

Publicato il 07/10/2020

N. 05962/2020REG.PROV.COLL.
N. 03222/2020 REG.RIC.
N. 03322/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3222 del 2020, proposto da Carestream Health Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Zanetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Agfa Gevaert, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Piccinni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G.G. Belli, 39;

nei confronti

So.Re.Sa. S.p.A. non costituito in giudizio;

Asl Na 1 Centro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Margherita Pagano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Augusto Chiosi in Roma, viale Regina Margherita n. 269;

e con l'intervento di

Philips s.p.a., in qualità di terzo opponente e/o appellante incidentale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Zanetti con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Corso Vittorio Emanuele II n. 18, in qualità

sul ricorso numero di registro generale 3322 del 2020, proposto da A.S.L. Napoli 1 Centro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Margherita Pagano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Augusto Chiosi in Roma, viale Regina Margherita n. 269;

contro

Agfa Gevaert, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Piccinni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gianluca Piccinni in Roma, via G.G. Belli, 39;

nei confronti

Carestream Health Italia S.r.l. Capogruppo Mandataria Rti con - Contek S.r.l., So.Re.Sa. Società Regionale per la Sanità S.p.A. non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto ad entrambi i ricorsi:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. 01259/2020, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agfa Gevaert e di Asl Na 1 Centro nel ricorso n. 3222/2020, e di Agfa Gevaert nel ricorso n. 3322/2020;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal terzo opponente-ricorrente incidentale Philips S.p.A. nel ricorso n. 3222/2020;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1° ottobre 2020 il Cons. Giovanni Tulumello, e viste le istanze delle parti di passaggio in decisione in assenza di discussione orale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Agfa Gevart S.p.A. ha impugnato davanti al T.A.R. Campania, sede di Napoli:

1) con ricorso introduttivo, la deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro n. 56 del 18/01/2018 con la quale è stato disposto l'affidamento diretto, ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. b) D.lgs. 50/16, in favore del R.T.I. Carestream Health Italia – Contek S.r.l. del servizio Ris/Pacs con tecnologia Cloud occorrente ai presidi ospedalieri e territoriali dell'Asl Napoli 1 Centro, estendendo il contratto di appalto che aveva riguardo ad uno solo degli ospedali, ossia il Nuovo Ospedale della Zona Orientale di Napoli “Ospedale del Mare”;

2) con ricorso per motivi aggiunti, la deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 n. 606 del 29/03/2018, che ha confermato, con diversa motivazione, il precedente affidamento, chiedendo altresì la declaratoria di inefficacia dei contratti stipulati in base a tale provvedimento.

2. Con sentenza n. 1259/2020, pubblicata il 26 marzo 2020, oggetto degli odierni gravami, il TAR Campania, sede di Napoli – premessa l'affermazione, a seguito peraltro di pronuncia delle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione su regolamento di giurisdizione, della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativa - ha dichiarato il ricorso “in parte, improcedibile, quanto al ricorso introduttivo, in parte fondato, quanto alla impugnativa avverso la successiva deliberazione n. 606 del 29/03/2018”, affetta dai vizi di “violazione e falsa applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. b) D.lgs. 50/16 e dell'art. 6, comma 15 bis, della L.R. n. 24/12/2013 n. 28,

censurando l'illegittimità della delibera gravata, concretante sostanzialmente un affidamento diretto, adottato in assenza di preventiva autorizzazione Soresa e in elusione del principio di obbligatorietà della gara pubblica e della libera concorrenza”, in quanto “nel caso di specie, l'avvenuto mutamento della prestazione originaria (sostanziatosi nell'estensione ad altri nove presidi ospedalieri e territoriali che si aggiungono, pertanto, all'ospedale già destinatario del contratto di appalto, del servizio Ris/Pacs con tecnologia Cloud) si traduca, per il tramite dell'utilizzo della clausola di estensione e della stipula di un nuovo e diverso contratto (che costituisce un indice evidente dell'aliquid novi che la complessiva operazione realizza, risultando, altrimenti sufficiente la mera applicazione della clausola), nella sottrazione di tale segmento ulteriore della prestazione alle procedure ad evidenza pubblica”.

Il T.A.R. ha anzitutto rilevato che l'adozione della deliberazione n. 606/2018, sostanzialmente riprodottriva della precedente n. 56/2018, rispetto alla quale aggiunge una integrazione dal punto di vista motivazionale a seguito di una rinnovata istruttoria, assorbe e sostituisce l'atto confermato, “rendendo improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse la prima impugnativa dalla quale parte ricorrente non potrebbe ottenere alcun apprezzabile vantaggio o utilità”, precisando, tuttavia, che restano fermi i motivi aggiunti presentati dalla ricorrente.

I primi giudici hanno quindi dichiarato fondato il gravame introdotto con i motivi aggiunti avverso la deliberazione 606/2018, con i quali la Agfa lamentava la violazione e la falsa applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. b) D.lgs. 50/16 e dell'art. 6, comma 15 bis, della L.R. n. 24/12/2013 n. 28, censurando l'illegittimità della delibera gravata, concretante sostanzialmente un affidamento diretto, adottato in assenza di preventiva autorizzazione SO.RE.SA. nonché in elusione del principio di obbligatorietà della gara pubblica e della libera concorrenza.

A tal proposito, il T.A.R. ha ritenuto che, nel caso di specie, l'avvenuto mutamento della prestazione originaria, sostanziatosi nell'estensione ad altri

nove presidi ospedalieri e territoriali, oltre all'ospedale originariamente oggetto del contratto d'appalto, si sia tradotto nella non giustificata e non consentita sottrazione di tale segmento ulteriore della prestazione alle procedure ad evidenza pubblica e non sia riconducibile all'ipotesi disciplinata dall'art. 106, comma 1, lett. b) del D.Lgs. 50/2016, in assenza dei presupposti previsti da tale disposizione per derogare all'obbligo di gara.

3. Con ricorso in appello notificato e depositato in data 16.04.2020, rubricato al n. 3222/2020, la Carestream Health Italia s.r.l. (di seguito anche solo Carestream) ha impugnato la richiamata sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, del 26 marzo 2020, n. 1259.

La Philips S.p.A., in qualità di cessionaria del ramo d'azienda relativo al servizio PACS, è intervenuta con opposizione di terzo, depositato in data 17.04.2020 e notificato in pari data, chiedendo la nullità della sentenza per mancata integrazione del contraddittorio nei suoi confronti.

L'Azienda Sanitaria Locale Napoli Centro 1 (di seguito, anche solo ASL NA 1) si è costituita *ad adiuvandum* nel giudizio di appello, dichiarando di avere peraltro gravato con proprio ricorso la medesima sentenza.

Con autonomo ricorso in appello, notificato in data 21.04.2020 e depositato in data 22.04.2020, rubricato al n. di R.G. 3322/2020, l'Azienda Sanitaria Locale Napoli Centro 1 impugnava infatti anch'essa la medesima sentenza, chiedendo l'annullamento previa sospensione.

In data 23.04.2020 si è costituita altresì in giudizio la controinteressata Agfa Gevart S.p.A. (di seguito anche solo Agfa), al fine di resistere al presente appello.

In data 26.05.2020, l'Agfa ha depositato ulteriore memoria con riproposizione delle censure assorbite ex art. 101 comma 2 c.p.a.

La Philips S.p.A. e la Carestream, con motivi aggiunti notificati in data 22.06.2020, hanno altresì impugnato la sentenza relativamente alla parte in cui ha accolto il ricorso di primo grado per motivi aggiunti, annullando la deliberazione n. 606 del 29.03.2018 nonché alla parte in cui è stata dichiarata

l'inefficacia del contratto medio tempore concluso dalla data della relativa stipula.

La domanda cautelare proposta dall'appellante è stata accolta, in ragione della preminenza dell'interesse pubblico alla prosecuzione dell'affidamento e alla erogazione del servizio, con ordinanza n. 3214/2020 nel giudizio.

4. Con autonomo ricorso in appello notificato il 21 aprile 2020 e depositato il successivo 22 aprile, L'Azienda Sanitaria Locale Napoli Centro 1 ha impugnato la richiamata sentenza di primo grado.

In data 23.04.2020 si costituiva altresì in tale giudizio la controinteressata Agfa Gevart S.p.A., al fine di resistere al ricorso in appello.

Non si costituiva in giudizio Carestream Health Italia, che però, come detto, aveva impugnato la sentenza con autonomo gravame (rubricato al n. 3222/2020)

La domanda cautelare, dapprima rigettata con Decreto n. 2127/2020, è stata quindi accolta, in ragione della preminenza dell'interesse pubblico alla prosecuzione dell'affidamento e alla erogazione del servizio, con ordinanza n. 3215/2020 nel giudizio.

5. Entrambi i ricorsi sono stati definitivamente trattenuti in decisione all'udienza del 1° ottobre 2020.

6. Preliminarmente i ricorsi in appello devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 96, primo comma, cod. proc. amm., essendo relativi alla medesima sentenza.

Va peraltro osservato che, fino al presente provvedimento di riunione, i due giudizi risultano autonomi, con la conseguenza che le difese spiegate dalle parti in ciascun giudizio concernono quel singolo giudizio.

