



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8894 del 2010, proposto da:
Crisel S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avv. Gaetano Lepore e Maria Claudia
Lepore, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via
Cassiodoro, n. 6;

contro

Agenzia Veneta per i Pagamenti in Agricoltura – A.V.E.P.A., in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dagli avv. Andrea Manzi, Bianca Peagno ed Ezio Zanon, con
domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via
Confalonieri, n. 5;

nei confronti di

di Geotop s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,

non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Veneto – Venezia, Sezione I, n. 04755/2010, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento dei provvedimenti di esclusione, di aggiudicazione provvisoria e di comunicazione di aggiudicazione definitiva della gara per la fornitura di strumentazione GPS per attività di misurazione di superfici agricole del d.d. n. 203 del 27.7.2009, nonché della stipula del contratto e dell'effettuazione della fornitura (con richiesta di risarcimento danni);

inoltre per l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara della appellante e per la conseguente aggiudicazione ad essa della gara, ovvero per la condanna al risarcimento del danno nella misura del 10% del prezzo a base d'asta o della misura minore o maggiore ritenuta di giustizia;

in subordine, nell'ipotesi che sia ritenuta legittima la esclusione della Crisel s.r.l., per la condanna della intimata Agenzia al rinnovo della gara o al risarcimento del danno in favore di detta società;

per l'applicazione, in caso di risarcimento per equivalente, delle sanzioni previste dall'art. 123 del c.p.a. nella misura massima;

per la condanna delle parti resistenti al pagamento di € 10.000,00, o della somma ritenuta di giustizia, ex art. 26 del c.p.a.;

per la emanazione dell'ordine di pubblicazione della decisione.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Agenzia Veneta per i Pagamenti in Agricoltura - AVEPA ;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2011 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Lepore e Mazzeo, per delega dell'avv. Manzi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame la Crisel s.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata, con la quale era stato respinto il ricorso, corredato da motivi aggiunti, proposto contro la esclusione, la aggiudicazione provvisoria e la comunicazione di aggiudicazione definitiva della gara per la fornitura di strumentazione GPS per attività di misurazione di superfici agricole, nonché contro la stipula del contratto e l'effettuazione della fornitura (con richiesta di risarcimento danni); inoltre ha formulato le ulteriori richieste di annullamento, aggiudicazione, condanna, emanazione di ordine e applicazione di sanzioni pure in epigrafe indicate.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Illegittimità del provvedimento di esclusione della appellante.

Con la impugnata sentenza è stata ritenuta legittima la esclusione

dalla gara dell'appellante in quanto la dichiarazione attestante il possesso del fatturato nei tre anni precedenti la pubblicazione del bando riportava una fornitura dell'anno ancora precedente e perché la dichiarazione sostitutiva attestante il possesso dei requisiti ex art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 non era stato debitamente compilata in alcuni punti, senza tenere nel debito conto che la A.V.E.P.A. aveva già indetto una gara avente ad oggetto la medesima fornitura ed era quindi a conoscenza del possesso di essi requisiti da parte della Crisel s.r.l., sicché la Commissione avrebbe almeno dovuto chiedere chiarimenti al riguardo ex art. 46 del d. lgs. n. 163/2006 (come ha invece fatto con riguardo a dichiarazioni incomplete della Geotop s.r.l., con atti viziati da manifesta ingiustizia e disparità di trattamento).

Il T.A.R. ha anche esaminato superficialmente le argomentazioni a sostegno della irrilevanza dei dati omessi dall'appellante, che aveva poi inviato alla stazione appaltante la prevista dichiarazione, completa dei dati mancanti, comunque prima dell'esame della offerta tecnica.

2.- Illegittimità della ammissione alla gara e della aggiudicazione della stessa a Geotop s.r.l., sia per non conformità del prodotto da essa offerto, sia per carenza della sua offerta tecnica e sia per insufficienza delle giustificazioni da essa presentate ai fini della ammissione alla gara e della valutazione della anomalia della offerta.

3.- Annullabilità del contratto stipulato tra la Geotop s.r.l. e la

A.V.E.P.A. ex art. 11, comma 10, del d. lgs. n. 163/2006, Direttiva 2007/66/CE e per i principi ivi contenuti e codificati nei decreti 53/2010 e 104/2010, per essere stato esso stipulato immediatamente dopo l'aggiudicazione ed essere stata comunicata alla appellante l'avvenuta aggiudicazione a contratto concluso ed eseguito.

Il T.A.R. non ha tenuto conto dei principi contenuti nella epigrafata Direttiva e nella ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 2906/2010, tacendo su domande poste in via autonoma rispetto all'accertamento della legittimità della esclusione della appellante, atteso che i vizi denunciati, che attenevano alla procedura di aggiudicazione, avrebbero dovuto comportare l'annullamento del contratto.

Infatti gli appalti conclusi, come nel caso di specie, in violazione del termine sospensivo e della sospensione automatica dovrebbero essere considerati privi di effetti, in presenza di violazioni della Direttiva 2004/18/CE o della Direttiva 2004/17/CE (cioè illeciti di carattere sostanziale), nella misura in cui tali violazioni abbiano influito sulle opportunità dell'offerente che abbia presentato ricorso di ottenere l'appalto.

Il T.A.R. avrebbe quindi dovuto vagliare la procedura concorsuale indipendentemente dalla esclusione della Crisel s.r.l. ed annullare il contratto, non sussistendo nel caso di specie esigenze imperative tali da imporne il mantenimento degli effetti.

4.- In subordine: risarcimento dei danni per equivalente, sussistendo

nesso causale tra il comportamento “illecito” della stazione appaltante ed il danno conseguente, consistente nella mancata partecipazione della Crisel s.r.l. alla gara, nella mancata aggiudicazione in suo favore della stessa e nel suo mancato rinnovo.

La domanda è stata quantificata in via equitativa in una percentuale pari al 10% del prezzo a base d'asta, da calcolare in misura maggiore, in caso di ritenuta illegittima esclusione della Crisel s.r.l e contestuale illegittima ammissione di Geotop s.r.l. , e in misura minore, in caso di ritenuta legittima esclusione della appellante ma con rinnovo della gara per ritenuta illegittima non esclusione della seconda.

Con atto depositato il 3.12.2010 si è costituita in giudizio l'A.V.E.P.A., Agenzia Veneta per i Pagamenti in Agricoltura, che ha eccepito la irricevibilità, la inammissibilità e la improcedibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto la infondatezza, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 5.5.2011 parte appellante ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 6.5.2011 l'A.V.E.P.A. resistente ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione, e con successiva memoria, depositata il 13.5.2011, ha replicato alle avverse difese.

Alla pubblica udienza del 24.5.2011 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello in esame la Crisel s.r.l. ha chiesto l'annullamento dei provvedimenti di esclusione, di aggiudicazione provvisoria e di comunicazione di aggiudicazione definitiva della gara per la fornitura di strumentazione GPS per attività di misurazione di superfici agricole del d.d. n. 203 del 27.7.2009, nonché della stipula del contratto e dell'effettuazione della fornitura (con richiesta di risarcimento danni); inoltre ha formulato le ulteriori richieste di annullamento, aggiudicazione, condanna, emanazione di ordine e applicazione di sanzioni pure in epigrafe indicate.

2.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che con la impugnata sentenza è stata ritenuta legittima la esclusione dalla gara dell'appellante in quanto la dichiarazione attestante il possesso del fatturato nei tre anni precedenti alla pubblicazione del bando riportava una fornitura dell'anno ancora precedente e perché la dichiarazione sostitutiva attestante il possesso dei requisiti ex art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 non era stata debitamente compilata in alcuni punti, a nulla valendo, considerato che la presentazione degli stessi era prevista a pena di esclusione, che detta documentazione fosse stata presentata in altra procedura precedente ed analoga.

Ma la A.V.E.P.A. aveva già indetto una gara avente ad oggetto la medesima fornitura ed era a conoscenza del possesso di essi requisiti da parte della Crisel s.r.l., sicché avrebbe almeno dovuto, in applicazione dei principi del "favor participationis" e della tutela

della buona fede, chiedere chiarimenti al riguardo, ex art. 46 del d. lgs. n. 163/2006, considerato che, con decisione del Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 508 del 1998, è stato affermato il principio che è illegittima la esclusione da una gara per carenza di una dichiarazione se il contenuto della stessa si possa desumere univocamente da altra dichiarazione resa dal candidato.

La Commissione di gara ha tenuto un diverso comportamento rispetto alla presenza di dichiarazioni incomplete della Geotop s.r.l., relative ai requisiti tecnici della strumentazione oggetto della fornitura, formulando una richiesta di integrazione, nonostante che essa avesse ad oggetto elementi che dovevano essere in possesso delle ditte partecipanti all'atto della partecipazione a pena di esclusione, invece di procedere alla sua esclusione; ciò ha comportato manifesta ingiustizia e disparità di trattamento.

Il T.A.R. avrebbe anche esaminato superficialmente le argomentazioni a sostegno della irrilevanza dei dati omessi dall'appellante, che in un secondo tempo aveva inviato alla stazione appaltante la dichiarazione completa dei dati mancanti, comunque prima dell'esame della offerta tecnica.

2.1.- Osserva al riguardo la Sezione che il rimedio della regolarizzazione documentale, di cui all'art. 46, del d. lgs. n. 163/2006, non si applica al caso in cui l'impresa concorrente abbia integralmente omesso la produzione documentale prevista dall'art. 38 dello stesso d. lgs.; viceversa, qualora la documentazione prodotta dal

concorrente ad una pubblica gara sia presente, ma carente di taluni elementi formali, di guisa che sussista un indizio del possesso del requisito richiesto, l'Amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura, ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare e chiarire il contenuto di un documento già presente, costituendo tale attività acquisitiva un ordinario "modus procedendi", ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma.

Il rimedio della regolarizzazione postuma è attivabile solo nelle ipotesi di dichiarazioni, documenti e certificati non chiari o di dubbio contenuto, ma che siano pur sempre stati presentati, e non anche laddove si sia in presenza di documentazione del tutto mancante, risolvendosi in caso contrario in una palese violazione della par condicio rispetto alle imprese concorrenti che abbiano rispettato la disciplina prevista dalla "lex specialis" (Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2010 n. 5084; Sez. VI, 18 dicembre 2009 n. 8386).

Nel caso che occupa la Commissione di gara ha disposto la esclusione dalla gara della società appellante in quanto la dichiarazione attestante il possesso del fatturato nei tre anni precedenti alla pubblicazione del bando riportava una fornitura dell'anno 2005, precedente al triennio 2006-2008, e perché la dichiarazione sostitutiva attestante il possesso dei requisiti ex art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 non era stata debitamente compilata (con riferimento alla regolarità nel pagamento di imposte e tasse, nonché

dei contributi previdenziali ed assistenziali, oltre che con riguardo alla mancanza di false dichiarazioni sui requisiti di partecipazione alla gara, alla mancanza di sanzioni interdittive e alla facoltà di ricorso ai piani di emersione). Solo in seguito la società suddetta ha prodotto una copia di detta dichiarazione completa dei dati mancanti.

La mancata allegazione, nel termine di scadenza fissato dal bando, delle dichiarazioni inerenti i soggetti menzionati non poteva, ad avviso del Collegio, essere sanata per il tramite dell'istituto della regolarizzazione documentale di cui all'art. 46 del d. lgs. n. 163/2006, atteso che tale rimedio non può applicarsi quando, come nel caso che occupa, l'impresa concorrente abbia, nei termini di presentazione della domanda, integralmente omissa la produzione documentale prevista dall'art. 38 dello stesso d.lgs. in relazione al possesso di requisiti previsti a pena di esclusione.

Né può avere effetto sanate la circostanza che Crisel s.r.l. aveva presentato la medesima documentazione, correttamente redatta, in occasione di una precedente gara indetta dalla A.V.E.P.A. perché, se è vero che è illegittima la esclusione da una gara per carenza di una dichiarazione se il contenuto della stessa si possa desumere univocamente da altra dichiarazione resa dal candidato, deve tuttavia rilevarsi che ciò è consentito se detta documentazione sia stata prodotta nell'ambito del medesimo procedimento concorsuale, mentre non può avere rilevanza la presentazione di documentazione in una precedente gara, perché nel lasso temporale intercorrente tra i

due procedimenti potrebbero essere variate le circostanze oggetto di dichiarazione.

Quanto alla adombrata disparità di trattamento con riguardo al comportamento tenuto dalla stessa Commissione riguardo alle dichiarazioni incomplete della Geotop s.r.l., relative ai requisiti tecnici della strumentazione oggetto della fornitura, oggetto di una richiesta di integrazione, rileva la Sezione che in tale caso non si era in presenza di omessa produzione di documentazione, ma di mera carenza di informazioni nella documentazione tecnica regolarmente e tempestivamente prodotta, relative a caratteristiche del materiale oggetto di gara, che ovviamente erano già posseduti dalla strumentazione stessa, sicché, sussistendo un concreto indizio del possesso del requisito richiesto già in base alla documentazione regolarmente prodotta, le dichiarazioni sono state legittimamente oggetto di sola richiesta di esplicitazione, come consentito dall'art. 46 del d. lgs. n. 163/2006 e senza che ciò abbia violato la "par condicio" dei partecipanti alla gara.

Il cosiddetto dovere di soccorso che si impone alle amministrazioni appaltanti in una visione non meramente formalistica degli oneri e degli obblighi che sono imposti ai soggetti partecipanti ai procedimenti a evidenza pubblica (e che si concretizza nell'invito a essi rivolto a completare o fornire chiarimenti circa il contenuto della documentazione presentata e dell'offerta), è stato quindi correttamente inteso dalla Commissione di gara, essendo stato

esercitato solo in presenza dell'offerta completa nei suoi elementi essenziali (Consiglio Stato, sez. V, 14 febbraio 2011, n. 939).

Quanto alla censura relativa alla irrilevanza dei dati omessi dall'appellante, che aveva inviato alla stazione appaltante la dichiarazione completa dei dati mancanti prima dell'esame della offerta tecnica, la Sezione deve osservare che a nulla vale la presentazione in epoca successiva a quella di produzione della domanda di partecipazione alla gara della dichiarazione correttamente integrata, perché la ammissibilità di tale sanatoria violerebbe la par condicio dei partecipanti alla gara.

Il dovere di soccorso istruttorio legittimamente in proposito non è stato esercitato perché avrebbe comportato il tardivo deposito di documenti che, in base a previsioni univoche della "lex specialis", avrebbero dovuto essere presentati contestualmente alla domanda di partecipazione alla procedura selettiva.

3.- Con il secondo motivo di gravame è stata dedotta la illegittimità della ammissione alla gara e della aggiudicazione della stessa a Geotop s.r.l., sia per non conformità del prodotto da essa offerto, sia per carenza della sua offerta tecnica e sia per insufficienza delle giustificazioni da essa presentate ai fini della ammissione alla gara e della valutazione della anomalia della offerta.

Anche nel caso che sia ritenuto che la appellante è stata legittimamente esclusa dalla gara, essa manterrebbe l'interesse a formulare censure che possano comportare l'annullamento della gara

e la rinnovazione della procedura, cui potrebbe nuovamente partecipare; ciò in particolare allorché, come nel caso che occupa, alla gara abbiano partecipato solo due concorrenti e sia stato chiesto l'annullamento della aggiudicazione a favore dell'altro concorrente.

La Commissione di gara sarebbe incorsa nel vizio di eccesso di potere allorché non ha rilevato la discordanza tra la relazione tecnica e la scheda tecnica, omettendo di rilevare (con riferimento agli 11 strumenti palmari con ricevitore GPS forniti di batteria interna ricaricabile con autonomia minima di una giornata di lavoro, come previsto dal capitolato tecnico) che, mentre nella relazione tecnica del prodotto offerto da Geotop s.r.l. era indicato un consumo generico di almeno otto ore, tra le caratteristiche indicate nella scheda tecnica risultava un livello minimo di alimentazione pari a cinque ore.

Inoltre la Commissione, riscontrato che dall'offerta tecnica Geotop s.r.l. mancavano informazioni relative all'audio, al sistema operativo, alla compatibilità ed ai sistemi di coordinate (elementi che in forza dell'art. 3 del capitolato tecnico e dell'art. 1 F del bando, dovevano essere in possesso delle partecipanti a pena di esclusione) illegittimamente avrebbe chiesto alla società suddetta di indicarne la presenza o meno nella strumentazione offerta.

3.1.- Osserva il Collegio che deve essere preliminarmente valutata la persistenza dell'interesse della Crisel s.r.l. ad impugnare la ammissione alla gara dell'unica altra concorrente in gara Geotop s.r.l.

a seguito della accertata legittimità della esclusione della appellante.

Con la sentenza della Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 è stato precisato che, nel caso in cui venga accertato che l'amministrazione ha legittimamente escluso dalla gara un concorrente, questi non conserva la legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione al controinteressato.

Ciò in quanto la determinazione di esclusione non annullata cristallizza definitivamente la posizione sostanziale del concorrente, ponendolo nelle stesse condizioni di colui che sia rimasto estraneo alla gara.

Sono quindi da ritenere improcedibili, per sopravvenuto difetto all'interesse, le doglianze mosse contro l'aggiudicazione di una gara ad altro concorrente, da parte della ditta nei cui confronti viene accertato che è stata legittimamente esclusa dalla gara.

Ciò anche se le concorrenti in gara siano solamente due, in quanto la riscontrata assenza di una posizione legittimante in capo al concorrente illegittimamente ammesso alla gara è stato ritenuto che determini il superamento della tesi proposta dalla decisione della A.P. del Consiglio di Stato n. 11/2008, secondo cui in tal caso esso conserverebbe interesse alla rinnovazione della procedura di gara.

Nel caso che occupa, in cui le concorrenti in gara erano soltanto due, deve quindi ritenersi che le censure della parte appellante nei confronti della legittimità della offerta della controinteressata siano da valutare improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse a

seguito della ritenuta legittimità della esclusione dalla gara de qua della appellante.

Aggiungasi che esse censure sono comunque anche infondate nel merito, come in seguito evidenziato.

3.2.- Tanto premesso va rilevato, con riguardo alla censura di difformità tra la relazione tecnica presentata dalla Geotop s.r.l. e la scheda tecnica della apparecchiatura oggetto di gara con riferimento alla sua autonomia minima, che il contrasto non può rilevarsi sussistente, atteso che nella relazione tecnica era fatto riferimento alla presenza di una batteria con almeno otto ore di autonomia senza interruzione, mentre nella scheda tecnica era indicata una autonomia di cinque ore dell'apparato con GPS sempre attivo.

Invero il capitolato di gara richiedeva una autonomia minima di una giornata di lavoro, senza prevedere specificamente che la durata della batteria fosse da intendere con utilizzo senza interruzione utilizzando il GPS, sicché la offerta non può ritenersi difforme da quanto prescritto.

Neppure sussiste discrasia tra il contenuto della relazione tecnica e la scheda tecnica, non essendo dimostrato che l'uso dello strumento di cui trattasi senza che fosse attiva in continuazione la modalità GPS (quantomeno all'atto dello spostamento tra vari siti) potesse comportarne, a causa del minor consumo energetico, una autonomia anche di otto ore.

3.3.- Quanto alla mancanza nell'offerta tecnica Geotop s.r.l di

informazioni relative all'audio, al sistema operativo, alla compatibilità ed ai sistemi di coordinate (elementi da indicare in base all'art. 3 del capitolato tecnico e dell'art. 1 F del bando), ritiene la Sezione che essa sia stata legittimamente oggetto di richiesta di chiarimenti da parte della Commissione, vertendosi in fattispecie per la quale l'art. 46 del d. lgs. n. 163/2006 consente il ricorso al potere di soccorso.

Si verteva infatti in materia di mera carenza di informazioni nella documentazione tecnica regolarmente e tempestivamente prodotta, relative a caratteristiche della strumentazione oggetto di gara, già possedute dalla stessa, e sussistevano concreti indizi della loro sussistenza, con possibilità di esercizio della facoltà di cui all'art. 46 suddetto.

4.- Con il terzo motivo di appello è stata dedotta la annullabilità del contratto stipulato tra la Geotop s.r.l. e la A.V.E.P.A. ex art. 11, comma 10, del d. lgs. n. 163/2006, Direttiva 2007/66/CE e per i principi ivi contenuti e codificati nei decreti 53/2010 e 104/2010, per essere stato esso stipulato immediatamente dopo l'aggiudicazione ed essere stata comunicata alla appellante l'avvenuta aggiudicazione a contratto concluso ed eseguito.

Il T.A.R. non avrebbe tenuto conto dei principi contenuti nella epigrafata Direttiva e nella ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 2906/2010, tacendo sulle domande poste in via autonoma rispetto all'accertamento della legittimità della esclusione della appellante, atteso che i vizi denunciati, che attenevano alla

procedura di aggiudicazione, avrebbero dovuto comportare l'annullamento del contratto, secondo i principi contenuti in detta Direttiva e recepiti con d. lgs. n. 53/2010 e d. lgs. n. 104/2010, non potendo seguire la stipula del contratto de plano all'aggiudicazione; pertanto gli appalti conclusi in violazione del termine sospensivo e della sospensione automatica avrebbero dovuto essere considerati privi di effetti in presenza di violazioni della Direttiva 2004/18/CE o della Direttiva 2004/17/CE (cioè illeciti di carattere sostanziale) nella misura in cui tali violazioni abbiano influito sulle opportunità dell'offerente che ha presentato ricorso di ottenere l'appalto.

Nel caso che occupa con i primi motivi aggiunti di primo grado era stato censurato il provvedimento di aggiudicazione definitiva anche per violazione degli artt. 11 (il cui comma 10 prevede che il contratto non può essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione) e 79 del d. lgs. n. 163/2006, nonché dell'art. 121 del d. lgs. n. n. 104/2010. Infatti l'A.V.E.P.A. aveva comunicato alla Crisel s.r.l. il provvedimento di aggiudicazione definitiva avvenuta il 27.7.2009 solo in data 28.9.2009, procedendo alla sottoscrizione del contratto con Geotop s.r.l. il 28.7.2009.

Il T.A.R. avrebbe quindi dovuto vagliare la procedura concorsuale indipendentemente dalla esclusione della Crisel s.r.l. ed annullare comunque il contratto, non sussistendo nel caso di specie esigenze imperative tali da imporne il mantenimento degli effetti.

4.1.- Osserva la Sezione che, dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva comunitaria 2007/66/Ce, ora trasfuse negli art. 121 e 122 del codice del processo amministrativo, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al G.A. il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato; il che significa che l'inefficacia non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, che determina solo il sorgere del potere in capo al Giudice di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti.

Tutte le norme richiamate dall'appellante sono tuttavia subordinate al previo annullamento della aggiudicazione definitiva, sicché, essendo infondati i motivi di appello al riguardo e rimanendo confermato il provvedimento di aggiudicazione impugnato, nessun potere residua in capo al G.A. circa l'annullamento del contratto successivamente sottoscritto e l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 123 del c.p.a.. La censura in esame non può quindi essere condivisa.

5.- Con il quarto motivo di gravame è stato chiesto, in subordine, il risarcimento dei danni per equivalente.

Sussisterebbe nesso causale tra il comportamento "illecito" della stazione appaltante ed il danno conseguente, consistente nella mancata partecipazione della Crisel s.r.l. alla gara, nella mancata aggiudicazione in suo favore della stessa e nel suo mancato rinnovo.

La domanda è stata quantificata in via equitativa in una percentuale

pari al 10% del prezzo a base d'asta, comprensivo della perdita di "chance" e del danno curriculare, in misura maggiore in caso di ritenuta illegittima esclusione della Crisel s.r.l e contestuale illegittima ammissione di Geotop s.r.l. , e in misura minore in caso di ritenuta legittima esclusione della appellante, ma con rinnovo della gara per ritenuta illegittima non esclusione della seconda.

5.1.- La Sezione ritiene la domanda insuscettibile di positiva valutazione, atteso che condizione necessaria per la domanda di risarcimento del danno cagionato da un provvedimento amministrativo illegittimo è la pronuncia che riconosca l'illegittimità di provvedimenti dalla cui esecuzione sorgono i danni lamentati (Consiglio Stato a. plen., 09 febbraio 2006, n. 2), il che nel caso che occupa non si è verificato, essendo stati ritenuti legittimi i provvedimenti impugnati.

All'infondatezza dei motivi di ricorso consegue l'inaccogliabilità della domanda di risarcimento dei danni, non essendo dimostrato il nesso di causalità tra i danni lamentati dai ricorrenti e l'attività dell'Amministrazione, considerato che l'illegittimità del provvedimento impugnato è, comunque, condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per accordare il risarcimento del danno.

6.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la reiezione del ricorso introduttivo del giudizio.

7.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui

all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra la parti le spese del presente/doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo respinge l'appello in esame e conferma la reiezione del ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/12/2011

IL SEGRETARIO

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