

N. 04592/2012REG.PROV.COLL.
N. 00458/2012 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 458 del 2012, proposto da:

Azienda Ospedaliera Mater Domini, rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo Gualtieri, con domicilio eletto presso lo studio Rosati - Bei in Roma, via Ovidio n. 10;

contro

Diasorin s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Merani e Stefano Gattamelata, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore n. 22;

nei confronti di

Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Raffaele Izzo e Stefano Bonatti, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE II n. 01554/2011, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per la fornitura in service di reagenti per l'u.o. di chimica clinica

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e gli appelli incidentali di Diasorin s.p.a. e di Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 giugno 2012 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Gualtieri, Cuonzo su delega di Gattamelata, Bonatti e Izzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda ospedaliera Mater Domini di Catanzaro ha indetto una procedura aperta per la fornitura di prodotti sanitari suddivisa in lotti, a loro volta suddivisi in raggruppamenti. Al lotto n. 2, raggruppamento n. 1, avente ad oggetto sistemi analitici in service, partecipavano l'a.t.i. Beckman Coulter s.p.a./Diasorin s.p.a., e Siemens Healthcare Diagnostics s.p.a.. Con deliberazione dirigenziale 8 giugno 2011 n. 563 il raggruppamento 1 del lotto 2 è stato aggiudicato in favore di Siemens.

Avverso l'aggiudicazione Diasorin ha proposto ricorso davanti al TAR per la Calabria, sede di Catanzaro, che con sentenza in forma abbreviata 13 dicembre 2011 lo ha accolto in relazione al primo motivo, inteso a far valere l'illegittimità della mancata esclusione di Siemens per presentazione di offerta economica duplice, previa reiezione del ricorso incidentale di quest'ultima; ha altresì accolto la domanda risarcitoria in forma specifica, affermando che l'appalto dovrà essere aggiudicato all'impresa ricorrente principale quale seconda (ed ultima) classificata in graduatoria, quindi vincitrice dopo l'esclusione dell'originaria aggiudicataria.

Di qui l'appello – principale – in epigrafe, notificato il 16 gennaio 2012 e depositato il 24 seguente, col quale l'Azienda ha dedotto:

1.- Il TAR ha ritenuto di accogliere la predetta censura, presentata dalla

ricorrente in via principale, e non ha esaminato i restanti motivi in quanto presentati in via subordinata, i quali invece, se accolti, avrebbero comportato la caducazione dell'intera procedura ritenuta viziata dalla stessa ricorrente e quindi meritavano esame prioritario.

2.- La sentenza è errata soprattutto nel merito, poiché è errato che Siemens abbia presentato una doppia offerta con differenti prezzi, atteso che la "tabella fornitura" non costituisce nuova offerta, contenendone gli stessi dati con l'aggiunta di altri tre dati di mero completamento, che niente hanno a che fare con la manifestazione di volontà. Il problema era invece che la commissione ha preso in considerazione prezzi diversi da quelli indicati nell'offerta, in spontanea, legittima e doverosa correzione di oggettivi errori materiali con semplici calcoli matematici, fermo restando il ribasso del prezzo ufficiale che rappresenta il parametro di riferimento dell'offerta ai sensi dell'art. 90 del d.P.R. n. 554 del 1990, oggi trasfuso dell'art. 119 del d.P.R. n. 270 del 2010, e l'espressione della volontà dell'offerente. La correzione era necessaria, nonché consentita dall'art. 6 del capitolato (come rettificato dal chiarimento del 2 febbraio 2010), anche per omogeneizzare le offerte ai fini del loro confronto, posto che la seconda classificata aveva calcolato il costo del singolo test sulla base del numero di test contenuti nella confezione.

3.- In subordine, è errata anche la statuizione di aggiudicazione in favore di Diasorin, stanti le due specifiche "facoltà", che l'Azienda si era riservata con il non impugnato art. 6 del disciplinare, di procedere all'aggiudicazione pure in presenza di una sola offerta valida o di non procedervi in caso di offerta ritenuta economicamente non conveniente.

Con atto inoltrato per la notifica il 31 gennaio 2012 e depositato il giorno seguente Siemens si è costituita in giudizio ed ha proposto appello incidentale avverso la sentenza appellata, tanto nella parte con cui è stato respinto il suo ricorso incidentale, quanto in quella con cui è stato accolto il

ricorso principale.

All'uopo ha dedotto:

1.- Quanto al ricorso incidentale: *Error in iudicando*. Illogicità e contraddittorietà. Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi e delle eccezioni allegati dalla controinteressata.

Si deduceva che l'ati Beckmann-Diasorin dovesse essere esclusa per aver offerto non un analizzatore automatico o un sistema integrato di analizzatori automatici capace di eseguire in una sola seduta almeno il 70% dei test, come richiesto, ma due distinti analizzatori nessuno dei quali in grado di effettuare 70% dei test, né integrati perché, come rilevato dal commissario esperto, occorre il passaggio manuale dei campioni di sangue dall'uno all'altro affinché gli esami possano proseguire, dunque due sedute parziali autonome, in tal modo restando insoddisfatto l'interesse sostanziale dell'Amministrazione. Dal canto suo, il TAR ha ritenuto il sistema come "integrato" in base al risultato finale, senza considerarne le modalità tali da spezzare in due il test, mentre si richiedeva un'unica attività manuale di inserimento dei campioni.

Si deduceva, inoltre, che Diasorin dovesse essere esclusa anche per aver dichiarato di "aver riportato" condanne penali; al riguardo, il TAR ha ritenuto trattarsi di imprecisione linguistica superata da altra dichiarazione. Di contro, l'Amministrazione era obbligata a tener conto della dichiarazione di motivi ostativi, senza possibilità di apprezzamento discrezionale, pena, altrimenti, la privazione di senso della richiesta delle autodichiarazioni.

2.- Quanto al ricorso principale: *Error in iudicando*. Illogicità e contraddittorietà. Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi e delle eccezioni allegati dalla controinteressata.

La propria offerta economica non avrebbe potuto essere considerata duplice od indeterminata, poiché i dati contenuti nella tabella allegata erano

di mero complemento, oggettivi e non modificabili, non connessi all'offerta né rivelanti discrasie, anzi la tabella conferma l'offerta stessa. Quanto alla correzione, si tratta di emendamento di meri errori materiali di calcolo facilmente riconoscibili, dal momento che essa aveva indicato un costo unitario maggiorato per aver tenuto conto dei possibili sprechi ed il costo unitario del reagente è calcolabile con semplici operazioni aritmetiche, dividendo il prezzo totale per il numero dei reagenti.

Anche Diasorin si è costituita in giudizio e con atto inoltrato per la notifica il 7 febbraio 2012, depositato lo stesso giorno, ha svolto controdeduzioni nonché proposto appello incidentale, col quale ha dedotto:

1.- Violazione e falsa applicazione dei principi di custodia e segretezza delle offerte. Violazione del principio di buon andamento.

Le buste contenenti le offerte economiche sono state aperte nella seduta 20 luglio 2010 ma esaminate nella seduta del 10 maggio 2011, in cui sono stati valutati i prezzi, peraltro con un'indebita operazione ermeneutica, senza che mai nei verbali si riportino le modalità di custodia dei plichi.

2.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 120, comma 2, del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207. Violazione del principio di pubblicità e di trasparenza nelle gare pubbliche.

Le offerte economiche, aperte in seduta pubblica, sono state però esaminate in seduta riservata anziché in seduta pubblica come richiesto dal principio codificato dall'art. 120, co. 2, del d.PR 5 ottobre 2010 n. 207.

In più memorie le parti hanno controdedotto alle tesi avversarie ed insistito nelle rispettive ragioni e richieste, ribadite all'odierna udienza pubblica.

DIRITTO

1. Stanti i principi enunciati dalla sentenza 7 aprile 2011 n. 4 dell'Adunanza plenaria in tema di ordine di trattazione dei ricorsi principali e incidentali, aventi per oggetto la contestazione incrociata degli atti di ammissione alla gara dei concorrenti, in questa sede va data priorità all'esame dei primi due

motivi dell'appello incidentale dell'aggiudicataria Siemens, intesi appunto a contestare l'ammissione alla procedura selettiva di cui si controverte dell'a.t.i. Beckmann/Diasorin, unica altra concorrente rimasta in gara.

2. Col primo di tali motivi si sostiene che l'a.t.i. dovesse essere esclusa per non aver offerto il chiesto "Analizzatore completamente automatico o sistema integrato di analizzatori automatici di ultima generazione per dosaggi immunometrici, eseguibili in un'unica seduta di almeno il 70% dei test del lotto". Tanto perché il sistema proposto non sarebbe "integrato", in quanto composto di due distinti analizzatori i quali necessitano del passaggio manuale dei campioni dall'uno all'altro, quindi l'esecuzione dei test si svolgerebbe in due sedute autonome; inoltre nessuno dei due analizzatori realizzerebbe il 70% dei test, poiché l'uno ne esegue il 57% (26 su 46) e l'altro il 42% (19 su 42), il risultato finale non potendo considerarsi unitariamente attesa l'autonomia delle due sedute parziali.

Tali censure muovono da un concetto di "sistema integrato" secondo cui in tal senso non sarebbe configurabile quello offerto dall'ati Beckmann/Diasorin composto, come si legge nella relazione tecnica redatta dal commissario appositamente incaricato, da "due analizzatori gestiti da un'unica postazione informatica in grado di eseguire check-in e smistamento dei campioni di ingresso nel laboratorio".

Peraltro, il commissario ha precisato che "non è stato richiesto (...) che gli analizzatori venissero messi in linea, per cui il passaggio manuale del campione da un analizzatore automatico all'altro nel sistema integrato Beckmann/Diasorin non rappresenta una condizione che impedisce il normale svolgimento della seduta". Inoltre, quanto alla proposta in parola, precisato ancora che "A seconda del mix di test programmati, la seduta analitica potrà prevedere l'esecuzione dei dosaggi su entrambe le piattaforme, oppure su una delle due", il commissario ha rilevato che "Nel caso in cui venissero utilizzati entrambi gli analizzatori, essi lavoreranno in

modalità parallela e non sequenziale; l'esecuzione dei dosaggi su UniCel Dx1 800 e su Liaison avverrà quindi contemporaneamente. Ciò permette di eseguire in un'unica seduta il 100% dei test richiesti in gara”.

Ciò posto, la Sezione è dell'avviso che, in mancanza di una definizione certa in campo tecnico-scientifico del concetto di “sistema integrato” nello specifico settore degli analizzatori, non si possa non rimettere alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante l'apprezzamento se, nonostante nel sistema proposto da Beckmann/Diasorin occorra che l'operatore provveda due volte all'introduzione manuale dei campioni, ossia sia necessario il passaggio parimenti manuale dei campioni dal primo al secondo analizzatore, si sia in presenza o meno di un sistema “integrato”. In altri termini, alla stregua delle regole tecnico-scientifiche proprie del settore non può escludersi che il “sistema” (vale a dire un complesso composto da più elementi) possa essere qualificato come “integrato”, nel senso che gli elementi che lo compongono siano caratterizzati da unitarietà e complementarietà funzionale, nella specie rese evidenti dall'unicità della postazione informatica. Pertanto, la positiva valutazione tecnico-discrezionale - tipicamente insindacabile sotto il profilo del merito - della stazione appaltante risulta immune da vizi di manifesta irrazionalità o travisamento dei fatti, sicché vanno disattese le censure predette, con la quali, in ultima analisi, Siemens tende a sostituire col proprio il giudizio dell'Amministrazione.

Va da sé, inoltre, che il 70% dei test dev'essere riferito all'utilizzazione contemporanea di entrambi gli analizzatori, i quali sono in grado di operare appunto contemporaneamente e, dunque, in unica seduta.

3. Col motivo seguente Siemens sostiene che l'a.t.i. Beckmann/Diasorin dovesse essere esclusa per aver dichiarato di aver riportato condanne penali. In proposito, la Sezione rileva che si è trattato di errore materiale, facilmente riconoscibile poiché la dichiarazione in questione (di “aver

riportato” condanne per alcuno dei delitti richiamati dall’art. 32 *quater* c.p., cioè per delitti tutti indubbiamente riconducibili a quelli che incidono gravemente sulla moralità professionale) non è che un’ulteriore specificazione della dichiarazione circa “l’insussistenza in capo al titolare (...) di condanne (...) per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale (...) per uno o più reati di partecipazione ad un’organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio ...”, in cui quei reati sono già chiaramente inclusi.

4. Pervenendo ora all’esame dell’appello principale dell’Azienda, si ricorda che col relativo secondo motivo si contesta l’accoglimento da parte del primo giudice della censura di Diasorin secondo cui Siemens avrebbe presentato un’offerta incerta ed indeterminata, ossia una doppia offerta con due diversi prezzi derivanti da due differenti metodi di calcolo. In realtà, Siemens avrebbe prodotto un’unica offerta, a cui ha allegato una “tabella di fornitura” in cui si indicano gli stessi dati (stesso numero di test per triennio, stesso prezzo ufficiale per confezione, stesso sconto, stesso prezzo per analita) e tre dati in più: prezzo per confezione, costo totale nel triennio e numero dei test contenuti in ogni confezione, non aventi valore di espressione di volontà, sicché la tabella non sarebbe una seconda offerta e non conterrebbe elementi di discrasia rispetto all’offerta.

Il problema sarebbe consistito, invece, nel fatto che la commissione ha preso in considerazione prezzi diversi da quelli indicati nell’offerta, in spontanea, legittima e doverosa correzione di errore materiale del prezzo per singolo test, ivi indicato in base ad un possibile “sfrido”, non corrispondente al prezzo unitario derivante dal quoziente tra prezzo della confezione e test in essa contenuti, con applicazione del ribasso offerto. La correzione consisterebbe, cioè, in semplice rifacimento di meri calcoli, basati sulla volontà espressa dalla ditta tramite il ribasso sul prezzo ufficiale; ribasso costituente l’unico dato originario valido ed identificante

l'offerta in base al principio emergente dall'art. 90 del d.P.R. n. 554 del 1999 (oggi art. 119 del d.P.R. n. 207 del 2010, che fa espresso riferimento anche alle "forniture").

Si aggiunge, poi, che la necessità della correzione sarebbe stata determinata anche dal fatto che Diasorin aveva calcolato il costo del singolo test in base al numero dei test contenuti nella confezione, sicché sarebbe occorso omogeneizzare i dati per poter confrontare le offerte, come consentito dall'art. 6 del capitolato (giusta rettifica del 2 febbraio 2010), secondo cui il punteggio economico doveva essere attribuito "tenendo conto della media aritmetica dei prezzi offerti per singoli analiti, comparabili tra loro".

Analogamente, col terzo motivo Siemens evidenzia come vi sia totale identità di informazioni contenute nell'offerta e nella "tabella fornitura"; in quest'ultima risultando indicati dati in più che nulla aggiungerebbero alla consistenza dell'offerta, nonché come la correzione non potesse ritenersi conseguenza dell'incertezza dell'offerta, essendo invece determinata dalla necessità sia di emendare l'offerta da errori materiali di calcolo (in quanto nell'indicare prezzo unitario era stato tenuto conto di possibili sprechi, anziché dividere il prezzo per confezione per il rispettivo numero di test), sia di garantire la comparazione delle offerte ai sensi dell'art. 6 del capitolato.

Al riguardo, la Sezione osserva come stia di fatto che la commissione, nell'elaborare il punteggio relativo al prezzo offerto, quanto all'offerta di Siemens non ha tenuto conto dei dati relativi ai prezzi unitari dei singoli analiti risultanti dall'offerta stessa (ivi indicati non come quelli rivenienti dal prezzo della confezione diviso il numero test contenuti in essa, ma come i prezzi rivenienti dall'importo totale del numero delle confezioni che occorre acquistare per ottenere il numero dei test preventivati diviso tale ultimo numero, ossia tenuto conto degli "sprechi" di materiale), bensì ha preso a base del computo i diversi importi ricalcolati dividendo il prezzo

della confezione per il numero dei rispettivi test, peraltro senza indicare in verbale di aver compiuto siffatte operazioni.

Si tratta, dunque, di stabilire non già se fosse indeterminata o duplice – come ritenuto dal TAR - l'offerta di Siemens, stante l'evidente unicità del suo contenuto, bensì se effettivamente ricorra l'ipotesi di consentita "correzione di errore materiale", necessariamente riconoscibile, ovvero di illegittima manipolazione dell'offerta, come pure dedotto dalla ricorrente in primo grado e ribadito in questa sede.

In proposito, evidenziato che la commissione ha utilizzato anche dati contenuti nella "tabella fornitura", che la correzione non ha riguardato un solo dato, ma tutti i dati poiché l'errore è stato sistematico, che l'offerta è la più importante dichiarazione che il concorrente rende nell'ambito della gara, in quanto contenente un elemento contrattuale essenziale, e che l'oggettiva volontà di Siemens resa palese per come manifestata nella rispettiva offerta, al di là di quelle che possano essere state le sue reali intenzioni, era quella di cedere ciascun test al prezzo unitario ivi esposto, la Sezione ritiene che, pur trattandosi di errore ma contrariamente a quanto ritenuto in ordine alla circostanza trattata al precedente punto 3), in questo caso l'errore non possa essere considerato oggettivamente e palesemente riconoscibile, quindi correggibile, giacché per la correzione è stato necessario alla commissione non solo avvalersi della "tabella fornitura", bensì soprattutto individuare il significato e l'origine del dato e ricostruire un dato diverso. In sostanza la commissione ha compiuto, peraltro senza darne atto in verbale, in primo luogo un'attività interpretativa dei documenti e solo in secondo luogo una serie di operazioni matematiche, così pervenendo ad integrare o, meglio, a sostituire l'espressione di volontà di Siemens, ossia a manipolarne l'offerta. Infine, appunto in quanto sostituzione dell'indicato prezzo di ogni test con altro valore a seguito di dette complesse attività, comprensive della ricerca e comprensione della

causa ultima della discordanza, è chiaro che la correzione non può ritenersi giustificata dalla necessità di comparare i prezzi offerti per singoli analiti ai sensi dell'art. 6 del capitolato (come modificato dal comunicato in data 2 febbraio 2012).

Ne deriva che, nella specie, va fatta applicazione del costante indirizzo giurisprudenziale secondo cui sussiste il divieto per la stazione appaltante di sottoporre l'offerta ad operazioni manipolative e di adattamento, risultando altrimenti violati la *par condicio* dei concorrenti, l'affidamento da essi posto nelle regole di gara per modulare l'offerta economica e le esigenze di trasparenza e certezza (con conseguente necessità di prevenire possibili controversie sull'effettiva volontà dell'offerente) delle gare pubbliche (cfr., tra le tante, Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2011 n. 1299; sez. V, 08 febbraio 2011 n. 846 e 14 settembre 2010, n. 6687; sez. IV, 28 dicembre 2005 n. 7470). A fronte di ciò, risulta evidentemente recessivo il principio della conservazione delle offerte, né può farsi applicazione dell'art. 90 del d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (ora art. 119 del d.P.R. 10 dicembre 2010 n. 207), il quale detta prefissati criteri volti a comporre discordanze tra le diverse componenti dell'offerta "a prezzi unitari" delle lavorazioni e forniture occorrenti per l'esecuzione delle opere o lavori pubblici, indicate in apposita lista dalla stazione appaltante, vale a dire in un'ipotesi qui non ricorrente.

Infine, la correzione non appare giustificabile alla luce del

5.- Quanto all'appello incidentale di Diasorin, col primo mezzo si lamenta che le offerte economiche, aperte 20 luglio 2010 ed esaminate 10 maggio 2011, per molti mesi siano rimaste aperte ed incustodite, in assenza di indicazioni nei verbali delle modalità di custodia e delle cautele adottate.

Tuttavia, la Sezione ha già espresso l'avviso, dal quale il Collegio non ravvisa motivo di discostarsi, che la mancata verbalizzazione delle modalità di custodia non sia motivo di illegittimità se la censura non sia sorretta da allegazione che si sia verificata manomissione (cfr. Cons. St., sez. III, 13

maggio 2011 n. 2908).

Oltretutto, nella specie le offerte economiche non erano più segrete, essendo state aperte nella seduta del 20 luglio 2010 (verbale n. 5), in cui ai concorrenti è stata fatta prendere visione reciproca delle offerte stesse, sicché nessun rischio di alterazione vi era più e, del resto, Diasorin neppure ipotizza una qualche irregolarità al riguardo.

6.- Col secondo mezzo la stessa Diasorin lamenta ancora che l'esame delle offerte economiche e la redazione della tabella di valutazione siano stati effettuati in seduta riservata, in violazione del principio di cui all'art. 120, co. 2, del citato d.P.R. n. 207 del 2010, richiedente la lettura dei prezzi offerti. In proposito, sottolinea che solo le attività discrezionali (quali la valutazione offerte tecniche) potrebbero essere effettuate in seduta riservata, tutte le altre attività dovendo essere svolte in seduta pubblica in base ai principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza, al fine di garantire la correttezza formale e sostanziale del procedimento di gara e consentire agli interessati di controllare costantemente l'operato della commissione.

Tuttavia, ricordato comunque come nel verbale della menzionata seduta del 20 luglio 2010 si dia atto che "ogni ditta prende visione presentata dalla ditta concorrente", per l'aspetto preso in considerazione col motivo in esame l'appellante incidentale deve ritenersi priva di interesse, dal momento che, per effetto delle conclusioni raggiunte al precedente paragrafo 4, l'Azienda ospedaliera dovrà procedere al rinnovo della valutazione dell'offerta economica di Siemens, all'attribuzione del relativo punteggio ed alla riformulazione della graduatoria finale.

7.- Né l'esito di conferma della sentenza appellata - sia pure con le modificazioni ed integrazioni motivazionali sub 4) - a cui la Sezione è sin qui pervenuta muta in ragione dei motivi dell'appello principale ancora non esaminati.

Il primo di essi è inteso a contestare l'esame prioritario da parte del TAR della censura di Diasorin riguardante la mancata esclusione di Siemens per aver presentato un'offerta indeterminata, anziché le censure, pur formulate in via subordinata, dirette alla caducazione dell'intera procedura e che per questo avrebbero meritato priorità a tutela dell'interesse pubblico, il quale imporrebbe l'impossibilità di avallare una procedura ritenuta viziata dalla stessa parte ricorrente, mentre il principio di seguire l'ordine d'esame indicato da quest'ultima non consentirebbe di alterare la logica processuale o il rapporto giuridico tra i diversi motivi.

A prescindere dalla considerazione che, in presenza dei prescritti presupposti di legge, nulla vieta all'Azienda di provvedere in autotutela all'annullamento integrale della procedura che ritenga effettivamente viziata, e che anche con riguardo a tale doglianza è in parte venuto meno ogni interesse dell'Azienda stessa in relazione alla censura di Diasorin trattata al precedente punto 6), nel merito la doglianza non coglie comunque nel segno. Ciò alla stregua dell'orientamento giurisprudenziale assolutamente pacifico secondo il quale, nel quadro del principio generale della domanda, la graduazione delle domande in via principale o subordinata costituisce espressione dell'ampiezza dell'esercizio dell'azione che va riconosciuta anche nel processo amministrativo, in armonia con il principio di livello costituzionale di pienezza dei mezzi di tutela, sicché sussiste l'obbligo del giudice di esaminare i motivi di ricorso in base all'ordine che la parte ha stabilito in relazione al grado decrescente di soddisfazione del proprio interesse al bene della vita perseguito nel caso concreto (cfr., ad esempio, Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2010 n. 21 e 26 novembre 2008 n. 5841, ivi citata, nonché sez. V, 1° aprile 2009 n. 2070).

Il terzo motivo dello stesso appello concerne la statuizione secondo cui Diasorin era "risultata vincitrice della gara in seguito all'esclusione dell'impresa aggiudicataria", allegandosi che in tal modo si precluderebbe

all'Azienda di prendere in considerazione l'opportunità e la convenienza di non procedere all'aggiudicazione ai sensi dell'art. 6 del disciplinare, il quale prevede la facoltà, oltre a quella di procedere all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida, di non procedere all'aggiudicazione qualora l'Azienda "dovesse rilevare elementi di antieconomicità o altro, senza che le ditte partecipanti possano accampare diritti di sorta, rimborsi o indennità di ogni genere".

Si è già detto, però, che l'Amministrazione dovrà rinnovare la parte finale della gara ricomputando il punteggio economico di Siemens in base ai prezzi indicati in offerta. E' poi evidente che, anche sulla scorta del nuovo esito, rimarrà libera di far o meno uso della facoltà in parola, quindi ben potrà motivatamente non procedere all'aggiudicazione definitiva, ove ne ricorrano i presupposti. Non senza dire che con la statuizione ricordata il primo giudice non ha di certo messo in discussione la medesima facoltà, essendosi limitato a trarre la logica conseguenza in ordine all'individuazione dell'aggiudicataria (provvisoria) dopo l'esclusione della prima graduata; esclusione non più tale per quanto esposto sopra.

8.- In conclusione, come già detto la sentenza appellata va confermata con le precisazioni e limitazioni di cui al punto 4. Pertanto tutti gli appelli - principale ed i due incidentali - devono essere respinti.

Tuttavia la complessità e la peculiarità 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 l'appello principale e gli appelli incidentali.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 1 giugno e 6 luglio

2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/08/2012

IL SEGRETARIO

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