Risulta pertanto infondata l'affermazione contenuta nella memoria depositata il 18 settembre 2020 nel ricorso 3322/2020 dall'appellante ASL NA 1, secondo la quale "l'Agfa non ha depositato alcuna memoria di merito relativa al presente appello, risultando agli atti depositata una memoria di merito relativa all'altro giudizio iscritto al n. di R.G. 3222/2020 , volta pertanto a

contestare esclusivamente il ricorso ed i motivi aggiunti proposti dalla controinteressata Carestream Health Italia s.r.l. e dalla Philips s.p.a”.

Le memorie depositate da AGFA nel giudizio n. 3322/2020, pur se redatte con riferimenti fattuali e giuridici all’intera vicenda, sono rivolte contro la parte appellante espressamente e correttamente individuata, e sul piano sostanziale contengono eccezioni ed argomenti di difesa specificamente relativi al ricorso in appello proposto dalla ASL NA 1, come peraltro in alcuni punti (come meglio si dirà appresso) espressamente precisato.

7. Come accennato, la sentenza gravata:

a) ha dichiarato l’improcedibilità del ricorso introduttivo proposto dalla Agfa avverso la deliberazione del Direttore Generale dell’ASL NA 1 n. 56 del 18/01/2018, con la quale è stato disposto l’affidamento diretto, ai sensi dell’art. 106, comma 1, lett. b), D.Lgs. 50/2016 in favore del R.T.I. Carestream – Contek S.r.l. del servizio RIS/PACS con tecnologia Cloud occorrente ai presidi ospedalieri e territoriali dell’ASL NA 1, estendendo il contratto d’appalto originario che aveva riguardo ad uno solo degli ospedali, ossia il Nuovo Ospedale della Zona Orientale di Napoli “Ospedale del Mare”;

b) ha accolto il ricorso per motivi aggiunti, annullando la deliberazione del Direttore Generale dell’Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 n. 606 del 29/03/2018 di integrazione postuma della motivazione e gli atti presupposti;

c) ha dichiarato l’inefficacia del contratto concluso tra la controinteressata e l’Amministrazione resistente (rep. 220 dell’11.01.2018, sottoscritto in data 26.06.2018, rep. 311, posteriormente all’ordinanza cautelare di sospensione).

8. Va a questo punto esaminata in via pregiudiziale l’eccezione d’inammissibilità sollevata da Agfa con riferimento ad entrambi i ricorsi in appello.

L’appellata deduce l’inammissibilità del gravame per mancata impugnativa, ai sensi dell’articolo 101, c.p.a. del capo della sentenza che ha dichiarato l’inefficacia *ab origine* del contratto *medio tempore* stipulato, osservando che l’atto d’appello, di conseguenza, non sarebbe in grado di compromettere le sorti

della pronuncia impugnata, sopravvivendo un passaggio motivazionale (relativo alla violazione dell'art. 6, comma 15 bis, L.R. 24/12/2013, n. 28) avente autonoma idoneità a suffragare la decisione.

Sotto tale profilo, nel giudizio 3222/2020 l'appellante deduce che in nessun punto della sentenza di primo grado sarebbe possibile rinvenire la pretesa violazione del citato art. 6, comma 15-*bis*, L.R. n.28/2013, che, invero, il TAR si sarebbe limitato solamente a richiamare.

Ad ogni modo nel predetto giudizio Carestream e Philips, con motivi aggiunti, hanno provveduto, altresì, ad impugnare la sentenza nella parte in cui è stato accolto il ricorso per motivi aggiunti in primo grado, ed è stata dichiarata l'inefficacia del contratto *medio tempore* concluso dalla data della stipula, osservando che la delibera di estensione contrattuale non ha violato né l'art. 6, comma 15 bis, della L. R. 28/2013, né l'autorizzazione concessa da SO.RE.SA., poiché l'indicata disposizione regionale prevederebbe espressamente la previa autorizzazione da parte di SO.RE.SA. per la stipula dei contratti di acquisto e fornitura dei beni e attrezzature sanitarie e dei servizi non sanitari, ma non anche per le modifiche a contratti già precedentemente autorizzati, rimesse alla discrezionalità e alla valutazione della singola Stazione Appaltante.

A tal proposito, Agfa ha eccepito, oltre all'inammissibilità dei motivi aggiunti in appello per violazione dell'art. 104, comma 3, c.p.a, anche l'irricevibilità per tardività degli stessi, notificati da Carestream e Philips solamente in data 22/06/2020, a fronte della scadenza in data 16/05/2020 del termine breve di 30 giorni decorrente dalla data di notifica del ricorso in appello; con conseguente inammissibilità dell'originario ricorso in appello per difetto d'interesse.

9. Occorre procedere ad un esame dell'(identica) eccezione con riferimento alle (diverse) ricadute su ciascuno dei due ricorsi in appello, in ragione della diversità delle vicende processuali innestatesi su di essa.

Nel giudizio n. 3222/2020 l'eccezione di inammissibilità e di irricevibilità dei motivi aggiunti, e conseguentemente di inammissibilità del ricorso in appello di Carestream e dell'impugnazione proposta da Philips, sollevata da Agfa, è fondata.

L'art. 104 cod. proc. amm., per costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, “consente solo la proposizione di motivi aggiunti propri attraverso i quali i quali sono rilevati ulteriori vizi a sostegno della domanda di annullamento dei provvedimenti o degli atti già impugnati e non anche, come nella fattispecie la proposizione di motivi aggiunti impropri mediante i quali l'appellante propone nuove domande connesse a quelle già proposte (cfr. ex plurimis, Cons. St., Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69; CGA, 4 gennaio 2019, n. 4)” (così, da ultimo, V Sezione, sentenza n. 8239/2019).

10. Carestream obietta che, all'atto della proposizione dei motivi aggiunti, sarebbe stato ancora pendente il termine lungo d'impugnazione, sicché il ricorso per motivi aggiunti in appello dovrebbe configurarsi in questo caso quale legittima impugnazione integrativa della precedente.

Tale assunto non è condivisibile, alla luce della fondatezza anche dell'eccezione d'irricevibilità sollevata da Agfa.

Il ricorso in appello, introduttivo del giudizio n. 3222/2020, è stato notificato da Carestream il 16 aprile 2020.

Da tale data non può più ritenersi ancora decorrente il termine lungo per appellare, dal momento che la notifica del gravame ha, per giurisprudenza consolidata, efficacia bilaterale [in tal senso da ultimo Corte di Cassazione, sez. II civile, sentenza n. 474/2019, che ha richiamato il consolidato orientamento in forza del quale “la notificazione di un'impugnazione equivale (sia per la parte notificante che per la parte destinataria) alla notificazione della sentenza stessa ai fini della decorrenza del termine breve per proporre altri tipi di impugnazioni, la cui tempestività va accertata non soltanto con riguardo al termine di un anno dal deposito della pronuncia impugnata, ma anche con riferimento a quello di cui all'art. 325 c.p.c.”]. Sull'efficacia bilaterale

della notificazione della sentenza nel giudizio amministrativo di appello si veda altresì la sentenza di questo Consiglio di Stato, sez. VI, n. 6183/2019].

Lo stesso è a dire per Philips, che ha depositato il proprio gravame il 17 aprile 2020, notificandolo alle controparti in pari data: con la conseguenza che alla successiva data del 22 giugno 2020 era ormai decorso da tale notifica un termine (66 giorni) superiore a quello – dimezzato - stabilito dal combinato disposto degli artt. 92 comma 1, e 119 comma 2, cod. proc. amm., assumendo come decorrenza la data di notifica alle controparti del proprio ricorso.

Ne consegue che i motivi aggiunti in appello - notificati e depositati sia da Carestream che da Philips il 22 giugno 2020, dunque 67 giorni dopo la notifica del ricorso in appello eseguita da Carestream, e dopo 66 giorni della notifica del proprio atto d'impugnazione eseguita da Philips – ove considerati, secondo la tesi sopra richiamata, quali atti d'impugnazione “originari”, ovvero integrativi dei rispettivi atti introduttivi, legittimati come tali dalla pendenza del termine lungo, risultano irricevibili per tardività (ex art. 92, comma 1, e 119 comma 2, cod. proc. amm.), in ragione del difetto di presupposto di tale asserzione, vale a dire della (perdurante) pendenza del termine lungo pur a seguito della notifica dell'originaria impugnazione.

11. L'inammissibilità dei motivi aggiunti, rivolti contro il capo di sentenza che ha sancito l'inefficacia del contratto per violazione della disposizione regionale relativa alla preventiva autorizzazione, determina - in accoglimento dell'eccezione sollevata in proposito da Agfa - l'inammissibilità dell'appello di Carestream e del gravame di Philips, per difetto d'interesse.

Gli originari gravami di Carestream e di Philips non indicano specificamente fra i capi di sentenza impugnati quello relativo all'accertamento della illegittimità per violazione dell'art. 6, comma 15-*bis*, L. R.28/2013, a seguito della mancanza dell'autorizzazione preventiva di SO.RE.SA; né comunque contengono specifici profili di censura in argomento.

Il T.A.R., al punto VII.2.1. della sentenza impugnata, ha infatti specificato che “Con i motivi di gravame, parte ricorrente lamenta la violazione e falsa

applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. b) D.lgs. 50/16 e dell'art. 6, comma 15 bis, della L.R. n. 24/12/2013 n. 28, censurando l'illegittimità della delibera gravata, concretante sostanzialmente un affidamento diretto, adottato in assenza di preventiva autorizzazione Soresa e in elusione del principio di obbligatorietà della gara pubblica e della libera concorrenza. VII.2.2. *Le censure sono fondate?*

Risulta dunque *per tabulas* l'affermazione della sussistenza di entrambi i vizi (relativi alla difformità della deliberazione impugnata dai due paradigmi normativi costituiti, rispettivamente, dall'art. 106, comma 1, lett. b) D.lgs. 50/2016; e dall'art. 6, comma 15 bis, della L.R. n. 24/12/2013 n. 28: quest'ultimo, peraltro, riportato per esteso ai successivi punto B., B.1. e B.2. della sentenza).

Non è pertanto autorizzata dalla lettura della sentenza gravata l'affermazione per cui l'annullamento della deliberazione impugnata in primo grado sarebbe stato pronunciato esclusivamente in accoglimento della censura relativa alla violazione dell'art. dall'art. 106, comma 1, lett. b) D.lgs. 50/2016: ancorché i successivi passaggi della motivazione dedichino un maggiore approfondimento a tale questione, è evidente sia il significato formale della pronuncia, sia il suo contenuto sostanziale, dal momento che oltre ai passaggi motivazionali sopra richiamati anche la successiva confutazione delle tesi della parte resistente evidenzia una chiara inclusione del vizio in esame fra i profili di illegittimità del contratto accertati in giudizio.

La disposizione regionale di cui si tratta, peraltro, non è meramente riproduttiva di quella statale, ma commina una sanzione d'inefficacia negoziale in ragione della elusione di un diverso precetto sostanziale.

Ne consegue che la mancata impugnazione di tale capo di sentenza, se non con successivo gravame inammissibile ed irricevibile, determina, in accoglimento dell'eccezione in esame, l'inammissibilità per difetto d'interesse del gravame introduttivo proposto da Carestream e dell'impugnazione originaria di Philips, dal momento che le parti in questione non potrebbero

ritrarre alcuna concreta utilità dall'ipotetico accoglimento di tali mezzi, rimanendo ormai coperto da giudicato l'accertamento dell'autonomo vizio contrattuale operato dal capo non impugnato della sentenza di primo grado, concernente la nullità del contratto per violazione del citato art. 6, comma 15-*bis*, della L.R. n. 24/12/2013 n. 28.

Tali ricorsi devono essere dunque dichiarati inammissibili per difetto d'interesse.

12. Identica eccezione è stata sollevata da Agfa nel giudizio n. 3322/2020, con memoria depositata il 26 maggio 2020, anche nei confronti del ricorso in appello della ASL NA 1: a pag. 3 della ridetta memoria espressamente AGFA precisa che l'appello deve essere dichiarato inammissibile per avere (non solo Carestream, ma anche) "l'Asl fatto acquiescenza" al capo di sentenza di cui si discute.

L'eccezione – sviluppata alle pagine 5 e seguenti della memoria richiamata - è fondata per le medesime considerazioni già svolte a proposito del giudizio n. 3322/2020: l'appellante non ha gravato l'autonomo capo di sentenza contenente la declaratoria d'inefficacia del contratto per violazione dell'art. 6, comma 15-*bis*, della L.R. n. 24/12/2013 n. 28, né ha comunque svolto specifici motivi di appello relativi alla difformità degli atti censurati dal richiamato paradigma normativo.

Anche il ricorso in appello proposto dalla ASL Napoli 1 deve essere pertanto dichiarato inammissibile.

13. In conclusione, devono essere dichiarati irricevibili i motivi aggiunti proposti da Carestream Health Italia S.r.l. e da Philips s.p.a. nel ricorso n. 3322/2020, e per l'effetto devono essere dichiarati inammissibili il ricorso in appello n. 3322/2020 e l'atto d'impugnazione proposto in tale giudizio da Philips s.p.a.

Deve essere altresì dichiarato inammissibile per difetto d'interesse il ricorso in appello n. 3322/2020 proposto dalla ASL NA 1.

14. Le spese dei giudizi riuniti, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza virtuale.

Entrambi i ricorsi in appello, come pure il gravame proposto da Philips s.p.a. nell'ambito del giudizio n. 3222/2020, risultano infatti infondati per le considerazioni di seguito sinteticamente indicate.

14.1. In fatto risulta che nel giudizio di primo grado, dopo la pronuncia sul regolamento di giurisdizione, Agfa ha riassunto il giudizio con ricorso depositato il 7 novembre 2019, intimando Carestream quale parte controinteressata.

Carestream, il successivo 18/12/2019 ha depositato in giudizio il contratto di cessione di ramo d'azienda, quindi il 27/12/2019 una memoria, e il 1° gennaio 2020 una memoria di replica, difendendosi nel merito.

I successori delle parti a titolo universale o particolare, quali i cessionari di ramo d'azienda, non possono essere considerati come litisconsorti necessari pretermessi legittimati a proporre opposizione di terzo.

La Philips, infatti, non riveste la qualità di controinteressata, bensì di mera cointeressata, alla quale, per l'effetto, sarebbe stato consentito intervenire nel giudizio di primo grado con atto di intervento notificato alle altre parti costituite ai sensi dell'art. 50, comma 2, c.p.a.

Per costante giurisprudenza, infatti, la cessione del ramo di azienda integra una successione a titolo particolare nel rapporto, con la conseguenza che il giudizio prosegue tra le parti originarie (in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3342/2015).

È pertanto infondato il profilo di critica (primo motivo del ricorso in appello di Carestream; primo motivo dell'impugnazione proposta da Philips) rivolto contro la sentenza gravata in ragione dell'omessa integrazione del contraddittorio nei confronti della Philips S.p.A., cessionaria del ramo d'azienda relativo ai PACS, formulato sul presupposto che la stessa fosse controinteressata rispetto al ricorso di primo grado proposto da Agfa.

14.2. Correttamente il T.A.R. ha ritenuto infondata l'eccezione d'inammissibilità dei motivi aggiunti per mancata (autonoma e tempestiva) impugnazione della Relazione sull'estensione RIS/PACS del P.O. Ospedale del Mare prot. n. 20032/2018 del 16.03.2018, sottoscritta dal Direttore dell'UOC Servizi informatici, dal Coordinatore delle Attività Radiologiche e dal Direttore dell'U.O.C. Pianificazione Biotecnologie (primo motivo di appello di ASL NA 1), in quanto proprio le argomentazioni della parte appellante disvelano ulteriormente la natura di atto istruttorio endoprocedimentale e al più di atto d'impulso procedimentale della Relazione in esame: la quale, come correttamente ritenuto dai primi giudici, non ha avuto alcun effetto lesivo (autonomo) nei confronti di Agfa finché i suoi contenuti non sono stati recepiti in un provvedimento avente rilevanza esterna, che ha manifestato la volontà dell'Azienda di aderire a quello che fino a quel momento era null'altro che una proposta istruttoria.

La circostanza che fra i due atti corresse evidentemente un rapporto di presupposizione logica non incide evidentemente sulla superiore ricostruzione, dal momento che tale relazione viene ad esistenza e si apprezza solo nel momento in cui viene adottato il provvedimento presupponente, dotato di effetti giuridici lesivi per il ricorrente in primo grado.

14.3. Nelle more del giudizio di primo grado Agfa è risultata aggiudicataria della procedura di evidenza pubblica indetta da SO.RE.SA. avente oggetto asseritamente coincidente con quello del provvedimento impugnato, ed ha sottoscritto il relativo accordo quadro, prodotto in giudizio.

Nondimeno, essa aveva ed ha interesse alla pronuncia sulla legittimità degli atti impugnati nel giudizio conclusosi con la sentenza oggetto dell'odierno gravame, in quanto proprio la validità ed efficacia di tali atti impedisce di dar seguito ai contratti a valle dell'accordo quadro, dal momento che attualmente l'esistenza, la validità e l'efficacia di tali titoli, sulla base dei quali è stato organizzato (con Carestream) il relativo servizio, impediscono che il ridetto

accordo possa avere effetti soddisfattivi nei confronti del ricorrente di primo grado.

La rimozione degli atti impugnati è dunque, in concreto, condizione per l'operatività dell'aggiudicazione dell'appalto SO.RE.SA, e per il connesso soddisfacimento nell'attualità dell'interesse di Agfa.

La stessa ASL NA 1, nella memoria depositata in data 14 settembre 2020, ammette del resto che "SORESA ha solo da ultimo sottoscritto la convenzione con gli aggiudicatari dell'accordo quadro (solo dopo seguiranno le gare per gli appalti specifici)".

Le gare per gli appalti specifici relative agli ambiti oggetto del presente giudizio, allo stato non bandite, sono precluse dalla circostanza che i relativi servizi sono in atto gestiti sulla base di altro titolo (quello qui in contestazione)

Correttamente, pertanto, il primo giudice ha respinto l'eccezione d'improcedibilità del ricorso per motivi aggiunti per sopravvenuta carenza d'interesse (secondo motivo del ricorso in appello Carestream; prima parte del secondo motivo di appello di ASL NA 1).

14.4. In relazione ai motivi di merito prospettati da tutte le parti che hanno impugnato la sentenza oggetto dei giudizi riuniti, va anzitutto osservato che l'ordinanza cautelare n. 1557/2018, resa da questa Sezione nel corso del giudizio di primo grado, e l'ordinanza cautelare n. 3215/2020, resa invece nel giudizio di appello, non hanno in alcun modo preso posizione sul profilo del *fumus boni juris*, essendosi limitate a disporre una misura interinale in considerazione (esclusivamente) del *periculum in mora*.

