

## Sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale: portata conformativa ed applicativa dei recenti principi comunitari

di Daniela Dell'Oro

Data di pubblicazione: 10-9-2016

1. L'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, mentre resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale).
2. L'interesse strumentale alla rinnovazione della gara è configurabile non solo quando le imprese rimaste in gara sono solo due, ma anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe (o, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare) l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura.
3. Un'interpretazione che ammettesse sempre l'obbligo dell'esame del ricorso principale, a prescindere da qualsivoglia scrutinio in concreto della sussistenza di un interesse (anche strumentale) alla sua decisione, dev'essere, in particolare, rifiutata perché si rivelerebbe del tutto incoerente sia con il richiamo, ivi operato, all'art. 1 della direttiva n. 89/665 CEE, quale norma che resterebbe violata da una regola che precludesse l'esame del ricorso principale, sia con il rispetto del principio generale, di ordine processuale, codificato dall'art. 100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, c.p.a.).
4. In particolare, l'art. 1, comma 3, direttiva n. 89/665 CEE riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, là dove impone agli Stati membri

di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a “chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione”. Per quanto possa estendersi la nozione di “interesse processualmente rilevante” fino a comprendervi l'accezione anche di “interesse strumentale alla rinnovazione della procedura”, non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione qualora dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura, non potendosi scardinare il principio generale secondo cui “per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse” (art. 100 c.p.c.)

*In senso conforme: Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n.9/2014; Corte di Giustizia UE, sentenza Fastweb, 4 luglio 2013, C-100/12; Corte di Giustizia, sentenza Pulgjenica/Airgest, 5 aprile 2016, C-689/13.*

## **Guida alla lettura**

La sentenza che si annota offre al Consiglio di Stato la possibilità di soffermarsi sulle modalità applicative dei principi processuali enunciati dalla Corte di Giustizia U.E. in merito all'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, esaminandone la portata conformativa.

Il Collegio, in via preliminare, richiama la pronuncia dell'Adunanza Plenaria (sentenza n. 9 del 2014), che aveva precisato, in coerenza con i principi affermati dalla sentenza Fastweb della Corte di Giustizia UE, che l'obbligo di esaminare entrambi i ricorsi (principale e incidentale c.d. escludente) resta esclusivamente circoscritto alle (sole) situazioni processuali in cui: a) si controverta del medesimo procedimento; b) gli operatori economici rimasti in gara siano solo due; c) e il vizio che affligge le relative offerte attenga alla medesima fase procedimentale.

Solo in presenza delle condizioni descritte, infatti, era configurabile, in capo al ricorrente principale, un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, che integrava gli estremi della relativa condizione dell'azione, dovendosi, al contrario, rilevare che il ricorso principale difetta del predetto titolo di ammissibilità (perché dal suo eventuale accoglimento il ricorrente non ritrarrebbe alcuna apprezzabile utilità giuridica od economica).

Alla Sezione, tuttavia, non è sfuggito che il criterio appena sintetizzato, che pur sembrava aver assunto il carattere della stabilità, sia stato recentemente ripensato dalla Corte di Giustizia, che, con la decisione Puligienica/Airgest (sentenza 5 aprile 2016, C-689/13), ha interpretato l'art. 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE nel senso che non possa essere dichiarato irricevibile, in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato dall'altro offerente, il ricorso principale che sia proposto da un offerente - interessato a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto - e che sia diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente.

Il Consiglio di Stato ritiene, pertanto, che la Corte di Giustizia abbia superato il principio, già cristallizzato, secondo cui il ricorso principale deve essere esaminato nel merito solo nelle ipotesi in cui le imprese rimaste in gara siano solo due e le relative offerte siano affette da un vizio ascrivibile alla medesima fase procedimentale, per affermare la diversa regola per cui il ricorso principale dev'essere comunque esaminato (anche, cioè, in seguito all'accoglimento di quello incidentale), a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla procedura e dalla natura della violazione con esso dedotta.

A questo punto, il Collegio si occupa di definire l'effettiva portata conformativa e applicativa del principio di diritto sancito dalla Corte di Giustizia.

Premesso che l'esegesi del suddetto principio di diritto va condotta tenuto conto della fattispecie esaminata e dei contenuti concreti del quesito indirizzato alla Corte di Giustizia, si evidenzia che la vicenda processuale inerisce ad una gara cui avevano partecipato anche altre imprese, rimaste estranee al giudizio ed escluse con provvedimenti inoppugnati e consolidati. Con la duplice conseguenza che le imprese rimaste in gara erano sostanzialmente due e che l'eventuale accoglimento del ricorso principale avrebbe, in ogni caso, soddisfatto l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara ed alla conservazione di una chance di aggiudicazione dell'appalto controverso.

Nell'ipotesi in cui l'applicazione rigorosa (e poco flessibile) della regola cristallizzata nelle sentenze Fastweb e nella n. 9 del 2014 dell'Adunanza Plenaria precluda, nel caso concreto, l'esame del ricorso principale, le esigenze di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea impongono, tuttavia, l'esame nel merito del ricorso principale qualora il ricorrente possa ricavare dal suo accoglimento la soddisfazione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara. Interesse strumentale che ricorre non solo quando le imprese rimaste in gara sono solo due, ma anche quando il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte, seppure presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe (o potrebbe ragionevolmente derivare) l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con conseguente rinnovazione della procedura.

Al contrario, l'esame del ricorso principale è precluso nelle situazioni di fatto in cui, dal suo accoglimento, il ricorrente principale non ritrarrebbe alcun vantaggio, neanche in via strumentale (perché, ad esempio, i motivi dedotti con il gravame non sono in alcun modo riferibili ad offerte ammesse alla gara e presentate da imprese non evocate in giudizio).

Infatti, un'interpretazione che ammettesse sempre l'obbligo dell'esame del ricorso principale, a prescindere da qualsivoglia scrutinio in concreto della sussistenza di un interesse (anche strumentale) alla sua decisione, dev'essere rifiutata perché incoerente sia con il richiamo all'art.1 della direttiva n.89/665 CEE (quale norma che resterebbe violata da una regola che preludesse l'esame del ricorso principale), sia con il rispetto del principio generale, di ordine processuale, codificato dall'art.100 c.p.c. (richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, c.p.a.).

Quanto al primo profilo, l'art. 1, comma 3, della direttiva n.89/665 CEE riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, imponendo agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a "chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione".

In altri termini, l'operatore economico al quale dev'essere assicurato un sistema di giustizia effettivo deve avere e mantenere un interesse all'aggiudicazione dell'appalto.

Ad avviso del Collegio, per quanto possa estendersi la nozione di "interesse processualmente rilevante" fino a comprendervi l'accezione anche di "interesse strumentale alla rinnovazione della procedura", non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione qualora dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura e la sentenza europea non può certo sortire l'effetto di scardinare il principio generale secondo cui "per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse" (art. 100 c.p.c.).

In conclusione, il Consiglio di Stato afferma il principio per cui l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, vantaggio che comprende anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento. Invece, resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui, dal suo accoglimento, il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale).

**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 1615 del 2016, proposto da:  
Siemens Healthcare S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti C.F. BNTSFN63E12F205X, Raffaele Izzo C.F. ZZIRFL48E31F162X, con domicilio eletto presso Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

***contro***

Azienda Sanitaria Locale To3 - Regione Piemonte, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Contaldi C.F. CNTGLC67L19H501I, Alessandro Angelini C.F. NGLLSN71C21E200X, Bruno Sarzotti C.F. SRZBRN63T04L219X, con domicilio eletto presso Gianluca Contaldi in Roma, via G.P. da Palestrina, n.63;

***nei confronti di***

A.De Mori S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Corbyons C.F. CRBGNN67C01H501E, Giuliano Sgobbi C.F. SGBGLN70M05B509U, con domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, n.44;

Roche Diagnostics S.p.a. - Società Unipersonale, Azienda Sanitaria Locale To5, Azienda Ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino, Azienda Sanitaria Locale To1, non costituiti in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE II n. 00152/2016, resa tra le parti, concernente affidamento della fornitura in service di sistemi completi per emogasanalisi per le aziende sanitarie TO1, TO3, TO5 e per l'Azienda Ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della A. De Mori S.p.a. e dell'Azienda Sanitaria Locale TO3 - Regione Piemonte;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2016 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Stefano Bonatti, Sabina Lorenzelli su delega di Gianluca Contaldi e Giuliano Sgobbi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte dichiarava improcedibile il ricorso proposto dalla Siemens Healthcare Diagnostics (d'ora innanzi Siemens) avverso l'aggiudicazione, da parte della ASL TO3, dell'appalto avente ad oggetto la fornitura di sistemi completi per l'emogasanalisi alle Aziende Sanitarie TO1, TO2, TO5 e all'Ordine Mauriziano di Torino in favore della A. De Mori S.p.A., in accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale proposto da quest'ultima.

Avverso la predetta decisione proponeva appello la Siemens, contestandone la correttezza, riproponendo i motivi dedotti a sostegno del ricorso principale di primo grado e concludendo per la riforma della sentenza appellata e per il conseguente annullamento dell'aggiudicazione impugnata dinanzi al TAR.

Resistevano l'ASL TO3 e la De Mori, quest'ultima riproponendo le altre censure dedotte a sostegno del ricorso incidentale di primo grado e rimaste assorbite dalla decisione appellata, contestando la fondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione.

Non si costituiva in giudizio, invece, Roche Diagnostics S.p.A.

Il ricorso veniva trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 7 luglio 2016.

## DIRITTO

1.- E' controversa la legittimità dell'aggiudicazione alla De Mori del lotto n.1 della fornitura, per il periodo di sessanta mesi, di sistemi completi per l'emogasanalisi in favore delle Aziende Sanitarie TO1, TO2, TO5 e dell'Ordine Mauriziano di Torino, sotto il peculiare profilo dell'adeguatezza del numero di programmi di valutazione esterna di qualità (d'ora innanzi VEQ) messi a disposizione da Siemens.

Il Tribunale di prima istanza ha, infatti, ritenuto insufficiente, rispetto alle esigenze stabilite nella lex specialis (per come precisata nei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante), il numero di programmi VEQ offerti da Siemens, giudicando, quindi, improcedibile il ricorso di quest'ultima, in accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale proposto dalla società

controinteressata.

L'appellante Siemens critica la correttezza di tale giudizio, assumendo l'adeguatezza dei programmi VEQ da essa forniti, e censura, in ogni caso, l'omesso esame, da parte del TAR, dei motivi del ricorso principale che avrebbero comportato l'esclusione di tutte le offerte presentate.

2.- Con il primo motivo di appello la Siemens censura il giudizio di carenza dei programmi VEQ da essa offerti (23, anziché 30) e ribadisce che il computo corretto di quelli effettivamente richiesti dal disciplinare di gara avrebbe dovuto basarsi sulla nozione di "installazione", usata nella *lex specialis*, e non su quella, diversa, di "strumento" (ed avrebbe condotto al numero di 23, pari ai programmi offerti dall'odierna appellante).

2.1- La censura è destituita di fondamento.

2.2- Premesso, invero, che l'art.4 del disciplinare di gara richiedeva che, per ogni "sistema" (contestualmente definito come un insieme di beni e servizi), dovesse essere offerta "l'adesione ad un programma VEQ per ogni installazione" e che le locuzioni utilizzate potevano apparire ambigue nella loro effettiva portata precettiva (restando incerto il numero di programmi da mettere a disposizione), la stazione appaltante, puntualmente interpellata a riguardo, ha provveduto a chiarirne il senso e il contenuto, indicando coerentemente il numero complessivo di 30 (mentre, si ricorda, Siemens ne ha offerti 23).

Dall'esame dei chiarimenti dedicati alla questione controversa si ricava, infatti, univocamente che la stazione appaltante ha, dapprima, indicato il numero di 23 VEQ (con il chiarimento n.2 del 30 ottobre 2014), poi corretto tale risposta con il chiarimento n.3 (del 3 novembre 2014), rettificando in 30 il numero complessivo e precisando che era richiesto un programma "per ogni strumento", e, da ultimo, con il chiarimento n.4, ribadito le indicazioni fornite con il chiarimento n.2, ma (espressamente) come rettificate con il chiarimento n.3.

Ne consegue che l'univoca precisazione del criterio di computo (una VEQ per ogni strumento) e la chiara indicazione del numero degli strumenti per ogni Azienda Sanitaria destinataria della fornitura impedivano ogni equivoco sul numero di programmi da offrire e imponevano a un operatore professionale come Siemens di comprendere l'effettivo contenuto della relativa prescrizione della *lex specialis* (e, ovviamente, di rispettarla).

2.3- Alle considerazioni che precedono consegue, pertanto, la conferma dell'accoglimento del ricorso incidentale di De Mori, siccome fondato sul corretto rilievo dell'insufficienza del numero di programmi VEQ offerti da Siemens.

3.- Con il secondo motivo di appello Siemens si duole che il TAR abbia omesso di esaminare il suo ricorso principale e insiste nel sostenere che la corretta applicazione dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia UE (con la sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica/Airgest S.p.A.) avrebbe dovuto imporre l'esame del ricorso principale, nella misura in cui dal suo accoglimento sarebbe derivata la rinnovazione della procedura e la soddisfazione del relativo interesse strumentale.

La disamina della questione processuale così sollevata esige una sintetica ricognizione delle regole cristallizzate dalla giurisprudenza nazionale ed europea in merito al problema dell'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici.

3.1- L'Adunanza Plenaria (con la sentenza n.9 del 2014) aveva, in proposito, precisato, in coerenza con i principi affermati dalla Corte di Giustizia UE (con la sentenza *Fastweb*, 4 luglio 2013, C-100/12), che l'obbligo di esaminare entrambi i ricorsi (principale e incidentale c.d. escludente) resta circoscritto alle (sole) situazioni processuali in cui si controverta del medesimo procedimento, gli operatori economici rimasti in gara siano solo due e il vizio che affligge le relative offerte attenga alla medesima fase procedimentale.

Solo nella fattispecie appena descritta, infatti, appare configurabile, in capo al ricorrente principale, un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, che integra gli estremi della relativa condizione dell'azione, dovendo, al contrario, riconoscersi che, nelle residue ipotesi, il ricorso principale difetta del predetto titolo di ammissibilità (posto che dal suo eventuale accoglimento il ricorrente non ritrarrebbe alcuna apprezzabile utilità giuridica od economica).

Il criterio appena sintetizzato, che sembrava aver assunto il carattere della stabilità, è stato, tuttavia, recentemente ripensato, rivisto e modificato dalla Corte di Giustizia con la decisione sopra citata (*Puligienica/Airgest*).

La Corte di Lussemburgo, infatti, investita nuovamente della questione dal C.G.A.R.S. (con ordinanza 17 ottobre 2013, n.848), ha affermato il diverso principio secondo cui: "L'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato dall'altro offerente".

3.2- La Corte di Giustizia sembra, quindi, aver superato il principio, che si era prima cristallizzato, secondo cui il ricorso principale dev'essere esaminato nel merito solo nelle ipotesi in cui le imprese rimaste in gara siano solo due e le relative offerte siano affette da un vizio ascrivibile alla medesima fase procedimentale, e pare aver enunciato la diversa regola per cui il ricorso principale dev'essere comunque esaminato (anche, cioè, in seguito all'accoglimento di quello incidentale), a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla procedura e dalla natura della violazione con esso dedotta.

Senonchè, il Collegio reputa necessario chiarire l'effettiva portata conformativa e applicativa del suddetto principio in esito al percorso argomentativo che segue.



3.3- Deve premettersi, quale canone ermeneutico, che l'esegesi del suddetto principio di diritto, per quanto formulato in termini generali e con un lessico che non sembra ammettere eccezioni, dev'essere condotta tenuto conto della fattispecie esaminata e, quindi, dei contenuti del quesito indirizzato ad essa dal C.G.A.R.S. (o comunque, senza ignorarli), posto che la regola iuris risulta concepita, elaborata e formalizzata dalla Corte di Lussemburgo proprio con riferimento alla situazione (di fatto e di diritto) che ha determinato l'interrogazione che le è stata rivolta.

Merita, allora, ricordare che, nella vicenda processuale che ha originato il rinvio operato dal C.G.A.R.S., alla gara avevano partecipato anche altre imprese e che, tuttavia, quelle rimaste estranee al giudizio erano state escluse con provvedimenti rimasti inoppugnati, con i corollari che i relativi effetti espulsivi avevano ormai consolidato i loro effetti giuridici, che le imprese rimaste in gara erano, quindi, sostanzialmente due e che, di conseguenza, l'eventuale accoglimento del ricorso principale avrebbe, in ogni caso, soddisfatto l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara e, quindi, alla conservazione di una chance di aggiudicazione dell'appalto controverso.

A fronte della situazione appena descritta, il C.G.A.R.S. ha, quindi, interrogato la Corte di Giustizia al fine di ottenere un chiarimento circa l'applicabilità alla fattispecie del principio già enunciato con la c.d. sentenza Fastweb (e che sembrava precludere l'esame anche del ricorso principale).

3.4- Così ricostruiti i termini della questione concreta che ha giustificato il rinvio pregiudiziale e che è stata esaminata e risolta dalla Corte di Giustizia con l'enunciazione del suddetto principio di diritto, appare agevole precisare i contenuti degli effetti vincolanti di quest'ultimo nel senso che segue.

3.5- Nell'ipotesi in cui l'applicazione rigorosa (e poco flessibile) della regola cristallizzata nelle sentenze Fastweb e nella n.9 del 2014 dell'Adunanza Plenaria precluda, nel caso concreto, l'esame del ricorso principale, quando, tuttavia, dal suo accoglimento il ricorrente possa ricavare la soddisfazione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, le esigenze di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea impongono l'esame nel merito del ricorso principale.

E deve, al riguardo, precisarsi, in coerenza con l'argomentazione scolpita al paragrafo 28 della motivazione della sentenza della Corte di Lussemburgo, che il predetto interesse strumentale è configurabile non solo quando le imprese rimaste in gara sono solo due, ma anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe (o, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare) l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura.

Deve, al contempo, escludersi, nondimeno, che la Corte di Giustizia abbia inteso prescrivere l'esame del ricorso principale anche nelle situazioni di fatto in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ritrarrebbe alcun vantaggio, neanche in via strumentale (perché, ad esempio, i motivi dedotti con il gravame non sono in alcun modo riferibili ad offerte ammesse

alla gara e presentate da imprese non evocate in giudizio).

3.6- Una interpretazione che ammettesse sempre l'obbligo dell'esame del ricorso principale, a prescindere da qualsivoglia scrutinio in concreto della sussistenza di un interesse (anche strumentale) alla sua decisione, dev'essere, in particolare, rifiutata perché si rivelerebbe del tutto incoerente sia con il richiamo, ivi operato, all'art.1 della direttiva n.89/665 CEE, quale norma che resterebbe violata da una regola che preludesse l'esame del ricorso principale, sia con il rispetto del principio generale, di ordine processuale, codificato dall'art.100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art.39, comma 1, c.p.a.).

3.7- Quanto al primo profilo, è sufficiente osservare che la stessa previsione richiamata (e, segnatamente, l'art.1, comma 3, dir. Cit.) riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, là dove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a "chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione".

Come si vede, dunque, la stessa regola che la Corte di Lussemburgo ha inteso declinare e garantire con la sentenza c.d. Puligienica postula logicamente che l'operatore economico al quale dev'essere assicurato un sistema di giustizia effettivo abbia e conservi un interesse all'aggiudicazione dell'appalto.

Ora, per quanto possa estendersi la nozione di interesse processualmente rilevante fino a comprendervi l'accezione anche di un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in questione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura.

3.8- In ordine all'aspetto della compatibilità con il principio generale secondo cui "per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse" (art.100 c.p.c.), si rivela che la sentenza europea non può certo essere decifrata come produttiva dell'effetto di scardinare il predetto canone, nella misura in cui risulta espressivo di una regola generale valida, per la sua intuitiva valenza logica e sistematica, in ogni ordinamento processuale.

3.9- Alle considerazioni che precedono consegue l'affermazione del principio, del tutto compatibile con la formulazione della regola contenuta nella sentenza c.d. Puligienica, per cui l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, mentre resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela in subjecta materia una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con

assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale).

3.10- Applicando la regola appena sintetizzata alla fattispecie controversa, occorre riformare la statuizione di improcedibilità del ricorso principale pronunciata dal TAR.

3.11- E' sufficiente, al riguardo, osservare che l'offerta della Instrumentation Laboratory, ancorchè classificatasi quarta nella graduatoria finale, giudicata idonea dalla stazione appaltante e rimasta estranea alle censure direttamente formulate con il ricorso principale, resta, in ogni caso, esposta a un successivo riesame della sua ammissione, in coerenza con la (eventuale) statuizione di accoglimento dei motivi del ricorso principale riferibili anche ad essa, per concludere che l'ipotetico accoglimento del ricorso principale produrrebbe l'effetto (quantomeno potenziale) di soddisfare, in via strumentale, gli interessi della Siemens (che, quindi, conserva un interesse alla sua decisione, secondo la regola enunciata dalla Corte di Giustizia).

4.- Così riconosciuta la fondatezza del secondo motivo di appello, occorre procedere all'esame dei (soli) motivi del ricorso di primo grado che, ove accolti, comporterebbero (rectius: potrebbero comportare) la rinnovazione della procedura, in esito all'eventuale annullamento d'ufficio dell'ammissione anche dell'offerta non direttamente contestata con il ricorso principale, ma asseritamente affetta dal medesimo vizio denunciato con le suddette censure.

4.1- Con le predette censure, esaminabili congiuntamente, siccome logicamente connesse, Siemens sostiene che tutte le offerte (ma, in particolare, quelle delle società intimate De Mori e Roche Diagnostics), tranne la sua, avrebbero dovuto essere escluse in quanto aventi ad oggetto strumenti sprovvisti del requisito tecnico, previsto dal disciplinare, della loro attivazione (cioè del passaggio dalla posizione di spento a quella di pronto all'uso con tutti i parametri attivi) in un tempo non superiore a cinquanta minuti.

4.2- I motivi sono infondati, alla stregua delle considerazioni che seguono, e vanno respinti.

4.3- Contrariamente a quanto sostenuto da Siemens, infatti, la contestata verifica positiva del possesso del suddetto requisito (da parte delle concorrenti intimate in giudizio) è stata correttamente condotta dalla Commissione di gara, in coerenza con la *lex specialis*, sotto tutti i profili censurati dall'odierna appellante.

4.4- In ordine alla limitazione della prova pratica ai (soli) parametri pH, pCO<sub>2</sub> e pO<sub>2</sub>, è sufficiente rilevare che la scelta di riferire la verifica tecnica solo a quelli risulta giustificata dal rilievo, di carattere tecnico, che si tratta dei soli parametri "di base", richiesti da tutte le strutture sanitarie destinatarie della fornitura di tutti gli strumenti di emogasanalisi di cui al solo lotto n.1 (di cui si controverte), sicchè, nella predetta scelta non appare configurabile alcuna violazione del disciplinare di gara, che, là dove si riferiva genericamente a "tutti i parametri attivi" si riferiva a tutti i lotti e alle esigenze di tutti i laboratori e di tutti i reparti (sicchè la precisazione delle reali esigenze di cui al lotto n.1 appare del tutto corretta e coerente con la *lex specialis*).

4.5- In merito, invece, al riscontro positivo del suddetto requisito tecnico negli strumenti offerti da De Mori e da Roche Diagnostics, si osserva, per un verso, che il supplemento di prova pratica risulta correttamente deciso ed effettuato in conformità alla legittima (per come sopra rilevato) limitazione dell'esperimento ai soli parametri di base, e, per un altro, che il rilievo dell'attivazione della cassetta dell'apparecchio offerto da De Mori in un tempo inferiore a cinquanta minuti non può ritenersi inficiato dalla comparsa, durante la prova, del warning giallo, risultando del tutto plausibili e attendibili le valutazioni tecniche della Commissione in merito all'inidoneità di tale segnale ad invalidare l'attivazione tempestiva dei parametri di emogasanalisi di base, riscontrata all'esito della (seconda) prova.

4.6- Dev'essere, da ultimo, esclusa qualsivoglia violazione della *lex specialis* nel descritto *modus procedendi*.

Se è vero, infatti, che l'Amministrazione resta vincolata all'osservanza della disciplina della procedura, per come cristallizzata nella *lex specialis*, rimanendo, perciò preclusa, la formulazione di chiarimenti modificativi di essa (cfr. ex multis Cons. St., sez. V, 22 marzo 2016, n.1173), è anche vero che, nella fattispecie in esame, la Commissione di gara si è limitata a precisare i contenuti del requisito tecnico effettivamente richiesto per la fornitura relativa al lotto n.1 (ma genericamente descritto nel disciplinare di gara con riferimento anche agli altri lotti e, quindi, alle forniture destinate a tutti i laboratori e reparti delle strutture destinatarie dell'appalto nel suo complesso) e a operare la prova pratica in coerenza con tale legittimo (in quanto inteso a precisare, e non ad alterare, l'effettiva portata di una prescrizione generica) chiarimento.

5.- Alle considerazioni che precedono conseguono, in definitiva, la reiezione del primo motivo di appello, l'accoglimento del secondo motivo e, in parziale riforma della sentenza appellata, la reiezione, nel merito, del ricorso principale di primo grado, restando, per il resto, confermata la decisione impugnata.

6.- La difficoltà e la singolarità delle questioni dibattute giustificano la compensazione delle spese processuali di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto, in parziale riforma della decisione appellata, respinge nel merito il ricorso proposto dinanzi al TAR dalla Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l., confermando, per il resto, la sentenza appellata. Compensa per intero tra tutte le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente



Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere