

Civile Ord. Sez. U Num. 28211 Anno 2019

Presidente: TIRELLI FRANCESCO

Relatore: DI VIRGILIO ROSA MARIA

Data pubblicazione: 31/10/2019

### **ORDINANZA**

sul ricorso 8852-2018 proposto da:

CARESTREAM HEALTH ITALIA S.R.L., in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento con Contek s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 18, presso lo studio dell'avvocato ANDREA ZANETTI, che la rappresenta e difende;

**- ricorrente -**

**contro**

420  
19

4

AGFA GEVAERT S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G.G. BELLI 39, presso lo studio dell'avvocato GIANLUCA PICCINNI, che la rappresenta e difende;

**- controricorrente -**

**nonchè contro**

AZIENDA SANITARIA LOCALE NAPOLI 1 CENTRO, SO.RE.SA. S.P.A.;

**- intimati -**

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 619/2018 del TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE di NAPOLI.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 24/09/2019 dal Presidente ROSA MARIA DI VIRGILIO;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale ANNA MARIA SOLDI, il chiede che la Corte di Cassazione, in camera di consiglio, dichiari inammissibile il ricorso o comunque ne disponga il rigetto con la conseguente affermazione che la giurisdizione a conoscere della controversia appartiene al giudice amministrativo.

La Corte,

Rilevato che:

A seguito di gara ad evidenza pubblica, indetta dalla ASL Napoli 1 Centro per l'affidamento del servizio PACS relativamente al presidio Ospedale del Mare, a cui avevano partecipato la Carestream Health Italia s.r.l., capogruppo del R.T.I. costituito con Contek, e la Agfa Gevaert s.p.a., veniva sottoscritto il 15/11/2017 il contratto d'appalto tra la ASL e la Carestream, risultata aggiudicataria; ASL Napoli 1 Centro, in considerazione della necessità di estendere il servizio PACS anche ad altri presidi ospedalieri e prospettando di esercitare una facoltà contrattualmente prevista, decideva di estendere detto servizio agli altri nove presidi ospedalieri, inizialmente non previsti in

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

4

contratto, alle medesime condizioni economiche di aggiudicazione del lotto 2;

Agfa Geavert s.p.a. ha impugnato avanti al Tar della Campania la deliberazione del Direttore Generale n. 56 del 18/1/2018, nonché gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, chiedendo l'annullamento o la declaratoria di inefficacia di detti atti nonché del contratto nelle more eventualmente stipulato, ed ha formulato istanza cautelare, che è stata accolta con ordinanza n.321 del 1/3/2018, ritenendosi il Tar fornito di giurisdizione e considerando illegittima l'estensione contrattuale;

Ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione Carestream; si è difesa la sola Agfa Gevaert, sostenendo la giurisdizione del Giudice amministrativo;

Il P.G. ha concluso ex art. 380 *ter* cod. proc. civ. per l'inammissibilità, ed in subordine, il rigetto del ricorso, con la conseguente statuizione della giurisdizione del giudice amministrativo;

Ambedue le parti hanno depositato memoria ex art. 380 *ter*, comma 2, cod.proc.civ.

Rilevato che:

1.La ricorrente sostiene che l'atto aggiuntivo sospeso ("Atto aggiuntivo al contratto n. rep. 220 del 11.01.18 di estensione del servizio PACS con tecnologia Cloud alle strutture ospedaliere e territoriali della ASL Napoli 1 Centro"), pienamente legittimo in forza della facoltà di apportare variazioni prevista espressamente in contratto, attiene alla fase esecutiva del contratto stesso; che, inoltre, l'atto di estensione richiama espressamente la modifica in corso di esecuzione disciplinata al comma 1, lett.b), dell'art. 106 del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50, ossia la fattispecie della variazione del contratto per l'affidamento all'appaltatore originario di lavori, forniture e servizi supplementari, che nel previgente codice degli appalti, ex d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, era ricondotta ad una delle

ipotesi di procedura negoziata senza preliminare pubblicazione del bando di gara, e, precisamente, a quella di cui all'art.57, comma 5, lett.a), il che prova la scelta del legislatore di trasferire detta fattispecie dalla fase di scelta del contraente alla fase di esecuzione del contratto;