La prevalenza dell'interesse pubblico è stata infatti, all'evidenza, affermata con riferimento al bilanciamento fra le contrapposte esigenze delle parti, nelle more dello svolgimento del giudizio (e dunque sul piano cautelare).

Inoltre, il richiamo operato dalla citata ordinanza n. 1557/2018 all'art. 106, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016 ha, all'evidenza, un significato esclusivamente qualificatorio della fattispecie (conforme, peraltro, alla

qualificazione espressamente recata dalla stessa deliberazione n. 606 del 29 marzo 2018), e dunque non autorizza in alcun modo l'affermazione per cui "il Consiglio di Stato, seppure in sede di delibazione sommaria, ha ritenuto sussistente la fattispecie di una (legittima) modificazione del contratto", come sostenuto nel ricorso in appello Carestream.

Viceversa, il Decreto Presidenziale n. 2127/2020, reso nel presente giudizio di appello (n. 3322/2020), ha chiaramente affermato che "l'appellante propone, quanto al merito, profili che dovranno essere approfonditamente valutati nella sede collegiale ed in contraddittorio, in ordine a motivazioni della appellata sentenza che sembrano peraltro non discostarsi dalla giurisprudenza di questo Consiglio".

Come correttamente ritenuto dal T.A.R., con motivazione che resiste alle censure proposte nelle impugnazioni proposte da tutte e tre le parti, lo strumento [previsto dall'art. 106, comma 1, lett. *b*) del d. lgs 18 aprile 2016, n. 50] utilizzato nel caso di specie per l'affidamento in questione, assolutamente derogatorio rispetto al principio del confronto concorrenziale e alla regola della gara, è rigidamente perimetrato da una serie di presupposti non riscontrabili nel caso di specie:

In particolare, l'oggetto della modifica dell'originario contratto deve avere riguardo a lavori, servizi o forniture:

- "supplementari" rispetto all'iniziale oggetto negoziale;
- "resisi necessari" (dunque, per necessità insorta successivamente all'originaria aggiudicazione);
- non ricompresi nell'appalto iniziale.

Inoltre, in aggiunta alle superiori condizioni, la disposizione richiede che la messa a gara comporti, con il possibile cambio di contraente sia il mancato rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale, ovvero altre difficoltà di tipo economico o tecnico in tal senso; sia notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi per l'ente aggiudicatore.

Nella fattispecie dedotta difetta anzitutto il requisito del carattere supplementare del servizio aggiuntivo, dal momento che l'oggetto del provvedimento censurato è la mera estensione del medesimo servizio a presidi ospedalieri e territoriali (così, letteralmente, il provvedimento della Asl Na 1) rispetto a quello originario: come ammette sia la stessa delibera n. 606 impugnata in primo grado (allorché qualifica il proprio contenuto dispositivo come “aumento del 48,3% del valore iniziale del contratto”), sia Carestream a pag. 12 della memoria depositata in data 14 settembre 2020 nel giudizio 3222/2020 (allorché definisce qualitativamente identico “il contenuto della prestazione oggetto dell'estensione”, ancorando viceversa l'attributo “supplementare” ad un incremento quantitativo dell'originaria prestazione negoziale).

Invero la nozione di servizi supplementari, dovendo essere interpretata sia in adesione al suo significato letterale che con il rigore imposto dalla deviazione dalle regole concorrenziali che essa (eccezionalmente) importa, ha riguardo non già a prestazioni meramente aggiuntive, bensì a prestazioni ulteriori, funzionalmente connesse a quella originaria, che la integrino in quanto necessarie (per ragioni sopravvenute) ad assicurare quest'ultima: laddove l'estensione controversa ha riguardo a presidi ospedalieri altri ed autonomi rispetto a quello oggetto del contratto aggiudicato mediante gara.

Ciò refluisce anche sulla mancanza dell'ulteriore requisito della documentata esistenza di significative difficoltà di tipo tecnico correlate al cambio di contraente, attesa proprio la diversità degli ambiti ove avrebbe dovuto essere resa la prestazione, e la conseguente autonomia logistica degli stessi in assenza di contrarie risultanze, non acquisite al procedimento né al giudizio.

La citata deliberazione n. 606 del 29 marzo 2018 motiva infatti – mediante rinvio alla richiamata Relazione del 16 marzo 2018 - con riferimento a pretesi “vantaggi di natura tecnica” e all’ “indubbio vantaggio economico” derivanti dall'estensione del contratto, ma non anche in relazione ai “notevoli disguidi” o altre difficoltà di natura tecnica derivanti dal rispetto delle regole

concorrenziali e di evidenza pubblica: la disposizione primaria che consente la deroga all'obbligo della gara richiede però, rigorosamente, non la generica sussistenza di un vantaggio di tipo tecnico, ma piuttosto la sussistenza di un requisito logicamente simmetrico e speculare, vale a dire la documentata impossibilità di interazione rispetto agli strumenti dell'appalto iniziale.

Sul punto va poi conclusivamente precisato che anche la stessa verifica del presupposto normativo costituito dal mancato rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale, ovvero da altre difficoltà di tipo economico o tecnico causate dal cambio di contraente, deve tener conto del fatto che la disposizione in esame è dettata in relazione ad un'estensione che presuppone l'unitarietà dell'oggetto negoziale, e non - come riscontrato nella fattispecie in esame - l'autonomia logistica delle prestazioni aggiunte rispetto a quelle originariamente pattuite.

Sotto tale profilo le esigenze di connessione operativa enfatizzate dalla deliberazione n. 606 sono cosa diversa da quelle richieste dal citato art. 106 d. lgs. 50/2016, perché rilevano su un piano di mera opportunità aziendale a fronte di prestazioni analoghe ma distinte, e non su quello della rigorosa ed oggettiva necessità di garantire l'esecuzione di un contratto funzionalmente unitario.

14.5. La sentenza oggi impugnata del tutto legittimamente ha dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato, ancorché esso, fosse stato "sottoscritto proprio a seguito della riforma da parte del Consiglio di Stato dell'ordinanza cautelare del TAR che aveva accolto la sospensiva del provvedimento di estensione impugnato" (terzo motivo di appello di ASL NA 1; ultimo motivo dell'appello Carestream): dal momento che l'ordinanza cautelare d'appello ha un'efficacia provvisoria ed interinale, limitata al periodo necessario allo svolgimento del giudizio, ma non limita evidentemente i poteri del giudice della cognizione che definisca quel giudizio. Il contratto non è stato ritenuto illegittimo (ed inefficace) perché stipulato nella vigenza di una sospensione

cautelare degli effetti del provvedimento (amministrativo) abilitante, ma perché *contra legem* sul piano sostanziale all'esito dell'accoglimento della domanda di caducazione del provvedimento presupposto.

14.6. I motivi aggiunti in primo grado sono stati proposti da AGFA facendo riferimento, nell'intestazione dell'atto, alla "procura telematica in atti".

La procura rilasciata per il ricorso introduttivo contemplava anche la proposizione dei motivi aggiunti (fermo restando comunque il disposto dell'art. 24 cod. proc. amm., e constatata la mancanza di una diversa indicazione da parte del rappresentato).

L'improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza d'interesse, per essere stato il provvedimento impugnato sostituito da quello poi gravato con motivi aggiunti, non incide sulla validità del mandato in quanto non priva evidentemente di efficacia la procura così rilasciata, dal momento che non travolge la validità del ricorso introduttivo ma solo la delibazione dell'interesse a coltivarlo ulteriormente (proprio in ragione della pacifica connessione fra i provvedimenti oggetto dei due ricorsi); non essendo dunque il ricorso per motivi aggiunti un'impugnazione autonoma, correttamente è stato notificato alle controparti presso il domicilio eletto all'atto della costituzione in giudizio (dal che l'infondatezza del terzo e del quarto motivo del ricorso in appello Carestream).

15. La conferma della sentenza impugnata, che ha accolto il ricorso di primo grado, mantiene ferme – sul piano della caducazione dell'affidamento conseguente ad estensione della precedente aggiudicazione, e della conseguente inefficacia del contratto – le statuizioni contenute nel suo dispositivo.

La presente sentenza è redatta ai sensi dell'art. 120, commi 9 (come modificato dall'art. 4, comma 4, lett. a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dall'art. 1, comma 1, della legge 11 settembre 2020, n. 120) e 10, del codice del processo amministrativo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sui ricorsi in appello, come in epigrafe proposti, riuniti i ricorsi: dichiara irricevibili i motivi aggiunti proposti da Carestream Health Italia S.r.l. e da Philips s.p.a. nel ricorso n. 3222/2020, e per l'effetto dichiara inammissibile il ricorso in appello n. 3222/2020 e l'atto d'impugnazione proposto in tale giudizio da Philips s.p.a.;

dichiara inammissibile il ricorso in appello n. 3322/2020.

Condanna Carestream Health Italia S.r.l., ASL Napoli 1 Centro, e Philips s.p.a., in solido fra loro, al pagamento in favore di Agfa Gevaert delle spese dei giudizi riuniti, liquidate in complessivi euro quindicimila/00, oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1° ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO