Pubblicato il 22/11/2021

N. 07827/2021REG.PROV.COLL.

N. 06917/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 6917 del 2021, proposto da
Comune di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Sara Pagliosa, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio n. 15;

contro

Alascom s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Ferraris, Enzo Robaldo, Francesco Caliandro e Guido Grignani, con domicilio eletto presso lo studio Enzo Robaldo in Milano, piazza Eleonora Duse n. 4;

nei confronti

Laser Soc. Cons. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Napoli e Sandor Del Fabro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 01745/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Alascom s.r.l. e di Laser Soc. Cons. a r.l..;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza discussione, presentate dagli avvocati Lepore, Mandarano, Pagano, Pagliosa, Ferraris, Robaldo, Caliandro, Grignani, Napoli e Del Fabro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha accolto il ricorso proposto dalla Alascom s.r.l. contro il Comune di Milano e nei confronti della Laser soc. cons. a r.l. per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 3547 del 14 maggio 2021 di affidamento a quest'ultima società dell'appalto dei "servizi di manutenzione ordinaria di *software* e *hardware* in uso al Comune di Milano"

1.1. La sentenza, dato atto della cessazione della materia del contendere sulla domanda di accesso presentata col ricorso e respinta l'eccezione di carenza di interesse e di legittimazione attiva sollevata dall'amministrazione resistente, ha ricostruito i fatti e la vicenda procedimentale come segue:

<<- con determinazione n. 3547 del 14.05.2021, il Comune ha affidato i "Servizi di manutenzione ordinaria di software e hardware in uso al Comune di Milano" relativi alla manutenzione ordinaria dell'informatica personale distribuita per un periodo di 6 mesi, eventualmente prorogabili di ulteriori 3 mesi, a Laser s.c. a r.l., al prezzo di € 430.000,00 oltre I.V.A.;

- l'affidamento è avvenuto mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, in ritenuta applicazione dell'art. 63, comma 2 lett. c), del d.l.vo 2016 n. 50, come chiaramente esplicitato dal provvedimento impugnato e ribadito dalla difesa comunale nelle memorie depositate;

- il provvedimento specifica che la scelta di Laser quale affidataria è dipesa dal fatto che "tale operatore è risultato primo in graduatoria nella procedura" indetta con determinazione n. 10346/2020, tanto che il servizio le è stato assegnato "alle medesime condizioni economiche offerte nell'ambito della procedura ristretta" appena richiamata e svolta secondo il criterio del prezzo più basso, con la precisazione che Laser "ha già svolto il servizio, in affiancamento con il precedente gestore, per il periodo 1.4.2021-30.4.2021";

- la gara anzidetta, nella quale Laser si è collocata al primo posto della graduatoria, è stata annullata dal Tribunale con sentenza n. 1095/2021, pubblicata in data 30 aprile 2021, in ragione dell'erronea applicazione del criterio del prezzo più basso in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con conseguente travolgimento di tutti gli atti di gara a partire da quelli indittivi;

- l'art. 63, comma 2 lett. c), del d.l.vo 2016 n. 50 consente l'attivazione di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, tra l'altro, "c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a

giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici";

- il comma 6 dell'art. 63 precisa che "Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione";

- l'amministrazione sostiene che le ragioni di urgenza che l'hanno indotta ad affidare a Laser il servizio sarebbero riconducibili ad eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice e comunque ad essa non imputabili;

- in particolare, si sostiene che l'urgenza sarebbe conseguente all'intervenuto annullamento, con sentenza TAR Lombardia n. 1095/2021, degli atti della gara aggiudicata a Laser, fatto che, secondo la stazione appaltante, "costituisce evento non previsto, non prevedibile e non imputabile all'Amministrazione">>.

1.2. Il tribunale non ha condiviso le argomentazioni del Comune di Milano, ritenendo, in accoglimento del primo motivo di ricorso, la violazione dell'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016.

La motivazione richiama un precedente giurisprudenziale (Cons. Stato, VI, 1 febbraio 2021, n. 920) che ha escluso che "*l'insorgenza di contenziosi giudiziari*" sia fatto imprevedibile che consenta il ricorso alla procedura negoziata senza bando ed osserva che, "*a fronte di un accadimento di normale verificazione nel settore di riferimento*", non si possa ritenere che l'annullamento della gara abbia provocato l'insorgenza di una situazione di urgenza non prevedibile e non imputabile all'amministrazione; perciò conclude che sarebbe stato onere di quest'ultima "*attivare la nuova procedura in tempo utile per garantire l'espletamento del servizio sin dalla scadenza del rapporto contrattuale pregresso*".

Alla base di siffatta conclusione vi è la constatazione della natura eccezionale della procedura negoziata senza bando e dell'onere dell'amministrazione resistente di dimostrare la sussistenza dei presupposti giustificativi, da interpretarsi peraltro restrittivamente, in coerenza con la direttiva n. 24 del 2014, considerando n. 50 e art. 32.

1.3. Sotto altro profilo, il tribunale ha condiviso la doglianza della ricorrente volta a sottolineare l'irragionevolezza della scelta di affidare il servizio a Laser per essere stata la società aggiudicataria della procedura annullata con sentenza dello stesso T.a.r., n. 1095/2021, con effetto dalla sua pubblicazione in data 30 aprile 2021.