Secondo Carestream, il Tar nell'ordinanza di sospensione ha confuso la questione di giurisdizione con la diversa e distinta questione della legittimità o meno dell'estensione; ha ritenuto dirimente l'assenza delle necessità sopravvenute, confondendo la fattispecie di cui alla citata lett.b), con l'ipotesi di cui alla lett.c) dell'art.106, comma 1, d.lgs. 50/2016, ed ha inteso che le prestazioni supplementari debbano essere diverse, ma rese nei confronti del medesimo presidio ospedaliero, mentre è più aderente alla lettera ed alla *ratio* della norma cit., intesa unitamente al comma 7 dell'art.106 cit., concludere nel senso che la modifica debba essere solo quantitativa;

Né vi è stata alcuna violazione delle procedure ad evidenza pubblica, trattandosi nel caso di una legittima variazione contrattuale e non di un affidamento senza gara; né l'autorizzazione della SO.RE.SA. escludeva che il contratto all'esito della gara autorizzata potesse essere modificato.

2.Il ricorso va respinto, e va dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

In via preliminare, va ritenuta l'ammissibilità del ricorso.

Ora, è vero che la ricorrente indirizza per la gran parte le proprie doglianze, tra l'altro svolte anche in relazione al merito della controversia, nei confronti della decisione cautelare resa dal Tar della Campania, ma non può concludersi nel senso di ritenere che il regolamento preventivo sia finalizzato a contrastare solo la statuizione contenuta nell'ordinanza in oggetto, avuto riguardo in particolare al rilievo centrale di cui a pag.6 del ricorso, in cui la parte richiama il principio attributivo della spettanza della controversia al

4

giudice amministrativo, per trattarsi di atto di estensione contrattuale, attinente alla fase esecutiva.

Non può ritenersi pertanto che nella specie sussista il profilo di inammissibilità evidenziato nelle pronunce Sez. U. 17/3/2017, n. 6964, del 20/6/2014, n. 14041, del 19/1/2007, n. 1144, secondo il quale la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione non è preclusa dall'emanazione di un provvedimento cautelare in corso di causa, poiché questo non costituisce sentenza, neppure qualora risolva contestualmente la questione di giurisdizione, tranne che la questione medesima sia stata riferita al solo procedimento cautelare e il regolamento sia stato proposto per ragioni che attengono ad esso in via esclusiva.

Tanto premesso, va tenuto conto del principio costantemente espresso, e ribadito tra le ultime nelle pronunce Sez.U. 26/7/2019, n. 20403 e 31/7/2018, n. 20350, secondo il quale la giurisdizione si determina in base alla domanda e, ai fini del riparto, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il *petitum* sostanziale, che va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione.

Ora, come reso evidente dall'esame del ricorso Tar della Campania, a cui questa Corte può accedere direttamente atteso che in materia di giurisdizione, così come tutte le volte in cui la censura abbia ad oggetto la violazione di una norma processuale, è anche giudice del fatto( così tra le tante le pronunce Sez.U. 8/6/2007 n. 13397 e 10/7/2003, n. 10840), Agfa Gevaert ha chiesto la declaratoria di illegittimità ed il conseguente annullamento degli atti impugnati, facendo valere l'elusione dei principi della gara pubblica, contestando, sul piano del merito, la ricorrenza dei requisiti legittimanti la modifica

4

contrattuale ex art.106, comma 1, lett.b) del d.lgs. 50/2016 e l'assenza della preventiva autorizzazione di Soresa.

Ciò posto, va considerato che, come ribadito, tra le altre, nella pronuncia Sez.U. 16/1/2018, n. 895, la giurisdizione esclusiva, configurata per le procedure di evidenza pubblica tese alla ricerca dell'aggiudicatario negli appalti di lavori servizi e forniture, conduce alla identificazione di un'area nella quale sono in campo interessi legittimi e diritti soggettivi in correlazione tra di loro (Corte Cost. n. 204 del 2004).

E' proprio l'esercizio del potere autoritativo che consente di configurare quella particolare materia prefigurata dai costituenti nell'intreccio tra diritti del privato, da un lato, e interessi e poteri della P.A., dall'altro (Cass. Sez. Un. n. 25516 del 2016): in altri termini, è solo la parte che tocca comunque l'esercizio del potere amministrativo che può essere legittimamente devoluta alla giurisdizione esclusiva del comparto TAR - Consiglio di Stato, dovendo ritenersi attribuite alla giurisdizione civile le controversie ogniqualvolta non si determini l'intreccio tra diritti privati e interessi/poteri pubblici, giacchè in questa seconda fase, pur strettamente connessa con la precedente, e ad essa consequenziale, che ha inizio subito dopo l'incontro delle volontà delle parti e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione, i contraenti - pubblica amministrazione e privato - si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto. Sicché è proprio il momento di costituzione di detto rapporto giuridico di diritto comune a divenire lo spartiacque fra le due giurisdizioni, quale primo atto appartenente a quella ordinaria, nel cui ambito rientra con la disciplina posta dall'art. 1321 c.c. e segg.; e che perciò, comprende non soltanto quella positiva sui requisiti (art. 1325 c.c. e segg.) e gli

4

effetti (art. 1372 c.c. e segg.), ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute.

Ora, nel caso di specie, come sopra già detto, Agfa Gevaert, deducendo la modifica sostanziale del contratto, al di là della ricorrenza delle condizioni legittimanti la stessa ex art. 106, comma 1, lett.b) e comma 7, d.lgs. 50/2016, ha inteso far valere nella sostanza l'aggiramento della gara pubblica per l'affidamento diretto alla Carestream, da ciò conseguendo che la contestazione da parte del terzo sulla sussistenza dei presupposti per la modifica del contratto viene a rientrare nel contenzioso sulle procedure di affidamento, di spettanza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ex art. 133, comma 1, lett. e) cod.proc.amm.

E' di chiara evidenza come non si discuta della mera esecuzione del contratto, in ordine a cui la ASL si porrebbe in posizione paritetica e l'altro contraente vanterebbe posizione di diritto soggettivo, o delle condizioni di validità, annullabilità del contratto per vizi del procedimento ad evidenza pubblica, ma nella specie il terzo, Agfa Gevaert, fa valere come la ASL, non sussistendo i requisiti per la modifica del contratto con Carestream ex art.106, comma 1, lett.b) d.lgs. 50/2016, avrebbe illegittimamente proceduto all'affidamento diretto, senza provvedere alla doverosa gara d'appalto, così ledendo l'interesse legittimo di essa Alfa Gevaert a partecipare alla gara.

Il contratto tra la ASL e Carestream non viene quindi in rilievo di per sé, ma in quanto, ove risultasse illegittima la modifica contrattuale disposta con la delibera della ASL 56/18, verrebbe a configurarsi l'affidamento diretto in violazione dei principi della gara pubblica, e come affermato nella pronuncia Sez.U. 16/7/2008, n. 19502, qualora si faccia valere (da parte di soggetto titolare di una posizione differenziata) la illegittimità del ricorso alla trattativa privata nella scelta del contraente, per contrarietà a norme che

4

avrebbero richiesto il ricorso a procedimenti di evidenza pubblica, trattandosi della legittimità dell'esercizio del potere pubblico, la posizione del privato è di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo; invece, con riferimento alla nullità o annullamento del contratto per effetto dell'annullamento della delibera di scelta del contraente, si è nell'ambito delle posizioni giuridiche di diritto soggettivo, trovandosi P.A. e contraente in posizione paritetica.

E, conformemente sul punto che qui interessa, la pronuncia Sez.U. 22/4/2013 n. 9689 ha affermato che spetta proprio al giudice amministrativo il compito di stabilire la legittimità dell'adottato metodo di scelta del contraente e del mancato utilizzo dei procedimenti di evidenza pubblica.

Va pertanto dichiarata la giurisdizione amministrativa e vanno rimesse le parti al Giudice amministrativo, anche per la statuizione sulle spese del presente regolamento.

**P.Q.M.**

La Corte dichiara la giurisdizione del Giudice amministrativo, avanti al quale rimette le parti, anche per le spese del presente regolamento.

Così deciso in Roma, il 24 settembre 2019

Il Presidente