



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 2430 del 2012, proposto da:

Instrumentation Laboratory S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Bruna D'Amario Pallottino, con domicilio
eletto in Roma, Via Varrone n. 9;

contro

Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta (Estav) Sud-Est, in
persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv.
Domenico Iaria, con domicilio eletto in Roma, Corso Vittorio Emanuele II
n. 18;

nei confronti di

Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l., appellante incidentale, in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Izzo e
Stefano Bonatti, con domicilio eletto presso Raffaele Izzo in Roma,
Lungotevere Marzio n. 3;

Roche Diagnostics S.p.a., appellante autonomo e incidentale, in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Manzi e
Maria Alessandra Bazzani, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in

Roma, via Confalonieri n. 5;

Azienda Usl 7 di Siena, Azienda Usl 9 di Grosseto, Azienda Usl 8 di Arezzo,
Azienda Ospedaliera Universitaria Senese, n.c.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Toscana, Sezione I, n. 404 del 1 marzo 2012,
resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura quadriennale in
locazione "inclusive service" di sistemi di emogasanalisi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente per i Servizi Tecnico-
Amministrativi di Area Vasta (Estav) Sud-Est;

Visti gli appelli incidentali di Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l. e di
Roche Diagnostics S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2012 il Cons. Dante
D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati D'Amario Pallottino, Iaria,
Fumarola, per delega di Bonatti, e Mazzeo, per delega di Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta (ESTAV) Sud-
Est della Toscana, con bando di gara pubblicato il 24 dicembre 2009, ha
indetto una procedura ristretta per la fornitura quadriennale in locazione
"inclusive service" di sistemi di emogasanalisi da destinare alle Aziende USL
7 di Siena, USL 8 di Arezzo, USL 9 di Grosseto ed alla Azienda Ospedaliera
Universitaria Senese (per una spesa di € 2.248.960,00), con il criterio di
aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara hanno partecipato quattro concorrenti e, a conclusione della procedura (verbale n. 3 del 21/9/2010), è risultata prima classificata la società Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l., d'ora in avanti Siemens, (con punti 96,92), che ha preceduto la Instrumentation Laboratory S.p.a., d'ora in avanti Instrumentation, (con punti 85,14) e la Roche Diagnostics S.p.a., d'ora in avanti Roche, (con punti 85,00).

Il Direttore Generale dell'ESTAV, con deliberazione n. 1728 del 20 dicembre 2010, ha quindi approvato i verbali della gara ed ha aggiudicato la fornitura oggetto della procedura a Siemens, per il periodo dall'1/1/2011 al 31/12/2014, rinnovabile per uguale durata, per un importo quadriennale di € 2.119.507,04 (IVA esclusa).

2.- L'aggiudicazione è stata impugnata davanti al T.A.R. per la Toscana con due distinti ricorsi da Instrumentation (seconda classificata) e da Roche (terza classificata).

La Siemens (in entrambi i giudizi) ha proposto ricorso incidentale volto ad escludere le ricorrenti principali.

3.- Il T.A.R., disposta la riunione dei giudizi e facendo applicazione dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 7 aprile 2011, ha preliminarmente esaminato i ricorsi incidentali di Siemens e, con sentenza della Sezione I, n. 404 del 1 marzo 2012, li ha accolti, ritenendo che entrambe le società ricorrenti dovevano essere escluse dalla gara, con la conseguente dichiarazione di inammissibilità dei ricorsi proposti da Instrumentation e da Roche.

4.- La sentenza è stata appellata sia da Instrumentation che da Roche.

Avverso tali appelli resistono ESTAV e Siemens che ha anche proposto appello incidentale.

Nelle more del giudizio, ESTAV ha stipulato, il 22 maggio 2012, il contratto con Siemens che ha già dato avvio all'esecuzione del contratto con la

fornitura di alcune macchine (del modello RP 500) per l'emogasanalisi.

In relazione a tale circostanza Instrumentation e Roche hanno proposto motivi aggiunti.

5.- Ciò ricordato, si può passare all'esame del primo dei motivi dell'appello proposto da Instrumentation (seconda classificata nella gara in esame), che investe la questione dell'ordine di trattazione dei ricorsi (tale motivo è stato poi proposto anche da Roche, terza classificata).

Sostiene in proposito Instrumentation che erroneamente il T.A.R. ha ritenuto di dover esaminare preliminarmente il ricorso incidentale di Siemens e che deve essere rimeditato l'orientamento espresso dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, anche alla luce dell'ordinanza del T.A.R. per il Piemonte, Sezione II, n. 208 del 9 febbraio 2012, che ha sottoposto la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

5.1.- Sul punto ritiene tuttavia questa Sezione di non doversi discostare dal convincimento espresso dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 4 del 7 aprile 2011, che peraltro, con riferimento alle gare con più di due concorrenti (come quella oggetto dell'appello in esame) ha confermato l'orientamento espresso sulla stessa questione con la sua decisione n. 11 del 2008.

5.2.- Considerato quindi che, come risulta dagli atti, alla gara oggetto dell'appello in esame hanno partecipato quattro concorrenti, deve ribadirsi il principio secondo cui il ricorso incidentale, laddove diretto a contestare la legittimazione al ricorso del ricorrente principale attraverso censure volte a contestare il titolo di questi alla partecipazione alla gara, deve essere esaminato in via prioritaria, rivestendo priorità logica rispetto ai motivi articolati con il ricorso proposto in via principale (fra le tante, Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 178 del 18 gennaio 2012).

Non si ritiene quindi che, nel caso in esame possa avere ingresso il mero interesse strumentale del soggetto già escluso dalla gara (eventualmente anche

ope iudicis) ad ottenere la rinnovazione della gara con un nuovo bando.

5.3.- Del resto anche la richiamata ordinanza del T.A.R. per il Piemonte, nel rimettere la questione all'esame della Corte di Giustizia CE, ha evidenziato i profili critici della decisione secondo cui l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed abbia portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, "anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva".

5.4.- Correttamente quindi il T.A.R. per la Toscana ha esaminato in via prioritaria i motivi di ricorso incidentale di carattere escludente articolati da Siemens in primo grado sia nei confronti di Instrumentation che nei confronti di Roche.

5.5.- Facendo applicazione degli stessi principi in sede di appello saranno prioritariamente esaminate le questioni riguardanti il ricorso e l'appello incidentale di Siemens.

6.- Il T.A.R. per la Toscana, con l'appellata sentenza n. 404 del 1 marzo 2012, dopo aver respinto le prime due censure che erano state sollevate, con ricorso incidentale, da Siemens nei confronti di Instrumentation, ha ritenuto di dover accogliere la censura (proposta con un motivo aggiunto) secondo cui Instrumentation doveva essere esclusa dalla gara per non aver presentato la dichiarazione, di cui alla lett. l) dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, nonché all'art. 17 della legge n. 68 del 1999, di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili.

In proposito il T.A.R. ha ricordato che la lettera di invito alla gara indicava tra la documentazione amministrativa da presentare nell'apposita busta, ai fini della partecipazione alla procedura ristretta, il «modello tipo di dichiarazione

sostitutiva di certificazioni e dell'atto di notorietà (Allegato 2)...». La lettera di invito precisava poi che, «per ragioni di semplificazione procedurale», non doveva essere inserita in tale busta «nessun altro documento oltre quelli richiesti, ad eccezione di quanto ritenuto strettamente necessario per l'ammissione alla gara».

Il T.A.R. ha quindi rilevato che Instrumentation aveva presentato il modello in questione, con la dichiarazione che la ditta «non si trova in alcuna delle situazioni di esclusione dagli appalti pubblici previste dall'art. 38 del D. Lgs. 163/2006» ma non aveva invece prodotto (anche), come sostenuto da Siemens, «la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili che l'art. 17 della legge 12 marzo 1999 n. 68 impone alle imprese di presentare "qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni"».

6.1.- Considerato che, ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. l) del codice dei contratti pubblici, sono esclusi dalle pubbliche gare i soggetti «che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2», che consente di attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, e ricordato che, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. VI, 26 febbraio 2010 n. 1135), tale disposizione «deve essere applicata... in ogni caso ai concorrenti, indipendentemente da ogni pedissequa formula ripetitiva contenuta nella "lex specialis" del concorso» perché la previsione ha un chiaro contenuto di ordine pubblico e la sua applicazione non viene fatta dipendere dall'inserimento o meno dell'obbligo ivi previsto fra le specifiche clausole di concorso, delle singole gare, con la conseguenza che il bando, che non contenga alcun riferimento agli obblighi derivanti dalla norma legislativa anzidetta, deve intendersi dalla stessa

comunque integrato, il T.A.R. ha quindi ritenuto che non poteva ritenersi sufficiente la generica dichiarazione presentata relativa all'insussistenza di cause di esclusione dalle pubbliche gare, ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, «posto che il legislatore pretende, per l'ammissione alle procedure concorsuali, una dichiarazione "in positivo" in ordine alla circostanza "di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili"».

6.2.- Sostiene Instrumentation che la sentenza del T.A.R. non può essere condivisa in quanto, per il rispetto dei requisiti previsti dall'art. 38 del codice dei contratti, aveva posto in essere tutto quanto richiesto dalla lex specialis di gara, utilizzando, come richiesto, la relativa modulistica e rendendo tutte le dichiarazioni previste.

In particolare la stazione appaltante, in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, aveva espressamente ritenuto sufficiente la sola dichiarazione generale (riferita a tutte le fattispecie) contenuta nell'allegato 2, regolarmente presentata.

Del resto, aggiunge Instrumentation, la possibilità di autocertificare il possesso del requisito è prevista dalla stessa lett. l) della citata norma. E ciò essa ha fatto con la sua dichiarazione riguardante il possesso di tutti i requisiti generali di partecipazione, fra i quali deve ritenersi incluso il rispetto della normativa di cui alla legge n. 68 del 1999 sul diritto al lavoro dei disabili.

Conclude Instrumentation che tale elemento, comunque posseduto, ben poteva essere poi riscontrato, in sede di verifica successiva dei requisiti, e non poteva comportare l'esclusione dalla gara in virtù di quanto disposto dall'art. 46 del codice dei contratti, in mancanza di apposita previsione della lex specialis.

6.3.- Il motivo deve ritenersi fondato.

Questa Sezione conosce l'orientamento, richiamato anche dal giudice di primo grado, secondo cui il possesso del requisito, prescritto dall'art. 38, lettera l) del codice dei contratti, relativo all'osservanza della legge 12 marzo 1999 n.68, che pone norme a tutela del diritto al lavoro dei disabili, deve essere provato con apposita certificazione, non potendosi ritenere equipollente a tale scopo, date le finalità della legge, la generica dichiarazione sostitutiva attestante il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del codice dei contratti, ma ritiene di dover aderire al diverso prevalente orientamento secondo cui, fermo restando il doveroso rispetto della normativa in favore dei disabili, non vi è ragione di escludere da una gara la ditta che, nel rispetto delle disposizioni dettate dalla lex specialis di gara, abbia presentato una dichiarazione, generale ed onnicomprensiva, attestante l'inesistenza di tutte le cause di esclusione previste dall'art. 38, ed abbia così anche dichiarato di essere in regola con le norme sul lavoro dei disabili (in termini, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5497 dell'8 ottobre 2011; Sez. V, n. 6240 del 24 novembre 2011). Beninteso, la dichiarazione così resa rimane soggetta alle verifiche del caso, con la conseguenza che ove emerga la sussistenza, in concreto, della citata causa di esclusione segue l'effetto espulsivo (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6240 del 24 novembre 2011 cit.).

6.4.- Considerato che, nella fattispecie, come si è già ricordato, la disciplina di gara prevedeva la presentazione di una unica dichiarazione attestante il possesso dei requisiti previsti dall'art. 38, imponendo la redazione di un "modello tipo" di dichiarazione, predisposto in termini complessivi, si deve ritenere quindi corretto l'operato dell'amministrazione che ha ritenuto di poter ammettere alla gara Instrumentation.

Sul punto la sentenza di primo grado deve essere quindi riformata.

7.- A questo punto si deve procedere all'esame degli altri motivi del ricorso incidentale di Siemens (nei confronti di Instrumentation) che il T.A.R. ha

respinto e che Siemens ha riproposto con il suo appello incidentale.

8.- Con il primo motivo del ricorso incidentale Siemens aveva sostenuto davanti al T.A.R. che l'apparato offerto da Instrumentation contrasta con le prescrizioni del capitolato speciale in quanto comporta la necessità per l'operatore di sostenere manualmente, per tutta la durata del campionamento, il dispositivo che contiene il campione di sangue da analizzare, cosa che fra l'altro rende l'operazione non sicura.

8.1.- Il T.A.R. ha respinto il motivo osservando che, nel verbale n. 2 del 13/9/2010, la Commissione giudicatrice aveva esaminato il sistema offerto da Instrumentation e ne aveva rilevato "una lieve complessità... (esposizione della sonda e sostenimento manuale della siringa)", ma tale circostanza non era stata ritenuta né escludente, né particolarmente penalizzante, visto che per la voce "Caratteristiche tecniche strumentazione" l'offerta in questione aveva ottenuto 24 punti su 27.

Il T.A.R. aveva poi osservato che, nel verbale n. 4 del 4/10/2010, la stessa Commissione aveva replicato alle contestazioni presentate sul punto da altra concorrente, confermando di avere ritenuto l'apparecchiatura di Instrumentation rispondente "alle richieste del capitolato ed alle esigenze operative della struttura destinataria" e di avere valutato la peculiarità della soluzione tecnica proposta alla luce del chiarimento reso in data 18/2/2010.

Il T.A.R. per la Toscana aveva quindi concluso ritenendo legittimo l'operato della Commissione giudicatrice «in quanto conforme al chiarimento di cui sopra, a sua volta ispirato al principio di cui all'art. 68, comma 4, del codice dei contratti, che in tema di specifiche tecniche consente all'offerente la facoltà di proporre soluzioni che ottemperino in maniera equivalente ai requisiti definiti negli atti di gara, in modo ritenuto soddisfacente dalla stazione appaltante».

8.2.- Siemens sostiene l'erroneità della decisione del T.A.R. Dopo aver

ricordato che il Capitolato richiedeva espressamente, fra i requisiti minimi, che per l'uso dell'apparato non vi fosse la necessità per l'operatore di dover «sostenere manualmente la siringa o il capillare», al fine di rendere sicura l'operazione di campionamento in aspirazione ed evitare che l'operatore potesse venire a contatto con il sangue (potenzialmente infetto) dei pazienti, Siemens ha sostenuto che l'apparato "GEM 400" offerto da Instrumentation, come si rileva dalla documentazione tecnica (pag. 23 del Manuale dell'operatore) comporta la necessità per l'operatore di sostenere manualmente, per tutta la durata del campionamento, il contenitore del campione di sangue da analizzare. La modalità a sostenimento manuale è altresì rilevabile, aggiunge Siemens, dalla illustrazione dell'apparato "GEM 400" rinvenibile nel sito internet di Instrumentation.

8.3.- Questa Sezione ritiene il motivo fondato.

Si deve preliminarmente ricordare che la Stazione appaltante ha individuato, nell'art. 3 del Capitolato speciale, i "requisiti minimi" che devono essere posseduti dagli apparati proposti dalle imprese partecipanti. Si tratta quindi di requisiti che sono stati ritenuti indispensabili ai fini della partecipazione alla gara.

Fra i requisiti minimi, la Stazione appaltante ha richiesto un "Sistema di campionamento automatico in aspirazione, compatibile con tutti i tipi di siringhe, sicuro per l'operatore senza necessità di dover sostenere manualmente la siringa o il capillare".

Considerato che il sistema proposto da Instrumentation prevede, come sostenuto da Siemens, il sostenimento manuale della siringa o del capillare, l'offerta di Instrumentation non poteva essere ammessa alla gara per la carenza di uno dei requisiti minimi richiesti.

8.4.- Non può quindi condividersi quanto, sul punto, affermato dal T.A.R. che ha ritenuto di dover respingere il motivo proposto da Siemens perché la

Commissione giudicatrice, che pure aveva rilevato "una lieve complessità... (esposizione della sonda e sostenimento manuale della siringa)" nel sistema proposto da Instrumentation, aveva ritenuto tale circostanza «né escludente né particolarmente penalizzante, visto che per la voce "Caratteristiche tecniche strumentazione" l'offerta in questione aveva ottenuto 24 punti su 27».

Al contrario si deve ritenere che il "sostenimento manuale della siringa o del capillare" non determinava solo una "lieve complessità" nelle operazioni ma rendeva l'offerta carente in uno dei requisiti minimi esplicitamente richiesti.

8.5.- Ed irrilevante deve ritenersi anche quanto osservato dalla Commissione (verbale n. 4 del 4/10/2010) che aveva ritenuto l'apparecchiatura di Instrumentation rispondente "alle richieste del capitolato ed alle esigenze operative della struttura destinataria", avendo valutato la peculiarità della soluzione tecnica proposta alla luce del chiarimento reso in data 18/2/2010 (con il quale la stessa Commissione aveva affermato che sarebbe stato possibile accettare anche sistemi di campionamento diversi da quanto richiesto che non comportassero penalizzazioni in ordine all'automazione, all'efficienza ed all'efficacia del sistema e alla sicurezza dell'operatore).

Infatti la Commissione di gara, nello svolgimento dei suoi compiti, può fornire anche chiarimenti sulle eventuali clausole ambigue contenute nelle disposizioni di gara e può anche valutare la possibile equivalenza delle soluzioni tecniche proposte dalle imprese partecipanti, ai sensi dell'art. 68 del d. lgs. n. 163 del 2006, ma non può modificare le disposizioni dettate per lo svolgimento della gara e non può quindi ammettere alla gara imprese che hanno proposto soluzioni tecniche che non rispettano i requisiti minimi che erano stati richiesti dalla lex specialis della gara.

8.6. - Sulla base di tali considerazioni si deve ritenere che Instrumentation doveva essere esclusa dalla gara per la carenza dei requisiti minimi previsti dal

Capitolato speciale.

8.7.- L'appello incidentale di Siemens deve essere quindi accolto, con l'assorbimento dell'altro motivo, e, sebbene con diversa motivazione, la sentenza del T.A.R. per la Toscana che ha ritenuto che Instrumentation doveva essere esclusa dalla gara deve essere confermata.

Ciò non consente, facendo applicazione dei richiamati principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, di esaminare gli altri motivi dell'appello di Instrumentation che deve ritenersi quindi inammissibile.

9.- A questo punto si deve passare all'esame dell'appello di Roche (terza classificata nella gara) che ha contestato la decisione del T.A.R. per la Toscana per aver ritenuto fondato il motivo escludente del ricorso incidentale, proposto nei suoi confronti da Siemens, riguardante l'utilizzo delle siringhe da 1 ml, nella modalità di campionamento automatico dell'apparecchio proposto.

9.1.- Sostiene Roche che la sentenza sul punto è contraddittoria (per il riferimento a profili tecnici complessi) ed è stata pronunciata in assenza delle necessarie verifiche istruttorie, mentre sarebbe stata necessaria una apposita C.T.U.

Osserva poi Roche che, in concreto, come era stato rilevato dalla Commissione di gara, lo strumento proposto può funzionare con tutte le siringhe ed anche con quelle da 1 ml, anche se, in tal caso, l'uso deve essere effettuato con particolare attenzione perché la quantità di campione all'interno della siringa potrebbe non essere sufficiente per svolgere tutto il pannello analitico richiesto.

Quindi anche le siringhe da 1 ml. sono compatibili ma Roche ne sconsiglia l'utilizzo in quanto non presentano le migliori caratteristiche tecniche idonee o comunque appropriate per l'emogasanalisi.

La limitazione, aggiunge Roche, riguarda, in ogni caso, solo la fase di

aspirazione mentre le siringhe da 1 ml. possono essere normalmente utilizzate in modalità di iniezione.

Erroneamente quindi il TAR ha sovrapposto due concetti tecnico scientifici distinti: la compatibilità dello strumento con le siringhe e l'opportunità di utilizzare o meno determinati tipi di siringhe.

9.2.- Il motivo non è fondato.

Al riguardo si è già prima ricordato che la Stazione appaltante ha individuato, nell'art. 3 del Capitolato speciale, i "requisiti minimi" che devono essere posseduti dagli apparati proposti dalle imprese partecipanti.

Fra i requisiti minimi, come si è pure già prima ricordato, la Stazione appaltante ha richiesto un "Sistema di campionamento automatico in aspirazione, compatibile con tutti i tipi di siringhe, sicuro per l'operatore senza necessità di dover sostenere manualmente la siringa o il capillare".

Considerato che a pag. B-22 delle "Istruzioni per l'uso" del sistema Cobas b221 (proposto da Roche) si legge la seguente avvertenza: «Attenzione: Le siringhe da 1 ml. non possono essere utilizzate per la modalità software "Aspirare da siringa"», lo strumento offerto da Roche non possedeva, come correttamente rilevato dal T.A.R., i (citati) requisiti minimi richiesti dal Capitolato speciale di gara.

Lo strumento offerto non è infatti, per ammissione della stessa società produttrice, compatibile, nella modalità in aspirazione, "*con tutti i tipi di siringhe*", come invece era espressamente richiesto dal Capitolato tra i "requisiti minimi".

9.3.- Sostiene Roche, anche in appello, che le siringhe da 1 ml. sarebbero comunque compatibili con lo strumento offerto ma che il loro utilizzo sarebbe solo sconsigliato dalla società in quanto non pienamente idonee per l'emogasanalisi. Ma tali affermazioni, come giustamente sottolineato dal T.A.R., non sono sufficienti a «superare l'inequivoca formulazione

dell'avvertenza... che esclude l'utilizzabilità delle siringhe in questione sullo strumento offerto».

9.4.- Né, anche se la limitazione riguardava la sola fase di aspirazione, la Commissione di gara poteva ammettere un sistema di campionamento che non possedeva i requisiti minimi richiesti dal Capitolato.

9.5.- Si deve solo aggiungere che, per quanto esposto, la decisione appellata non può ritenersi contraddittoria per aver fatto espresso riferimento a valutazioni da compiersi su profili tecnici complessi e, comunque, non necessitava di particolari verifiche istruttorie, considerata l'inequivoca formulazione dell'avvertenza che esclude l'utilizzabilità delle siringhe da 1 ml sullo strumento offerto. Per le stesse ragioni si deve ritenere non necessario alcun ulteriore approfondimento istruttorio sul punto e deve essere respinta la richiesta di C.T.U. avanzata in appello da Roche.

10.- Anche Roche, come già affermato dal T.A.R., doveva essere quindi esclusa dalla gara in questione e ciò non consente, facendo applicazione dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, di esaminare gli altri motivi del suo appello e rende inutile l'esame dei motivi dell'appello incidentale proposto anche nei suoi confronti da Siemens.

11.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, deve essere accolto l'appello incidentale proposto da Siemens nei confronti di Instrumentation, con la conseguente inammissibilità dei motivi del ricorso di Instrumentation non esaminati, e deve essere respinto l'appello di Roche. La sentenza del T.A.R. per la Toscana, Sezione I, n. 404 del 1 marzo 2012 deve essere pertanto confermata, seppure in parte con diversa motivazione.

Le spese e competenze di giudizio possono essere compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

- accoglie l'appello incidentale proposto da Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l. nei confronti di Instrumentation Laboratory S.p.a, e, in conseguenza, dichiara inammissibile il ricorso proposto da Instrumentation Laboratory S.p.a.;
- respinge l'appello di Roche Diagnostics S.p.a.;
- conferma, in parte con diversa motivazione, la sentenza del T.A.R. per la Toscana, Sezione I, n. 404 del 1 marzo 2012;
- dispone la compensazione fra le parti delle spese e competenze di giudizio;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/08/2012

IL SEGRETARIO

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