1.4. Il tribunale ha inoltre constatato che il provvedimento impugnato non attesta "*l'osservanza delle modalità previste dal comma 6 dell'art. 63, dirette a garantire il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, attraverso la selezione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei*" e che "*non risulta che il Comune abbia contattato altri operatori ai fini indicati, né è documentata l'impossibilità di individuare sul mercato dei soggetti in grado di offrire il servizio, che si connota, comunque, per avere ad oggetto prestazioni standardizzate e sostanzialmente routinarie*". Ha aggiunto di ritenere insufficiente allo scopo la proposta presentata dall'ATI tra la mandataria Fastweb s.p.a. e la mandante Maticmind s.p.a.

(aggiudicataria ed esecutrice del servizio sino al 30 aprile 2021 in base ad una convenzione Consip del 2018) poiché si era trattato dell'offerta di continuare per un ulteriore periodo nella prosecuzione della gestione, sulla base della predetta convenzione.

1.5. Ancora, il tribunale ha escluso che l'amministrazione comunale abbia fatto applicazione in sede di gara del principio di rotazione perché non ha scelto Laser consultando altri operatori economici, né ne ha selezionati cinque.

1.5.1. Ha tuttavia osservato che l'amministrazione ha richiamato negli atti difensivi il principio di rotazione e l'ha opposto per sostenere il difetto di legittimazione e di interesse ad agire di Alascom (in quanto l'applicazione del principio di rotazione non avrebbe consentito l'affidamento del servizio in suo favore). L'eccezione di difetto di legittimazione attiva - già respinta in via preliminare perché la società ricorrente "*è un soggetto imprenditoriale operante nel settore economico oggetto dell'affidamento*" - è stata ritenuta infondata per l'ulteriore ragione che la ricorrente non era gestore uscente, ma gestore di una parte soltanto del servizio in regime di subappalto.

1.6. Ribadita quindi l'illegittimità del ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando in difetto dei relativi presupposti e senza l'osservanza delle modalità previste dal sesto comma dell'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, l'accoglimento delle doglianze esaminate ha comportato l'annullamento dell'affidamento.

Di qui la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato il 3 giugno 2021, in applicazione dell'art. 121, comma 1, lett. b), c.p.a.

Tuttavia, considerati "*la situazione fattuale complessiva e il carattere necessario del servizio*" l'inefficacia è stata limitata alle sole prestazioni non ancora eseguite alla data di pubblicazione della sentenza.

E' stata invece respinta la domanda di subentro della ricorrente, perché, non essendo stata invitata, non aveva nemmeno formulato un'offerta valutata dall'amministrazione.

L'amministrazione resistente è stata condannata a corrispondere le spese di lite in favore della ricorrente.

2. Avverso la sentenza il Comune di Milano ha proposto appello con tre motivi.

2.1. Alascom e Laser si sono costituite in giudizio, la prima, per resistere all'appello e, la seconda, per aderirvi.

2.2. Con decreto monocratico n.4090 del 27 luglio 2021, confermato con ordinanza cautelare n. 4507 del 27 agosto 2021, è stata sospesa l'esecutività della sentenza appellata.

2.3. All'udienza pubblica del 21 ottobre 2021 la causa è stata assegnata a sentenza senza discussione orale, come concordemente richiesto da tutte le parti, previo deposito di memorie e repliche.

3. Il primo motivo di appello censura l'affermazione che sono mancati i presupposti dell'imprevedibilità e della non imputabilità all'amministrazione della situazione che ha determinato l'urgenza.

La difesa civica obietta che l'annullamento deciso con la sentenza n. 1095 del 30 aprile 2021 ha costituito soltanto l'ultimo tassello di un insieme di circostanze che hanno determinato la necessità di un affidamento "ponte" ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, tra cui in principalità la situazione emergenziale creatasi nel Paese a partire dal marzo 2020, a seguito del diffondersi della pandemia da Covid-19. A causa di tale situazione pregressa, che aveva comportato un notevole ritardo nell'indizione della gara poi annullata, si è verificato che l'annullamento giurisdizionale sia sopravvenuto a ridosso della scadenza del precedente contratto ed abbia perciò indotto l'amministrazione all'affidamento "ponte", disposto nella misura strettamente necessaria per provvedere alla rinnovazione della gara e per ragioni di estrema urgenza, non riconducibili a fatto della medesima amministrazione, come richiesto dalla richiamata disposizione del *Codice di contratti pubblici*.

Il Comune di Milano aggiunge che comunque l'annullamento giurisdizionale della precedente procedura non avrebbe potuto semplicisticamente essere ritenuto evento prevedibile ed imputabile all'amministrazione, tenuto conto del fatto che il ricorso ed il successivo suo accoglimento non possono considerarsi eventi ordinari, né tanto meno prevedibili, alla luce delle statistiche e dei dati relativi alle impugnazioni degli atti delle procedure di evidenza pubblica.

3.1. Il motivo è fondato.

Il quesito se la presentazione di un ricorso giurisdizionale e l'annullamento degli atti di una gara siano eventi imprevedibili e non imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici ai sensi e per gli effetti dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 non è posto correttamente, poiché la giusta esegesi della disposizione non consente una risposta univoca, in senso positivo o negativo.

Non è in discussione la portata eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, quale si evince dal considerando 50 della direttiva 24/2014/UE ("*tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali*") e dall'art. 32 della stessa direttiva, che è stato testualmente trasposto nell'art. 65, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

L'eccezionalità cui si riferisce tale ultima disposizione - della quale il Comune di Milano ha ritenuto di fare applicazione per l'affidamento in oggetto – attiene alle "*ragioni di estrema urgenza*", non tanto quindi agli eventi che l'hanno determinata, che invece devono essere "*imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice*" ed a questa non imputabili.

Pertanto, è vero che nel settore dei contratti pubblici non è eccezionale l'insorgenza di un contenzioso giudiziario, ma non è affatto questo il dato rilevante per escludere il legittimo ricorso alla procedura negoziata senza bando.

Piuttosto, rileva che l'amministrazione si sia trovata in una situazione di estrema urgenza e che questa situazione sia derivata non solo dalla pendenza del contenzioso, ma (anche) da eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto che hanno caratterizzato tempi e modalità di indizione della procedura di gara.

3.2. Nel caso di specie non vi può essere alcun dubbio sul fatto che il Comune di Milano, a seguito dell'annullamento della gara con la sentenza del 30 aprile 2021, si sia venuto a trovare in una situazione di "estrema urgenza".

La procedura di gara annullata aveva ad oggetto il servizio di manutenzione ordinaria di *software* e *hardware* degli uffici comunali, concernente quindi l'assistenza operativa ad oltre 14.000 dipendenti comunali ed altri soggetti operanti nell'organizzazione comunale che utilizzano gli strumenti informatici (sindaco, assessori e consiglieri comunali, come esemplificato dal Comune).

L'indispensabilità del servizio per assicurare il continuo e corretto funzionamento dell'organizzazione e dei servizi comunali è sottolineata dalla difesa civica, che, senza essere smentita, nell'atto di appello:

- enumera le prestazioni: gestione e manutenzione di circa 11.000 postazioni di lavoro, quasi 9.000 stampanti, 67 *tablet* e 36 *plotter*; servizio *help desk* per i problemi di funzionamento; riparazione delle postazioni di lavoro guaste;

- dà conto delle statistiche relative allo svolgimento dei servizi: circa 5.000 interventi all'anno di c.d. IMAC (*Install, Move Add or Change*) e circa 9.000 *ticket* all'anno aperti presso il servizio *help desk*.

La situazione di urgenza è qualificabile come oggettivamente "estrema" se si tiene conto del fatto che, alla data di pubblicazione della sentenza, erano già scaduti il precedente contratto (31 gennaio 2021) e la c.d. "proroga tecnica" (30 aprile 2021) e si era dato avvio all'esecuzione del nuovo contratto in via d'urgenza - peraltro legittimamente, come si dirà nel prosieguo – da parte dell'aggiudicataria della gara annullata.

Dal 1° maggio 2021 il Comune di Milano si è quindi ritrovato privo di legittimo affidatario del servizio di manutenzione informatica, ma nell'impossibilità di interrompere il servizio medesimo, cui sarebbe potuta conseguire l'interruzione dello svolgimento e dell'erogazione delle attività e dei servizi comunali in caso di malfunzionamento dei sistemi informatici.

3.2.1. Il giudice di primo grado ha ascritto al Comune il ritardo nell'indizione della gara (poi annullata) per non avere attivato "*la nuova procedura in tempo utile per garantire l'espletamento del servizio sin dalla scadenza del rapporto contrattuale pregresso*" ed anche per non aver avviato "*a tempo debito la procedura, tenendo conto della probabile presentazione di ricorsi*".

La duplice affermazione della sentenza impugnata non tiene conto di tutte le circostanze di fatto che hanno determinato la descritta situazione di estrema urgenza.

Questa è infatti dipesa solo in via immediata dall'esito del contenzioso instaurato da Alascom avverso l'aggiudicazione a Laser e gli atti della gara precedente, ma è causalmente dipendente da una successione di eventi, in gran parte imprevedibili e non imputabili all'ente locale per illegittimo, scorretto o negligente esercizio dell'attività amministrativa.

La procedura di gara annullata con la citata sentenza del 30 aprile 2021 è stata effettivamente indetta nel novembre 2020, ma è condivisibile, né è smentita in fatto, la deduzione del Comune che tale ritardo sia stato provocato dall'imprevedibile e notoria situazione emergenziale determinata dalla pandemia da Covid 19, che ha bloccato i procedimenti amministrativi in atto e le attività economiche ed imprenditoriali, provocando anche una situazione di criticità delle entrate comunali.

Risulta dagli atti che il precedente rapporto sarebbe venuto a scadenza regolare il 31 gennaio 2021 e che le attività per il nuovo affidamento del servizio, pur essendo state avviate nel febbraio 2020 (a ridosso quindi della situazione di emergenza sanitaria dichiarata in Italia nel marzo 2020), sono

rimaste bloccate fino a novembre 2020, quando è stata adottata la delibera della Giunta comunale n. 1303 del 20 novembre 2020, necessaria per l'autorizzazione della relativa spesa.

La procedura di gara si è quindi svolta nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione ex art. 55 del d.lgs. n. 50 del 2016, con procedura notoriamente più rapida di quella ordinaria (come riconosce, sia pure ad altri fini, la difesa di Alascom), a seguito di lettera di invito del 22 dicembre 2020, pervenendo all'aggiudicazione con determina adottata il 1° marzo 2021.

Quanto esposto rende palese la sussistenza di eventi imprevedibili e non imputabili al Comune che hanno provocato il ritardo nell'indizione della gara poi annullata e che vanno reputati rilevanti per il giudizio di non imputabilità di cui all'art. 63, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016.

In risposta al suggestivo argomento di Alascom, secondo cui il provvedimento impugnato fa menzione soltanto dell'annullamento giurisdizionale, va detto che l'onere della motivazione che pure è richiesto in termini stringenti per giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza bando è adeguatamente assolto mediante l'esposizione delle ragioni di estrema urgenza (ampiamente descritte nella determinazione del 14 maggio 2021) e dell'evento imprevedibile che le ha determinate, senza necessità di ulteriore motivazione che ne espliciti la non imputabilità all'amministrazione aggiudicatrice.

3.2.2. Peraltro, in punto di prevedibilità ed evitabilità dell'annullamento giurisdizionale, non va generalizzata l'affermazione che la possibile insorgenza di contenziosi giudiziari sia evento "non imprevedibile" nel settore dei contratti pubblici ed imputabile all'amministrazione, tanto da impedire *ex se* ed in ogni caso il ricorso alla procedura negoziata senza bando.

All'opposto, come dimostra anche la peculiarità della fattispecie oggetto del precedente giurisprudenziale citato nella sentenza di primo grado (Cons. Stato, VI, 1 febbraio 2021, n. 920), proprio la pendenza di contenziosi giudiziari e i loro esiti costituiscono, in riferimento agli appalti di servizi indispensabili ed indifferibili, evenienza atta a rendere lecito il ricorso alla procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016. Questa infatti consente, di regola, la stipula del c.d. contratto-ponte, in alternativa alla c.d. proroga tecnica, ove sussista la necessità di garantire il servizio nel tempo strettamente necessario all'indizione di una nuova gara o alla stipulazione del contratto con l'aggiudicatario della gara *sub iudice* (cfr. Cons. Stato, III, 26 aprile 2019, n. 2687), con scelta tra le possibili soluzioni alternative rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice.

Deve perciò escludersi che l'impugnazione degli atti di gara e la pendenza del relativo contenzioso siano sempre circostanze prevedibili ed imputabili all'amministrazione aggiudicatrice.

La sussistenza dei presupposti per ricorrere alla pur eccezionale procedura negoziata senza bando ed il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nella scelta dello strumento più idoneo a garantire la continuità del servizio, nei limiti della sua sindacabilità in sede giurisdizionale, vanno perciò valutati caso per caso, tenendo conto delle modalità e dei tempi di insorgenza del contenzioso giudiziario, del contenuto più o meno controverso del *thema decidendum*, degli esiti, anche cautelari, dell'intero giudizio.

Nel caso di specie, gli atti della precedente procedura ed il provvedimento di aggiudicazione del 1° marzo 2021 sono stati impugnati soltanto il 6 aprile 2021, quando il servizio con il nuovo gestore era stato avviato il 1° aprile 2021, a seguito di ordine impartito sin dal 23 marzo 2021 (peraltro in conformità alla disposizione dell'art. 8, comma 1, lett. a), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha reso non più eccezionale l'esecuzione del contratto in

via d'urgenza ai sensi dell'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, anche prima dell'efficacia dell'aggiudicazione, nelle more della verifica dei requisiti). In punto di fatto, è smentito che il Comune di Milano abbia agevolato il subingresso nel servizio da parte di Laser dopo la proposizione del ricorso e, men che meno, dopo che la precedente gara era stata annullata.

Inoltre, il contenzioso introdotto dopo l'avvio d'urgenza dell'esecuzione da parte di Laser Scarl non presentava affatto gli esiti scontati sostenuti dalla ricorrente Alascom laddove dibatte negli scritti difensivi di un "*errore davvero plateale del Comune di Milano*" che avrebbe provocato l'annullamento della gara precedente, atteso che la qualificazione del servizio "ad alta intensità di manodopera" (per la quale la sentenza n. 1095/21 ha ritenuto illegittimo l'utilizzo del criterio del prezzo più basso) è emersa con evidenza soltanto in sede giudiziale, per l'incidenza dei costi della manodopera desumibile dalle offerte dei concorrenti.

In definitiva, i tempi e il contenuto del contezioso in atto, rispetto allo stato della procedura, sono stati tali da consentire, all'esito dell'annullamento della gara precedente, il legittimo ricorso alla procedura negoziata senza bando, per la stipulazione di un contratto-ponte nelle more della rinnovazione della gara.

3.3. Il primo motivo di appello va perciò accolto ed, in parziale riforma della sentenza gravata, va esclusa l'illegittimità del ricorso da parte del Comune di Milano alla procedura di cui all'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

4. Il secondo motivo censura il giudizio di irragionevolezza della scelta di affidare il servizio a Laser, nonché l'affermazione del mancato rispetto delle modalità di scelta del contraente di cui al sesto comma dell'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016.

4.1. La difesa comunale osserva che, contrariamente affermato in sentenza, Laser non è stata scelta perché si era aggiudicata la gara annullata, ma perché stava in concreto svolgendo il servizio già da un mese nel momento in cui è intervenuto l'annullamento, mentre il contratto del gestore uscente era giunto da tempo alla sua conclusione.

4.1.1. Quanto poi alle modalità seguite, sottolinea che l'affidamento-ponte è stato disposto in forza di procedura a sé stante, con scambio di proposta e accettazione tra l'operatore e l'amministrazione. Secondo il Comune, la natura indispensabile ed urgente dei servizi e l'inammissibilità di una loro interruzione avrebbero reso impossibile l'esperimento di consultazioni o indagini di mercato e quindi l'applicazione delle modalità di cui al comma 6 dell'art. 63 del d.lgs. n.50 del 2016.

4.2. Il motivo va respinto, pur se con le precisazioni di cui appresso.

Va premesso che, in astratto, può non essere manifestamente irragionevole la scelta di stipulare il contratto-ponte, in via temporanea e per il tempo strettamente necessario all'espletamento di una nuova gara, con l'aggiudicatario autorizzato all'avvio dell'esecuzione in via d'urgenza, quando questa sia l'unica o la più conveniente possibilità per assicurare la continuità di un servizio indispensabile.

Nel caso di specie, peraltro, la determinazione dirigenziale n. 3547 del 14 maggio 2021 non si limita ad individuare la Laser Scarl, come affidatario temporaneo, soltanto perché operatore economico "*risultato primo in graduatoria nella … procedura*" annullata, come contestato dalla ricorrente Alascom e riduttivamente presupposto nella sentenza gravata. Infatti, il provvedimento impugnato specifica che si tratta dell'operatore che "*ha già svolto il servizio, in affiancamento con il precedente gestore, per il periodo 1.4.2021-30.4.2021, e sta tuttora svolgendo il servizio*".

Inoltre, non appare decisiva in senso sfavorevole al Comune di Milano nemmeno la circostanza, contestata dalla ricorrente Alascom e valorizzata in sentenza, che l'amministrazione abbia chiesto a Laser Scarl "*la disponibilità a prestare il predetto servizio alle medesime condizioni economiche offerte nell'ambito della procedura ristretta oggetto dell'annullamento*". Infatti, in linea di massima, tali condizioni, risultate le migliori all'esito di un confronto competitivo (sia pure basato sul criterio del prezzo più basso, ritenuto non conforme a legge dalla sentenza di annullamento), potevano legittimamente essere recepite dalla stazione appaltante non in esecuzione dell'aggiudicazione annullata, ma come "*meri parametri di fatto*" (cfr. Cons. Stato, III, n. 2687/19, citata). Tale conclusione vieppiù si giustifica nel caso di specie, in cui le condizioni alternative proposte dall'ATI Fastweb S.p.A. – Maticmind S.p.A., basate sulla convenzione Consip del 2018, erano economicamente meno convenienti (in quanto più gravose di circa il 37%).

Va poi considerato che la durata del contratto – ponte non risulta manifestamente eccedente la "misura strettamente necessaria" per consentire al Comune di Milano di indire la nuova gara con il diverso criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, né - al contrario di quanto, pur suggestivamente, assume l'appellante – è sintomatica, unitamente ai detti smentiti elementi, di uno sviamento di potere, per avere l'amministrazione aggiudicatrice sostanzialmente inteso cristallizzare gli effetti dell'affidamento annullato, al fine di agevolare illegittimamente la precedente aggiudicataria.

Premesso che la durata è stata fissata in sei mesi dall'1 maggio 2021 al 31 ottobre 2021 (eventualmente prorogabile di ulteriori tre mesi), la difesa del Comune di Milano secondo cui non si è trattato di determinazione illegittimamente dilatoria trova riscontro negli atti prodotti in primo grado, in specie nella deliberazione della Giunta comunale n. 877/2021. Questa, sebbene adottata il 23 luglio 2021, dà conto delle ragioni del ritardo, rispetto all'annullamento giurisdizionale del 30 aprile 2021: in un primo tempo, l'amministrazione aveva ritenuto di poter aderire all'Accordo Quadro Consip *Desktop Outsourcing* 3, poi non attivato, e quindi è stata costretta all'utilizzazione della piattaforma *e-Procurement Sintel* della Centrale di committenza regionale ARIA s.p.a., con necessità di esperire altri adempimenti a causa del fatto che questa non è concepita come strumento di negoziazione elettronico.

Inoltre va tenuto conto delle esigenze legate alla difficoltà di indire una nuova gara da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, perciò richiedente tempi prevedibilmente più lunghi sia per la predisposizione *ex novo* del capitolato di appalto sia per il suo espletamento.

4.2.1. Orbene, proprio tali esigenze e la ragionevole previsione di tempi più lunghi avrebbero dovuto indurre il Comune di Milano a procedere conformemente all'art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Si tratta di disposizione cruciale per assicurare il confronto concorrenziale minimo esigibile in ragione dell'eccezionalità della procedura, come richiesto dalla direttiva europea.

L'unico limite posto esplicitamente dall'art. 63, comma 6, è individuato nella insussistenza di almeno cinque operatori economici "idonei", da consultare "*sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione*".

Lo stesso Comune di Milano riconosce che tale situazione di esonero dalla consultazione concorrenziale non ricorreva nel caso di specie e, a riprova di ciò, va sottolineato che risulta dagli atti che alla gara precedentemente annullata erano stati ammessi a partecipare dieci operatori economici.

4.2.2. Assume invece l'appellante che l'esperimento di consultazioni o indagini di mercato e l'applicazione delle modalità di cui all'art. 63, comma 6, sarebbero state rese impossibili dalla natura indispensabile ed urgente dei servizi in questione e dall'inammissibilità di una loro interruzione.

L'argomento difensivo prova troppo, considerato che si tratta di difficoltà ordinariamente poste dalle procedure di affiancamento e di "cambio appalto" ogniqualvolta si sostituisca il gestore in atto dei servizi. Il periodo di sei mesi, prorogabile di altri tre, è sufficientemente lungo per affrontare siffatte difficoltà, sol che si consideri che non sarebbe stata necessaria alcuna spendita di tempo per "consultazioni o indagini di mercato" se il Comune avesse individuato gli operatori economici da consultare tra coloro che avevano partecipato alla gara annullata, in numero addirittura eccedente il minimo di cinque indicato dalla disposizione del *Codice dei contratti pubblici*.

4.3. Va perciò confermata la sentenza gravata laddove ha ritenuto illegittimo l'operato dell'amministrazione comunale per non avere contattato altri operatori ai fini indicati, né documentato "*l'impossibilità di individuare sul mercato dei soggetti in grado di offrire il servizio, che si connota, comunque, per avere ad oggetto prestazioni standardizzate e sostanzialmente routinarie*" (dato, quest'ultimo, nemmeno specificamente censurato dall'appellante).

Trattasi, all'evidenza, di condotta in violazione dell'art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 che comporta la conferma dell'illegittimità dell'affidamento disposto in favore di Laser Scarl con la determinazione dirigenziale impugnata, per mancato rispetto del principio di concorrenza non superato dalla circostanza (su cui insiste l'avvocatura civica), attinente invece alla trasparenza, che il Comune di Milano abbia instaurato un'autonoma procedura per l'affidamento-ponte.

4.4. Il secondo motivo di appello va quindi respinto.

4.5. Resta con ciò definitivamente assorbito il secondo ordine di censure, già dichiarato assorbito in primo grado e riproposto da Alescom in appello, concernente la forma giuridica dell'affidataria.

5. Il terzo motivo d'appello censura, infine, la sentenza che, dopo aver addebitato al Comune di non aver fatto applicazione del principio di rotazione, pur avendolo richiamato nei propri scritti difensivi, ha escluso la carenza di interesse all'impugnazione da parte di Alascom perché il principio di rotazione non avrebbe impedito l'affidamento del servizio in suo favore, avendo svolto il precedente affidamento solo in parte e solo in qualità di subappaltatore.

5.1. L'appellante ripropone la medesima eccezione, deducendo che il tribunale ha richiamato dei precedenti giurisprudenziali sul divieto di invitare alla gara il contraente uscente, senza tuttavia coglierne la *ratio*, quale si evince anche dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, V, 24 maggio 2021, n. 3999 e Cons. Stato, VI, 17 luglio 2020, n. 4627). Ad avviso del Comune di Milano questa *ratio* smentirebbe l'interpretazione formalistica del primo giudice ed avrebbe dovuto, invece, condurre all'affermazione del divieto di invito di Alascom, la quale –come riconosciuto in sentenza- ha gestito gran parte dei servizi oggetto di appalto in qualità di subappaltatore del contraente uscente ed, al pari di questi, avrebbe potuto godere di quella "rendita di posizione" che sta a fondamento del detto divieto.

5.2. Il motivo d'appello non merita di essere accolto.

Quanto alla legittimazione e all'interesse ad agire di Alascom non può che essere ribadito che la società, operatore economico nel settore oggetto dell'affidamento (in quanto *system integrator* e fornitore di servizi di consulenza tecnica nel settore ICT, con riferimento alle reti di

telecomunicazione e tecnologie IP), è portatore di posizione giuridica differenziata che, distinguendolo dal *quisque de populo*, lo legittima all'impugnazione degli atti di gara ed a maggior ragione è legittimato ad agire quando, come nel caso di specie, lamenta che l'affidamento avrebbe dovuto rispettare le procedure del d.lgs. n. 50 del 2016, che assume invece violate, invocando la rinnovazione integrale della procedura di evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2011 e n. 4/2018).

Nel caso di specie, il ricorso era volto, in via principale, a contestare l'utilizzazione della procedura negoziata senza pubblicazione di bando, in luogo della procedura aperta o ristretta, per le quali non opera l'invocato principio di rotazione.

Quanto alle contestazioni concernenti le modalità di svolgimento della procedura di cui all'art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, è sufficiente osservare che, ai fini della legittimazione attiva all'impugnazione degli atti di gara al fine di ottenerne la rinnovazione integrale, non è richiesta la prova di resistenza dell'effettiva possibilità del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione (cfr., tra le altre, Cons. Stato, III, 3 luglio 2018, n. 4054).

In merito, poi, alla qualità di gestore uscente del subappaltatore, evidente è la differenza dal punto di vista formale tra l'operatore economico partecipante alla gara e contraente selezionato ed il subappaltatore. Tuttavia, vanno condivise le considerazioni difensive del Comune di Milano e della controinteressata basate su un'interpretazione teleologicamente orientata del principio. In sintesi, l'applicazione concreta del canone della rotazione ha riguardo, non tanto (o non solo) all'operatore economico affidatario, quanto all'operatore economico che sia stato l'effettivo esecutore delle prestazioni oggetto del precedente contratto, la cui posizione di vantaggio nello svolgimento della procedura deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, che potrebbe consentirgli di formulare una migliore offerta rispetto ai concorrenti (così, da ultimo, sulla *ratio* del principio di rotazione, volto ad evitare il consolidamento di "rendite di posizione", Cons. Stato, V, 24 maggio 2021, n. 3999 che richiama in tal senso il parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 12 febbraio 2018, n. 361, sulle «Linee guida» dell'Anac aggiornate sulla base delle disposizioni del d.lgs. n. 56 del 2017).

Trattasi peraltro di opzioni interpretative rimesse alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale, nel riconoscere ampi margini di discrezionalità, s'impongono però stringenti oneri motivazionali. Di questi non è dato occuparsi nel presente giudizio, trattandosi di potere amministrativo non esercitato nel caso di specie (arg. ex art. 34, comma 2, Cod. proc.amm.) e non essendo rilevante la questione ai fini della legittimazione ad agire di Alascom.

5.3. Il terzo motivo di appello va quindi respinto.

6. Il rigetto del secondo e terzo motivo non consente però di accogliere la domanda di risarcimento del danno, così come avanzata da Alescom nei termini che seguono:

- in primo grado per la condanna "*ai sensi e per gli effetti degli articoli 30, 121, 122 e 124 del cod. proc.amm., al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica ed il subentro nel contratto d'appalto, e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio*";

- in appello reiterata con la memoria di costituzione, "*integralmente … in forma specifica e, in subordine, per equivalente, già formulata in primo grado evidenziando che la domanda risarcitoria per equivalente (in relazione alla quale si rispanderà l'interesse di Alescom ove l'affidamento*

diretto dovesse avere esecuzione e l'indizione della nuova gara dovesse essere ulteriormente procrastinata) si configura nel duplice contenuto del danno emergente e del lucro cessante, la cui entità verrà determinata nel corso del giudizio".

6.1. E' inammissibile la domanda di risarcimento in forma specifica, mediante subentro nel contratto della società ricorrente, pur avendo questa esplicitamente riproposto la domanda e dichiarato "*la propria disponibilità in tal senso*" anche nelle conclusioni della memoria di costituzione in appello.

L'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. è infatti applicabile soltanto alle domande dichiarate assorbite o non esaminate in primo grado.

Poiché il giudice di primo grado si è espressamente pronunciato sulla domanda di subentro respingendola con apposita motivazione (per non avere la ricorrente presentato un'offerta valutata dall'amministrazione), la relativa decisione avrebbe dovuto essere impugnata con appello incidentale.

6.2. La domanda di risarcimento per equivalente è stata avanzata lamentando e chiedendo il risarcimento del danno, patrimoniale, per lucro cessante e c.d. curriculare, corrispondente alla perdita delle *chance*s di aggiudicazione per la mancata indizione di una nuova gara con procedura aperta, dopo l'annullamento giurisdizionale della precedente.

6.3. L'indizione della nuova gara, a seguito della sentenza qui appellata, è peraltro sufficiente, come riconosciuto dalla stessa Alascom con la memoria di costituzione in appello, a reintegrare la società nelle *chances* di aggiudicazione, che ad essa erano state precluse dall'illegittimo affidamento a Laser Scarl. L'intervenuta pubblicazione degli atti delle gara in corso di fa sì che l'interesse della ricorrente in primo grado, Alascom, all'esperimento di una procedura aperta, cui la medesima potrà partecipare, possa oggi ritenersi soddisfatto.

6.4. Tuttavia, con la memoria difensiva depositata il 5 ottobre 2021, Alascom si è dichiarata "*costretta ad insistere affinché venga accertata la responsabilità del Comune resistente ex articolo 2043 del codice civile, nonché il riconoscimento del risarcimento per equivalente del danno subito a causa dell'illegittimo affidamento*", in ragione del fatto che Laser Scarl ha continuato nell'esecuzione dell'affidamento illegittimo e che le operazioni finalizzate all'indizione della nuova gara si sono protratte tanto da lasciarne presumere la conclusione ben oltre il termine di sei mesi di durata del contratto-ponte.

Chiede pertanto il risarcimento del danno da lucro cessante e del danno curriculare commisurati all'importo dell'affidamento illegittimo, tenuto conto dell'utile dichiarato da Alascom nella gara annullata.

6.4.1. La domanda risarcitoria così riproposta non è meritevole di accoglimento.

In proposito è sufficiente osservare che l'azione di risarcimento del danno per aver perso le *chances* di partecipare ad una procedura aperta, così come avanzata dalla ricorrente sin dal primo grado di giudizio, presuppone che il Comune non potesse affidare nemmeno temporaneamente il servizio ricorrendo alla procedura negoziata senza bando. Nel momento in cui, però, si ritiene – così come si è sopra ritenuto – che vi fossero i presupposti di legge per procedere ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, in tanto il danno sofferto dall'operatore economico pretermesso, commisurato al valore dell'affidamento-ponte, è risarcibile in quanto risulti (con onere della prova a

carico del danneggiato) che avrebbe avuto delle *chances* di affidamento anche in caso di procedura negoziata senza bando.

In sintesi, la prova della *chance* di aggiudicazione - che, come detto sopra, non è richiesta ai fini della legittimazione a proporre l'azione di annullamento degli atti di gara - è invece indispensabile, sia pure nei termini indiziari e probabilistici che connotano la risarcibilità del danno c.d. da perdita di *chance*, per ottenerne appunto il risarcimento. Nel caso di specie, avendo Alascom richiesto il risarcimento del danno per la perdita delle *chance*s di aggiudicazione di una procedura aperta, la domanda come riformulata in corso di causa presenta un'inammissibile modifica della *causa petendi*.

Nel merito poi vi è un dato che elide il nesso causale tra la mancata selezione di cinque operatori – in cui risiede il vizio della procedura seguita dal Comune – e la perdita di *chance* di aggiudicazione in capo ad Alascom, costituito dal fatto che la scelta di almeno cinque "soggetti idonei" da selezionare ai sensi dell'art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, sottratta, in positivo, al sindacato giurisdizionale.

6.5. Va quindi respinta la domanda di risarcimento del danno, sia in forma specifica che per equivalente, avanzata da Alascom per l'illegittimità dell'affidamento – ponte a Laser Scarl.

7. Parimenti va respinto l'appello del Comune di Milano, pur dovendo essere corretta la motivazione della sentenza di primo grado nel senso sopra precisato ed in parziale riforma delle ragioni della decisione.

7.1. Riguardo alle sorti del contratto, è infondata l'eccezione di carenza di interesse sollevata dalla difesa di Alascom per non avere il Comune di Milano specificamente impugnato il capo di sentenza dichiarativo dell'inefficacia, che, ad avviso dell'appellata, sarebbe oramai passato in giudicato.

La decisione sulla dichiarazione di inefficacia del contratto dipende, nel caso di specie, dalla decisione sull'annullamento dell'aggiudicazione.

Non sono pertinenti i precedenti giurisprudenziali richiamati per sostenere il contrario nella memoria difensiva di Alascom (in specie, Cons. Stato, V, 26 gennaio 2021, n. 788, attinente al rapporto tra la domanda di dichiarazione di inefficacia e la domanda di tutela in forma specifica e per equivalente da avanzarsi da parte ricorrente).

Impugnata dal Comune di Milano la decisione di annullamento dell'aggiudicazione per essere stata disposta con procedure negoziata fuori dai casi consentiti, la relativa decisione coinvolge necessariamente la dichiarazione di inefficacia del contratto che è stata pronunciata dal T.a.r. applicando l'art. 121, comma 1, lett. b), Cod. proc. amm.

Ai sensi dell'art. 336, comma 2, cod. proc. civ., applicabile anche al processo amministrativo, la statuizione sulle sorti del contratto va riformata in caso di riforma della decisione di annullamento, non solo totale ma anche parziale, come nel caso di specie.

7.2. Alla stregua delle ragioni di accoglimento del primo motivo di appello e di rigetto dei restanti due, vanno infatti confermate le statuizioni di annullamento dell'affidamento e di dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato in data 3 giugno 2021 tra il Comune di Milano e Laser Scarl in esecuzione della determinazione dirigenziale caducata.

Tuttavia, in parziale riforma di quanto affermato nella sentenza di primo grado, va escluso che ricorra la fattispecie dell'art. 121, comma 1, lett. b), c.p.a., atteso che la procedura negoziata senza bando non è stata espletata dal Comune di Milano fuori dai casi consentiti, pur se illegittima nel *quomodo* per violazione dell'art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016. Non applicandosi l'art. 121 cod. proc. amm., nemmeno vi è luogo a dibattere dell'applicazione delle sanzioni alternative dell'art. 121, comma 4, e 123 cod. proc. amm., invocata dalla Alascom.

Va infatti applicato l'art. 122 c.p.a. La disposizione prevede che, quando l'aggiudicazione sia annullata per un vizio che comporta l'obbligo di rinnovare la gara, il giudice si pronuncia anche d'ufficio sulle sorti del contratto pure se il subentro non sia stato chiesto o non sia possibile, come stabilito nel caso di specie dalla sentenza di primo grado, con efficacia oramai di giudicato, secondo quanto detto sopra. Ciò precisato, per il subentro ai sensi della disposizione da ultimo richiamata è opportuno modularne gli effetti sulla base della situazione di fatto venutasi a creare in seguito all'indizione della nuova procedura di gara, e dunque secondo la dilazione indicata in dispositivo.

La parziale riforma delle ragioni di annullamento dell'affidamento in favore di Laser Scarl consente di riformare in parte anche la dichiarazione di inefficacia del contratto, spostandone la decorrenza.

Considerati lo stato attuale di esecuzione del contratto (anche in considerazione dei provvedimenti cautelari, monocratico e collegiale, adottati nel presente giudizio di appello) e l'impossibilità di subentrarvi della ricorrente in primo grado, nonché soprattutto l'interesse pubblico allo svolgimento senza interruzioni del servizio oggetto di affidamento, in parziale riforma della sentenza di primo grado, la decorrenza della dichiarazione di inefficacia va fissata dalla data della comunicazione della presente sentenza al Comune di Milano.

8.La correzione della motivazione e la riforma di parte delle ragioni della sentenza gravata consentono la compensazione per giusti motivi delle spese del grado di appello, ferma restando la statuizione di condanna del primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accolto il primo motivo, respinge i restanti e, per l'effetto, conferma il dispositivo della sentenza appellata, secondo quanto specificato in motivazione ed, in parziale riforma, dichiara inefficace il contratto stipulato dal Comune di Milano con Laser Società Consortile a r.l. in data 3 giugno 2021, con decorrenza dal termine di 20 giorni dalla data di pubblicazione della presente sentenza di appello.

Compensa le spese processuali del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO