

N. 03488/2015REG.PROV.COLL.

N. 01932/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 1932 del 2015, proposto da:
Eurisko Technology s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Violi e Fulvio Mastroviti, con domicilio eletto presso
l'avv. Andrea Botti in Roma, via Monte Santo n. 25;

contro

Azienda Sanitaria Locale Lecce, rappresentata e difesa dall'avv. Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso la
signora Antonia De Angelis in Roma, via Portuense n. 104;

nei confronti di

SIS*MED s.r.l. - Sistemi Medicali, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso
l'avv. Ernesto Sticchi Damiani in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina n. 26;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE II n. 00393/2015, resa tra le parti,
concernente affidamento servizio di assistenza tecnica e manutenzione *full-risk* delle apparecchiature e sistemi medicali
per radiologia digitale - ris. danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Lecce e di Sis*Med s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2015 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Fulvio
Mastroviti, Vito Aurelio Pappalepore e Saverio Sticchi Damiani su delega di Ernesto Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I.- Con atto inoltrato per le notifiche il 26 febbraio 2015 e depositato l'11 marzo seguente Eurisko Technology s.r.l. ha appellato la sentenza 29 gennaio 2015 n. 393 del TAR per la Puglia, sezione staccata di Lecce, con la quale è stato respinto il suo ricorso con motivi aggiunti, proposto per:

a) l'annullamento della deliberazione 30 agosto 2013 n. 1487 del Direttore generale dell'ASL di Lecce, concernente affidamento ai sensi dell'art. 57, co. 3, lett. b), del d.lgs. n. 163 del 2010 alla Sis*Med s.r.l. del servizio di assistenza tecnica e manutenzione *full risk* per il periodo 20 aprile 2013-19 aprile 2018 delle apparecchiature e sistemi medicali per radiologia digitale di marca Carestream Health, comprensivo dell'implementazione del sistema RIS PACS già in uso con la tecnologia proposta, per il canone annuo di € 722.102,5 oltre iva comprensivo dei contratti già in essere; della successiva deliberazione 25 ottobre 2013 n. 1759, di integrazione e rettifica della precedente, con cui si correggeva il preteso errore materiale consistente nell'indicato co. 3, lett. b) del cit. art. 57, anziché il co. 2, lett. b); di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale;

b) la declaratoria di inefficacia dell'ordinativo del 5 settembre 2013 e del contratto stipulato;

c) la condanna dell'ASL di Lecce al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

II.- L'appellante ha premesso di essere una società che vanta esperienza pluriennale nel settore della fornitura, rappresentanza, vendita, installazione e manutenzione di attrezzature ed apparecchi meccanici, elettrici, elettronici, medicali, elettromedicali, biomedicali, ecc., specialmente nell'ambito della fornitura e manutenzione di apparecchiature destinate all'impiego diagnostico nei servizi di radiologia; di aver inutilmente invitato l'ASL a ritirare in autotutela, stante l'illegittimità del ricorso alla procedura negoziata, la delibera n. 1487/13 e di averla quindi impugnata; di aver poi impugnato con motivi aggiunti la seconda delibera, adottata a ridosso dell'udienza camerale; di aver avuto respinta in primo grado la propria domanda cautelare, però riformata in appello. Tuttavia il TAR ha respinto il ricorso affermando la legittimità dell'integrazione postuma della motivazione di cui alla prima delibera e la legittimità dell'affidamento disposto ai sensi dell'art. 57, co. 2, lett. b), sussistendone i presupposti di legge.

Di qui l'appello, a sostegno del quale ha dedotto:

1.- Violazione di legge. Violazione del diritto di difesa. Violazione dei principi del giusto procedimento. Contraddittorietà.

1.1.- Il TAR ha riconosciuto che con la seconda delibera l'ASL ha esercitato la specifica volizione di ritenere applicabile alla fattispecie il potere di cui all'art. 57, co. 2, lett. b), disattendendo la censura di illegittimità della sostituzione delle ragioni di fatto e di diritto assunte a presupposto del già disposto affidamento in base ad un più generale principio a suo avviso discendente dall'art. 43 c.p.a., che consentirebbe all'Amministrazione di "correggere il tiro" potendo il ricorrente introdurre nuove ragioni e domande connesse a quelle proposte senza autonomo gravame. Tale argomentazione è errata nei presupposti sostanziali, riconducendosi gli effetti di un istituto processuale sul piano dell'esercizio del potere amministrativo, ed oggettivamente contraddittoria nelle conclusioni, giacché il ricorrente è stato costretto a presentare proprio un autonomo gravame con ingiustificato aggravio di oneri processuali. Ciò contrasta con i generali principi sia dell'azione amministrativa in tema di autotutela *ex lege* n. 241 del 1990, sia di tutela ed effettività del diritto di difesa, compreso dall'integrabilità postuma del provvedimento impugnato, anziché il suo previo autoannullamento, comportante il travolgimento dell'ordinativo e del contratto, e l'adozione di un nuovo atto diversamente motivato.

1.2.- Con la seconda delibera non si è inteso correggere un errore materiale, poiché con la prima l'affidamento era motivato con l'assunta complementarità delle nuove forniture a quelle già presenti, con estensione dell'esistente sistema RIS-PACS anche alle sedi dotate di tecnologia non ad esso integrata. L'esclusività dei servizi di manutenzione offerti da Sis*Med o le difficoltà tecniche dell'implementazione del nuovo sistema non giustificano *ex se* la presunta effettiva volontà di affidare il contratto *ex art. 57, co. 2, lett. b)*, trattandosi di argomenti non riferibili al co. 3 né compatibili col co. 2, stante l'ammessa possibilità di implementazione con sistema diverso.

1.3.- In realtà l'ASL, resasi conto della insostenibilità della prima tesi, ha attribuito maggior rilievo alla componente "servizi" al chiaro scopo di ricondurre l'affidamento al paradigma normativo del co. 2, lett. b). Ciò è confermato dalla prima delibera, priva di riferimento a presunte ragioni tecniche legittimanti l'affidamento solo ad operatore economico determinato.

1.4.- Se l'intendimento fosse stato quello *ex art. 57, co. 2, lett. b)*, non si comprenderebbe perché la fornitura e l'assistenza siano state estese a prodotti *hardware* e *software* non correlati al sistema RIS-PACS né condizionati ad esso.

2.- Violazione di legge. Violazione ed errata applicazione dell'art. 57, co. 2, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006.

2.1.- Il TAR, individuata la *ratio* della decisione di contrarre nell'esigenza di completare la digitalizzazione di tutte le unità operative dell'ASL, ha valutato la sussistenza dei presupposti per l'affidamento ex art. 57, co. 2, lett. b), non in ragione dell'effettiva integrabilità/interoperatività tra la tecnologia esistente e l'eventuale nuova tecnologia da acquisire, ma in ragione della capacità di Sis*Med "almeno a livello potenziale" di garantire il servizio di manutenzione di tutta la tecnologia in quanto già incaricata dell'esistente in alcune unità operative.

2.1.1.- Il ragionamento è errato e contraddittorio poiché finisce col giustificare un affidamento diretto di servizi per la capacità di mantenere attrezzature ancora da acquisire (la cui acquisizione viene giustificata con l'asserita capacità dell'operatore di mantenerle). È ulteriormente errato perché il ricorso alla procedura di cui al co. 2, lett. b), si giustifica non per la mera capacità di fornire un servizio adeguato o l'obiettivo di migliorare la rete già in essere, bensì per "ragioni di natura tecnica (...)" tali per cui "il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato"; ragioni, queste ultime, non indagate dal primo giudice, solo asserite dall'ASL e smentite dalla documentazione prodotta in primo grado, proveniente da altre amministrazioni, non valutata dal TAR, da cui è possibile rilevare *ictu oculi* che la convivenza tra apparecchiature e sistemi diversi non è impossibile ed è applicata da tutti gli enti e le aziende del settore. Se l'interfacciamento non fosse possibile senza sproporzionate difficoltà, non si comprenderebbe perché la stessa ASL di Lecce abbia bandito specifica procedura per la digitalizzazione della nuova struttura del P.O. Vito Fazzi di Lecce.

2.1.2. – Il TAR ha ritenuto adeguato motivo di fondo della scelta di Sis*Med la finalità di assicurare la "perfetta integrazione" fra tutte le apparecchiature presenti nell'ASL, così equivocando tra "la perfetta integrazione" e le "ragioni tecniche" che possono legittimare il ricorso alla procedura ex co. 2, lett. b). Infatti la "perfetta integrazione" può essere raggiunta anche attraverso l'integrazione di apparecchiature e/o sistemi di diversi fornitori ma, quand'anche la si ritenesse riconducibile ad un'ipotesi di legge, sarebbe occorso dimostrarne – e non solo asserirne in astratto – l'effettiva ed oggettiva impossibilità, invece sconfessata dal ricorrente con gli atti predetti, non valutati dal TAR.

2.1.3.- L'argomentazione del primo giudice potrebbe assumere maggior rilievo se la "perfetta integrazione" fosse riferita, anziché alle apparecchiature ed ai sistemi, ai servizi di assistenza e manutenzione da espletarsi da Sis*Med in virtù di presunti diritti di esclusiva della medesima (mai richiamati in sentenza). Tali presunti diritti avrebbero potuto riguardare solo le apparecchiature già fornite e non anche la manutenzione ed assistenza di attrezzature che ben avrebbero potuto essere fornite da produttori diversi da Carestream Health; comunque, non si giustifica l'affidamento di ulteriori forniture al medesimo operatore "determinato" sol perché titolare di esclusiva relativa ad assistenza e manutenzione di apparecchiature precedentemente fornite, in disparte il carattere servente e/o accessorio di tale servizio rispetto alla nuova fornitura. L'*iter* argomentativo addotto comporta, di fatto, il riconoscimento di una sorta di condizione di monopolio a tempo indeterminato.

2.2.- Parimenti errata è la giustificazione dell'affidamento *de quo* per ulteriori motivazioni non riconducibili al paradigma normativo di riferimento, quali l'opportunità meramente economica o l'antieconomicità dell'eventuale sostituzione integrale della tecnologia esistente, peraltro indimostrata, stante anche la vetustà delle apparecchiature, e comunque non necessaria per l'oggettiva interoperatività di tecnologie diverse.

La non riconducibilità delle motivazioni al co. 2, lett. b), è confermata dallo stesso TAR laddove, in violazione dei principi di tassatività delle fattispecie legittimanti la compressione della concorrenza sul mercato degli appalti pubblici, ha ritenuto doveroso chiarire che le procedure disciplinate dall'art. 57, pur derogatorie, appaiono percorribili ogni volta che, come nella specie, il contratto da affidare è connesso anche solo funzionalmente ad un precedente affidamento.

2.3.- Non può sostenersi la legittimità dell'affidamento in quanto:

i) finalizzato al completamento della digitalizzazione di tutte le uu.oo. di radiologia dell'ASL;

ii) giustificato da eventuali difficoltà di interfacciamento;

iii) giustificato da presunte diseconomie in caso di sostituzione della tecnologia.

2.3.1.- Infatti il sistema RIS-PACS non può essere configurato in termini di impianto unitario e complesso. Il completamento della digitalizzazione non è funzionale al diverso concetto di completamento del sistema RIS-PACS, poiché la digitalizzazione consiste nell'acquisire la necessaria attrezzatura per convertire le immagini analogiche dei tradizionali sistemi in formato digitale o nell'acquisire nuovi sistemi che producano direttamente immagini digitali, mentre le immagini così prodotte sono gestite dal noto protocollo pubblico DICOM che le rende compatibili e interoperanti con qualsiasi sistema di qualsivoglia fornitore che risponda al protocollo. Anche le attrezzature ed i sistemi Carestream Health interagiscono con altre attrezzature e sistemi, come da essa riconosciuto. Pertanto l'ASL di Lecce ben avrebbe potuto acquisire anche prodotti diversi da quelli forniti da Sis*Med.

2.3.2.- Non risponde al vero che sussistesse un rapporto di complementarità tra le forniture già eseguite da Sis*Med e quella da eseguire, sia dal punto di vista oggettivo, riferendosi le precedenti forniture all'intero soddisfacimento dei servizi della discolta ASL Lecce 2, sia sotto il profilo soggettivo, le stesse essendo state acquisite appunto dall'ASL Lecce 2.

2.3.3.- La nuova fornitura non può dirsi finalizzata al rinnovo parziale o all'ampliamento di forniture o di impianti esistenti, posto che l'ASL ha inteso procedere alla completa digitalizzazione e dotare *ex novo* taluni servizi di apparecchiature di cui erano privi, non già ampliare forniture continuative di beni consumabili o completare attrezzature già fornite.

2.4.- Non si comprende quali sarebbero state le rilevanti difficoltà di interfacciamento/integrazione o di omogeneo interfacciamento, come detto inesistenti essendo all'uopo sufficiente porre in essere una coordinata attività di integrazione tramite il protocollo DICOM, che garantisce la piena funzionalità del sistema, richiede un ridotto spazio di tempo e costi contenuti, se raffrontati al valore complessivo della fornitura. Né l'ASL ha fornito ed il TAR ha richiamato alcuna pertinente ed idonea motivazione sull'impossibilità o sproporzionata difficoltà di interfacciamento.

2.5.- Le presunte diseconomie non sono supportate da alcun riscontro istruttorio o elemento motivazionale giustificativo. Né l'ASL ha dato conto degli accertamenti e valutazioni circa l'indicata stima del valore delle apparecchiature digitali preesistenti, sicché deve escludersi l'oggettiva verificabilità della non convenienza del loro integrale rinnovo. Detta stima appare irragionevole, in quanto relativa ad apparecchiature in uso da molti anni e probabilmente ancorata al valore di acquisto, mentre rileva il valore di mercato e l'effettiva rispondenza alle più moderne tecnologie costruttive. Tale valutazione non è suffragata da alcuna indagine attuale di mercato e circa i risparmi di manutenzione derivanti dall'acquisizione di nuovi prodotti. I prezzi proposti appaiono sproporzionati rispetto ad altre procedure di gara per la fornitura di nuovi sistemi da progettarsi *ex novo*.

3.- Sulla domanda di risarcimento del danno.

Sussiste il diritto al risarcimento del danno per l'illegittimo affidamento del contratto in violazione delle disposizioni vigenti, consistente nella perdita di *chance* di partecipazione ed aggiudicazione che l'appellante avrebbe avuto ove fosse stato bandito un pubblico appalto. Il danno è da liquidarsi

in via equitativa con la tecnica della moltiplicazione dell'utile conseguibile del 10% annuo per la durata del contratto, scontato del 50% in base al numero di partecipanti alla gara (nella specie due, come nella gara bandita dalla medesima ASL con deliberazione 31 gennaio 2014 n. 147) ed abbattuto di un ulteriore 50% per *l'aliunde perceptum o percipiendum*.

III.- In data 26 marzo 2015 Sis*Med si è costituita in giudizio e con memoria dello stesso giorno ha riproposto le eccezioni, non esaminate dal primo giudice, di improcedibilità ed inammissibilità del ricorso sotto vari profili.

Il 31 marzo 2015 anche l'ASL di Lecce si è costituita in giudizio (con atto notificato il 30 marzo ed il 2 aprile 2015) ed ha anch'essa eccepito inammissibilità del gravame per difetto di legittimazione e carenza di interesse. Nel merito ha sostenuto l'infondatezza dell'appello anche con riguardo alla domanda risarcitoria.

Con memoria del 30 aprile 2015 l'appellante ha contestato le eccezioni e controdeduzioni.

L'ASL e Sis*Med hanno svolto ulteriori argomentazioni con memorie del 4 maggio 2015 ed il 7 seguente Eurisko ha replicato. Il giorno seguente l'ASL ha ulteriormente replicato.

IV.- L'appello, introitato in decisione all'udienza pubblica del 20 maggio 2015, ad avviso del Collegio è chiaramente infondato nel merito, sicché possono restare assorbite le eccezioni in rito formulate dalle controparti.

V.- Quanto al primo profilo del primo motivo, il Collegio ritiene che di per sé non possa qualificarsi come illegittima la delibera di rettifica sopravvenuta ad un provvedimento già impugnato, diretta a correggere un errore sia "materiale" sia di identificazione del potere che si sia inteso esercitare.

Tanto costituisce, invero, applicazione del principio di conservazione degli atti amm.vi e dei loro effetti giuridici, codificato dall'art. 21 *nonies*, co. 2, della legge 7 agosto 1990 n. 241 e ss.mm.ii., espressione del fondamentale principio di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa posto dal precedente art. 1, co. 1.

Difatti, in giurisprudenza non si dubita della legittimità dell'integrazione in sede giudiziale della motivazione dell'atto amministrativo che avvenga, da parte dell'amministrazione competente, mediante gli atti del procedimento od un successivo provvedimento di convalida; quanto invece si ritiene inammissibile è la formulazione di argomentazioni difensive a giustificazione del provvedimento impugnato non evincibili nemmeno implicitamente dalla sua motivazione, ciò soltanto costituendo un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, come tale non consentita in quanto non inserita nell'ambito di un procedimento amministrativo (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 26 agosto 2014 n. 4303 e sez. VI, 22 settembre 2014 n. 4770).

Né si vede come l'integrazione dell'atto, in luogo del suo autoannullamento (unitamente agli atti conseguenti) e la sua rinnovazione comprimano il diritto di difesa, dal momento che sia la rettifica, sia il nuovo provvedimento, ove ritenuto

parimenti lesivo in quanto recante lo stesso dispositivo del primo, non avrebbero potuto non essere entrambi oggetto di impugnazione (con ricorso autonomo o con motivi aggiunti, come pure consentito dall'art. 43 cod. proc. amm.).

VI.- Con i restanti profili del primo motivo e col secondo, i quali si prestano ad essere esaminati congiuntamente, si contesta, in estrema sintesi, la riconducibilità della fattispecie alle ipotesi previste dall'art. 57 sia al co. 3, lett. b), che al co. 2, lett. b), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

VI.a.- La prima disposizione permette alle stazioni appaltanti di aggiudicare, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, contratti pubblici relativi a forniture "nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate"; la seconda, riguardante contratti pubblici relativi a lavori, forniture ed anche "servizi", lo consente "qualora per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato".

Indubbiamente (come anche rilevato con riferimento al caso in esame dalla Sezione in sede di accoglimento dell'appello cautelare, peraltro nei limiti di cui all'art. 55, co. 10, cod. proc. amm.) le ipotesi contemplate dal detto art. 57, concernenti il ricorso al sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando, rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva (cfr., tra le più recenti, Cons. St., sez. V, 20 luglio 2014 n. 3997).

VI.b.- Nella specie, con la deliberazione n. 1487 del 30 agosto 2013 l'ASL, premesso che Sis*Med s.r.l., ditta fornitrice in esclusiva dei prodotti Carestream Health, in uso, è l'attuale affidatario parimenti in regime di esclusività del contratto di manutenzione dei sistemi RIS-PACS, oltreché delle apparecchiature Carestream Health non comprese in detti sistemi e del sistema RIS-PACS in uso presso il P.O. Fazi della stessa ditta (ciò quale componente dell'a.t.i. aggiudicataria), e che era necessario dotare di tali sistemi anche le altre strutture non ancora fornite di tecnologie per immagini digitali, ha esposto, tra l'altro, che "Per realizzare appieno la perfetta integrazione fra tutte le apparecchiature ed i sistemi presenti nell'ASL di Lecce occorre, obbligatoriamente, rivolgersi al costruttore originario in quanto il ricorso a nuovi sistemi RIS-PACS, di diversa tecnologia, comporterebbe una notevole difficoltà di interfacciamento, per lo meno a basso costo, e, comunque, difficoltà tecniche di rilievo che non garantirebbero l'ottimale e complessiva funzionalità del sistema", mentre non era economicamente conveniente l'integrale sostituzione con altra della tecnologia RIS-PACS, di valore globale pari ad € 4.700.000. Ha perciò stabilito, con richiamo al cit. co. 3, lett. b), dell'art. 57, di affidare per l'indicato periodo a Sis*Med il servizio di assistenza tecnica e manutenzione *full risk* delle apparecchiature e sistemi per radiologia digitale Carestream Health, comprensivo della fornitura di apparecchiature e sistemi per le strutture che ne erano sfornite.

Con la deliberazione n. 1759 del 25 ottobre 2013, ribadita ed ampiamente illustrata la predetta esigenza tecnica per "le caratteristiche di esclusività e infungibilità del sistema RIS-PCS già in uso presso l'ASL" per l'80% "e oggetto di ampliamento" per il restante 20%, si è ritenuta errata l'indicazione di tale norma, anziché del precedente co. 2, lett. b), ravvisandone i prescritti presupposti negli aspetti gestionali del sistema RIS-PACS indicati appena sopra.

Quanto, poi, all'attività manutentiva, si è precisato che essa non può essere effettuata da personale diverso dagli specialisti dello stesso sistema, quali unici depositari dei codici e credenziali di accesso, oltreché opportunamente formati e certificati dalla casa produttrice.

VI.c.- Come correttamente osservato dal primo giudice, tale motivazione va ricondotta alla norma da ultimo richiamata e si rivela conforme al rispettivo modello legale tipico.

Nel particolarissimo caso di cui si discute, come si è visto l'Amministrazione si è basata sui seguenti aspetti:

a.- quanto alla fornitura, la necessità di completare la digitalizzazione di tutte le unità operative di radiologia dell'intera Azienda, da cui consegue la necessità adeguare al sistema in uso il 20% delle unità operative non ancora attrezzate per tali modalità, vale a dire in considerazione dell'esigenza della completa uniformità della tecnologia per le spiegate "ragioni tecniche", consistenti nella garanzia del sicuro interscambio dei dati consentita solo dall'unicità del ripetuto sistema già in uso; di qui l'ancora conseguente necessità dell'affidamento al venditore esclusivista per la zona della casa produttrice Carestream Health;

b.- quanto alla manutenzione, l'esistenza di contratti già in essere con SIS*Med, esclusivista anche per tale servizio, alla quale non può dunque non essere affidata l'estensione del servizio stesso alle nuove attrezzature.

VI.d.- A fronte di ciò, l'appellante oppone in sostanza la possibilità tecnica di gestire unitariamente diversi sistemi a mezzo del protocollo pubblico DICOM o del protocollo HL7, onde l'ASL avrebbe potuto fornirsi di sistemi diversi dal RIS-PACS di Carestream Health senza pregiudizio alcuno, come dimostrerebbero bandi e capitolati di altre amministrazioni sanitarie. Tuttavia, a parte che la sussistenza del rischio di inoperatività dell'intera piattaforma sotto molteplici aspetti in

caso di integrazione di sistemi di differenti fornitori è a sua volta opposta da Sis*Med mediante propria consulenza tecnica di parte, in tal modo la medesima appellante intende sostituire con le proprie valutazioni tecniche (peraltro desunte da scelte operate in altri contesti di cui è indimostrata la sovrapposibilità al presente) quelle effettuate dall'Azienda di Lecce, ossia tipici apprezzamenti rimessi alla medesima, sindacabili in sede di legittimità esclusivamente per i noti vizi macroscopici di irragionevolezza, illogicità e travisamento dei fatti, nella specie non ravvisabili.

VI.e.- D'altra parte, non può farsi carico all'ASL leccese di non aver verificato rigorosamente ed oggettivamente il presupposto di fatto della sussistenza di ragioni tecniche, essendosi essa premurata di precisare in concreto non l'impossibilità (che la norma in parola non si spinge a richiedere) di integrazione di prodotti diversi, bensì l'infungibilità del prodotto che intendeva acquistare sotto il profilo della rispondenza alle proprie esigenze appunto concrete, laddove adeguamenti, modifiche, adattamenti e incrementi sarebbero stati non solo di non immediata applicazione, ma quanto meno di incerta efficacia poiché "molto complessi" e tali che "non garantirebbero gli stessi risultati e con rischi di compromissione della sicurezza dei dati".

In tal senso va intesa e ritenuta corretta la "perfetta integrazione".

In giurisprudenza è stato infatti puntualizzato che la "unicità" dello "operatore economico determinato", *id est* del prodotto o del servizio, chiesta dalla norma in parola, non esprime un concetto astratto, essendo un rispettivo esempio ben difficilmente rinvenibile *in rerum natura*, bensì ne è ragionevole l'interpretazione secondo cui va considerato "unico" il prodotto che, anche in relazione al fattore temporale, "in quel momento, sia pronto all'uso, senza necessità di adeguamenti, modifiche ed ulteriori incrementi ed adattamenti", pena altrimenti una lettura della norma stessa trasmodante in una *interpretatio abrogans* della medesima, non conforme al canone pur restrittivo individuato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, (cfr., sul punto Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2011 n. 642, richiamata dall'appellata).

VI.f.- Ne deriva che dall'affermata e qui confermata ricorrenza, nella particolare fattispecie in esame, dei presupposti di cui alla norma derogatoria menzionata non può farsi discendere la formazione di una sorta di monopolio di fatto a tempo indeterminato, giacché, se non altro ed in un futuro anche ravvicinato avuto riguardo alla continua evoluzione tecnologica del settore, ben possono essere creati prodotti che garantiscano la certa esenzione da rischi di compromissione di dati e sicurezza.

VI.g.- Ciò comporta la perdita di rilevanza dell'ulteriore considerazione della stessa Amministrazione in ordine all'impraticabilità di altre scelte radicali perché comportanti costi e tempi abnormi, quale la sostituzione integrale del sistema per tutte le unità operative di radiologia. Peraltro, la diversa scelta di sostituire solo le apparecchiature non digitalizzate rientra evidentemente nell'ampio spettro del potere tecnico-discrezionale riservato all'Azienda sanitaria, sindacabile nei limiti già rappresentati al pari dell'anzidetta discrezionalità propriamente tecnica; né il riferito argomentare risulta palesemente privo di logica e razionalità, tenuto conto delle note ristrettezze economico-finanziarie in cui versa il settore sanitario pubblico e, in particolare, quello della Regione Puglia.

VII.- Per le considerazioni sin qui esposte, le pur precise, suggestive ed articolate doglianze formulate da Eurisko devono essere disattese, dovendo di contro essere condivisa l'interpretazione data dall'ASL di Lecce al co. 2, lett. b), dell'art. 57 del codice dei contratti pubblici e l'applicazione fattane nella specifica, singolare fattispecie concreta.

Né incide sulla legittimità dei provvedimenti in esame la circostanza che nella fornitura siano compresi prodotti *hardware* e *software* non strettamente connessi al sistema RIS-PACS, indicati alle pagine 4 e 5 della delibera n. 1487 del 2013, dal momento che la stessa appellante riferisce che si tratta di prodotti forniti "a costo zero". Altrettanto è a dirsi in ordine alla indizione di gara per la digitalizzazione della nuova struttura del presidio ospedaliero "Vito Fazi" di Lecce, anteriore alla decisione di estendere la digitalizzazione a tutte le strutture radiologiche aziendali, anzi la determinazione di omogeneizzazione al ripetuto sistema RIS-PACS ne esce rafforzata proprio dall'esito di quella gara, come si evince dalle osservazioni svolte a pagina 3, in fine, della deliberazione n. 1749 del 2013.

Va poi evidenziato che l'estensione dell'affidamento del servizio di manutenzione si spiega agevolmente in ragione, da un lato, dell'estensione della fornitura e non già viceversa; e, dall'altro lato, degli indicati motivi tecnici, peraltro solo genericamente contestati, senza che siano esposti puntuali argomenti affinché potessero essere considerati superabili.

Infine, giova sottolineare come il fatto che si sia trattato di sostituire attrezzature e sistemi della disciolta ASL Lecce 2 e da essa acquisiti nulla toglie alle "ragioni di natura tecnica" sopra esaminate e, come detto, legittimamente inquadrate nel disposto dell'art. 57, co. 2, lett. b), sottese alla digitalizzazione mediante il sistema RIS-PACS di Carestream Health e relativi prodotti delle rispettive unità operative, queste ultime ora facenti parte dell'unica Azienda leccese a cui compete, pertanto, il rispettivo aggiornamento al digitale dei servizi svolti dalle medesime.

VIII.- In conclusione, come anticipato l'appello dev'essere respinto, compresa la riproposta domanda risarcitoria per equivalente, ovviamente subordinata al denegato annullamento degli atti impugnati.

La sentenza appellata va pertanto confermata, sia pure con le modificazioni ed integrazioni motivazionali di cui innanzi.

Tuttavia, le più volte evidenziate caratteristiche peculiari della vicenda consigliano la compensazione tra le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il medesimo appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/07/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)