dalla Asl per la gestione operativa della zona di sua competenza. Tale controllo viene effettuato sia attraverso la verifica della documentazione di rendicontazione periodica di cui all'art. 28 del Capitolato redatta dall'appaltatore (Rapporti di lavoro, Verbali di verifica di sicurezza, Verbali di controllo funzionale ecc.), sia attraverso la consultazione dell'archivio informatizzato, sia attraverso l'effettuazione di appositi controlli a campione.

L'attività di monitoraggio complessivo degli interventi eseguiti è demandata al Responsabile Aziendale per la gestione dell'appalto (RA), ovvero il Dirigente individuato dalla Asl cui è affidato o il compito di interfaccia unica e rappresentante della stessa Asl nei confronti dell'Assuntore. Si ritiene che tale figura possa essere individuata nel direttore dell'esecuzione del contratto.

In base al Capitolato la Asl si riserva inoltre la facoltà di vigilare sulla regolarità degli interventi eseguiti dall'appaltatore mediante verifiche e sopralluoghi, cui potrà essere tenuto a partecipare anche lo stesso appaltatore, a seguito di semplice richiesta verbale o scritta.

A fronte di una così capillare disciplina dell'attività di controllo, della cui effettuazione non sono state date evidenze nel corso dell'istruttoria, è emerso che il direttore dell'esecuzione ha effettuato i controlli relativi all'anno 2019 su un campione molto scarso, inferiore al 4% delle apparecchiature presenti oggetto dell'appalto (232 apparecchiature su 6093 presenti).

Inoltre, per quanto riguarda la manutenzione correttiva delle apparecchiature, lo stesso direttore dell'esecuzione ha dichiarato che i controlli sono avvenuti basandosi su quanto dichiarato dall'appaltatore nelle relative relazioni trimestrali, anziché verificare i fogli di lavoro.

Alla luce di quanto sopra, si rilevano carenze e criticità nell'effettivo svolgimento da parte della Asl dei controlli in fase di esecuzione del contratto di appalto. Si ritiene altresì che i motivi addotti dalla Asl per giustificare un'attività di controllo così limitata non possano avere rilevanza, tenuto conto delle disposizioni del Capitolato.

I controlli effettuati dalla Asl non appaiono quindi sufficienti ad assicurare una corretta, efficiente ed efficace verifica del rispetto delle previsioni e delle pattuizioni contrattuali.

Sotto altro profilo, all'esito del contraddittorio sulle criticità emerse in fase di controllo a campione, il responsabile del procedimento ha ritenuto che le "prestazioni parziali" eseguite dall'appaltatore, non fossero qualificabili come inadempimenti contrattuali.

Più nel dettaglio, in alcuni casi l'appaltatore ha dichiarato di non aver eseguito l'intervento in quanto nelle apparecchiature mancavano alcune componenti (kit di infusione, siringhe di calibrazione). Il responsabile del procedimento non ha accolto i giustificativi di Tecnologie Sanitarie in base alla seguente motivazione "si osserva che il contratto stipulato tra le parti ha ad oggetto

non solo le attività manutentive delle apparecchiature biomediche di proprietà della ASL ma anche le attività di supporto alla gestione delle stesse. Ne consegue che la ditta Tecnologie Sanitarie S.p.A. avrebbe dovuto provvedere ad informare celermente la ASL FG della carenza riscontrata, al fine di consentire alla stessa di provvedere e successivamente procedere, per quanto di propria competenza, alle attività manutentive contestate”.

A riguardo ci si limita ad osservare che, come più volte riportato nel Capitolato, la finalità del servizio di cui si tratta è quello di garantire, attraverso un'impresa che si assuma la responsabilità diretta delle funzioni manutentive e gestionali precisate nello stesso Capitolato, la massima funzionalità ed efficienza del parco tecnologico, nel rispetto delle condizioni di sicurezza e delle relative disposizioni di legge.

Inoltre, l'art. 10 del Capitolato prevede che nella gestione ed effettuazione degli interventi di manutenzione l'Assuntore deve segnalare eventuali anomalie al Responsabile aziendale.

Si ritiene quindi che nelle obbligazioni dell'appaltatore vi fosse anche quella di segnalare alla Asl il fatto che su determinate apparecchiature l'attività di controllo non poteva essere effettuata per mancanza di componenti delle apparecchiature stesse.

Si ritiene inoltre che una tale informativa possa essere ricompresa nel canone generale di buona fede oggettiva nell'esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 del codice civile, quale regola di condotta che deve ispirare le parti nell'esecuzione dei rapporti obbligatori e che si concretizza nei canoni di lealtà del comportamento di salvaguardia degli interessi dell'altra parte, indipendentemente dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali (Cass. Civile Sez. Unite 15 novembre 2007 n. 23726).

Si osserva infine che il Capitolato non prevede forme di compensazione (tantomeno in via equitativa) delle prestazioni parziali eseguite con prestazioni aventi ad oggetto forniture di prodotti o esecuzione di servizi di diversa tipologia, quali l'installazione a titolo gratuito dei data-logger.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, la modalità gestione da parte della Asl di Foggia delle criticità emerse in sede di controllo tecnico contabile per il periodo manutentivo relativo al 2019, risulta atipica e non conforme al Capitolato.

In base alle risultanze istruttorie e per quanto prima considerato, il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 28 luglio 2021

DELIBERA

- le proroghe tecniche del servizio di supporto alla gestione e alla manutenzione delle apparecchiature biomediche disposte dall'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia dal 14 gennaio 2018 al 13 aprile 2021 risultano effettuate in carenza di una specifica previsione contrattuale a riguardo, nonché in forma retroattiva, ad affidamento già scaduto;
- le proroghe tecniche appaiono tuttavia essenzialmente riconducibili al prolungarsi dei tempi della procedura di gara in corso da parte del Soggetto Aggregatore regionale di riferimento InnovaPuglia S.p.A e del successivo contenzioso giurisdizionale;



- l'attività di controllo in fase di esecuzione del contratto di appalto effettuata dalla Asl di Foggia per il periodo manutentivo relativo al 2019 risulta limitata e non sufficiente ai fini dell'adeguato accertamento della regolare esecuzione rispetto alle condizioni ed ai termini previsti nel contratto di appalto e nel Capitolato;
- la modalità gestione, da parte della Asl di Foggia, delle criticità emerse in sede di controllo tecnico contabile in corso di esecuzione risulta atipica e non conforme al Capitolato;
- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera all'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia, al Soggetto Aggregatore InnovaPuglia S.p.A. ed alla società Tecnologie Sanitarie S.p.A.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio

*Per Il Segretario
Maria Esposito*

Rosetta Greco