

Annullamento del provvedimento di aggiudicazione e permanenza dell'efficacia del contratto

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 14-12-2019

1. L'Amministrazione è tenuta a valutare se, alla luce delle ragioni che hanno determinato l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, permangono o meno le condizioni per la continuazione del rapporto contrattuale in essere con l'operatore economico (illegittimo) aggiudicatario, ovvero se non risponda maggiormente all'interesse pubblico, risolvere il contratto e indire una nuova procedura di gara (in applicazione del potere riconosciuto ora dall'art. 108, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

2. L'inerzia della stazione appaltante – per l'inevitabile mutamento delle condizioni derivante dalla caducazione del provvedimento di aggiudicazione – configura, pertanto, una condotta inottemperante al giudicato e consente alla parte vincitrice di (re)agire con ricorso per l'ottemperanza.

Guida alla lettura

Con la pronuncia in commento la V sezione del Consiglio di Stato si è soffermata sulla questione se **l'esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante, in seguito all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, possa avere quale unico esito la decisione di ripetere la (stessa) gara ovvero anche quello di tener fermo il contratto.**

Doverosa al riguardo appare una premessa: a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento di aggiudicazione non sempre il giudice amministrativo può intervenire sul contratto di appalto che, in ragione dell'aggiudicazione, sia stato stipulato.

A parte il divieto previsto dall'art. 125 c.p.a., può accadere, infatti, che non sia allegato in giudizio il fatto dell'avvenuta stipulazione del contratto, ovvero che la parte ricorrente non abbia proposto espressa domanda di declaratoria dell'inefficacia del contratto (o di subentro ovvero pure di risarcimento in forma specifica) o ancora che, se proposta in primo grado, vi abbia poi rinunciato.

La giurisprudenza amministrativa, tuttavia, ha già precisato che **all'annullamento dell'aggiudicazione, in assenza di statuizione del giudice sul contratto d'appalto** – situazione evidentemente differente da quella in cui il giudice amministrativo, pur richiesto dalla parte con domanda di declaratoria di inefficacia o di subentro, ritenga di mantener fermo il contratto soppesando espressamente le ragioni di cui all'art. 122 c.p.a. – **non può seguire**

L'inerzia della stazione appaltante(cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5500).

La stazione appaltante, infatti, è tenuta a valutare se, alla luce delle ragioni che hanno determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, permangono o meno le condizioni per la continuazione del rapporto contrattuale in essere con l'operatore economico (illegittimo) aggiudicatario, ovvero se non risponda maggiormente all'interesse pubblico, risolvere il contratto e indire una nuova procedura di gara (in applicazione del potere riconosciuto ora dall'art. 108, comma 1 D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; cfr. Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1798).

L'inerzia della stazione appaltante– per l'inevitabile mutamento delle condizioni derivante dalla caducazione del provvedimento di aggiudicazione – configura, pertanto, una **condotta inottemperante al giudicato e consente alla parte vincitrice di (re)agire con ricorso per l'ottemperanza**.

La citata pronuncia della stessa V Sezione n. 5500 del 2019 ha al riguardo affermato che *“inducono alla soluzione accolta ragioni di effettività della tutela (ex art. 1 c.p.a.). Se, a seguito dell'annullamento degli atti di gara, l'amministrazione resta inerte, così consentendo la prosecuzione del contratto con la parte illegittima aggiudicataria, l'operatore economico vincitore del giudizio non avrà conseguito alcun effetto utile dal giudicato di annullamento, salvo eventualmente spuntare il risarcimento del danno che, tuttavia, è rimedio sussidiario, attivabile per il solo caso di impossibile l'esecuzione in forma specifica della sentenza (come si ricava dall'art. 112, comma 3, c.p.a.). Ed è chiaro che, a rigore, in caso di annullamento dell'aggiudicazione, è impossibile l'esecuzione in forma specifica solo nel caso di avvenuta completa esecuzione dell'opera, del servizio o della fornitura”*.

I Giudici di Palazzo Spada, poi, rilevano come **se l'avvio del procedimento di autotutela è dovuto per l'intervenuta caducazione dell'aggiudicazione, non necessitato è certamente l'esito dello stesso, dato il carattere discrezionale** che connota ogni procedimento di riesame.

La stazione appaltante, dunque, è tenuta a soppesare i due interessi, insieme pubblici e privati, contrapposti – quello alla continuazione del rapporto contrattuale con un operatore economico che, per le più svariate ragioni, si gioverebbe di un'aggiudicazione illegittimamente disposta in suo favore con quello all'immediata caducazione del contratto d'appalto e conseguente riedizione della procedura di gara, evidentemente emendata del vizio accertato dal giudice amministrativo – e a motivatamente dichiarare a quale – e con quale modalità – intende dar prevalenza.

In chiusura, poi, il Supremo Consesso amministrativo si occupa della **impossibilità di disporre una proroga c.d. tecnica senza, contestualmente, procedere all'indizione della nuova gara, mediante la pubblicazione del bando**, questione, invero, sulla quale non si è interrogato il giudice di primo grado.

Sul punto la Corte ritiene corretto affermare, così seguendo la statuizione fatta propria dall'appellante, che **la proroga c.d. tecnica è tale se, contestualmente o prima che sia**

disposta, venga avviata nuova procedura di gara, risolvendosi, altrimenti, in un affidamento senza gara camuffato.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5357 del 2018, proposto da Milano Technology di Ing. Salvatore Conti s.a.s., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Gianni e Gennaro Terracciano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gennaro Terracciano in Roma, piazza San Bernardo, 101;

contro

Aler - Azienda Lombarda Edilizia Residenziale di Milano, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Giorgio Lezzi e Anna Mazzoncini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna, 40;

nei confronti

Ferco s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Mascherino;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 01384/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 settembre 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Terracciano, Gioffré, in sostituzione dell'avv. Lezzi, e Pelizzo, su delega dell'avv. Zoppolato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Milano Technology di Ing. Salvatore Conti s.a.s. impugnava gli atti della procedura di "*affidamento del servizio di pulizia e affini da effettuarsi sul patrimonio di proprietà di Aler e/o gestito dalla stessa – di competenza territoriale del settore servizi Milano Nord-Est*", indetta da Aler- Azienda lombarda edilizia residenziale di Milano, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.2. La ricorrente deduceva che l'appalto, originariamente suddiviso in sei lotti, era stato successivamente ridotto a tre, per ciascuno dei quali aveva presentato offerta, così come consentito dal disciplinare di gara. Nel disciplinare di gara, la stazione appaltante aveva stabilito di procedere all'aggiudicazione dei lotti secondo un ordine progressivo definito da un precedente sorteggio e facendo applicazione della regola del divieto di aggiudicazioni plurime, sicchè l'operatore aggiudicatario di un lotto precedente non poteva conseguire il successivo anche se, per ipotesi, la sua offerta fosse risultata la più vantaggiosa anche in altro.

1.3. La ricorrente assumeva che la sua offerta era risultata la più vantaggiosa sia in relazione al lotto 2° estratto che al lotto 3° estratto; ma, nonostante l'interesse manifestato per l'aggiudicazione del lotto 3° estratto, le era stato aggiudicato il 2° estratto, in applicazione dell'ordine di aggiudicazione frutto del sorteggio.

1.4. Il ricorso si basava su un unico motivo che contestava l'operato della Commissione giudicatrice per aver interpretato il disciplinare di gara nel senso che il criterio del sorteggio dovesse essere utilizzato come metodo di scelta del contraente, in presenza di offerte riconosciute come le più vantaggiose per più lotti, anziché come mero criterio per l'individuazione dell'ordine di aggiudicazione dei lotti, facendo salvo, per l'aggiudicazione dei singoli lotti, il criterio ordinario dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. La ricorrente conveniva in giudizio Aler e la società Ferco s.r.l. in proprio e in qualità di mandante del costituendo RTI con la società DDB Ecologia s.r.l., aggiudicataria del terzo lotto. Entrambe si costituivano chiedendo il rigetto del ricorso.

2.1. Il giudizio di primo grado si concludeva con la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia 9 gennaio 2017, n. 29, di reiezione della domanda di annullamento; il Consiglio di Stato, sezione V, con sentenza 18 ottobre 2017, n. 4812, in accoglimento dell'appello di Milano Technology s.a.s., riformava la sentenza di primo grado ed annullava il provvedimento di aggiudicazione definitiva 26 novembre 2015, n. 736 al R.t.i. Ferco.

2.2. La sentenza di appello valutava gli effetti del disposto annullamento sul contratto

d'appalto *medio tempore* stipulato con la controinteressata, ma riteneva di non poter pronunciare l'inefficacia ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. amm. per intervenuta rinuncia dell'appellante alle domande consequenziali all'annullamento dell'aggiudicazione (ivi compresa la pronuncia di subentro nel contratto), che, articolate nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, non erano state poi espressamente riproposte in sede di appello (come, invece, richiesto dall'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., affinché il giudice d'appello possa conoscerle).

Tuttavia, nella sentenza d'appello era precisato che *“Resta comunque salva la valutazione dell'amministrazione appaltante sull'attivazione del potere di autotutela, con inerente caducazione del contratto stipulato, in coerenza con il disposto annullamento dell'aggiudicazione”*.

2.3. Il 10 novembre 2017 Aler Milano comunicava, pertanto, l'avvio del procedimento di autotutela precisando l'intenzione di *“valutare tutte le circostanze sottese all'esecuzione del contratto di appalto relativo al lotto n. 3, anche in termini di bilanciamento dei diversi interessi pubblici e privati, e ciò la fine di assumere le determinazioni del caso, il tutto come peraltro prospettato dal Consiglio di Stato”*; in precedenza, peraltro, con atto 28 agosto 2017, Aler Milano aveva richiesto a Ferco s.r.l. (come anche a Milano Technology, in relazione al lotto che le era stato affidato), che aveva accettato, di proseguire nell'esecuzione del contratto sino al 31 maggio 2018 come previsto dall'art. 4 del Capitolato speciale descrittivo e prestazionale.

2.4. Il procedimento di autotutela era concluso dal provvedimento 30 novembre 2017, in cui, previo riconoscimento della perdurante efficacia del contratto, era disposta la conferma della proroga semestrale del contratto d'appalto relativo al lotto 3 concluso con Ferco s.r.l. sino a maggio 2018, per essere una *“proroga tecnica”* limitata al tempo della predisposizione della nuova gara d'appalto per l'affidamento dei servizi in oggetto e non in grado di recare alcun danno alla Milano Technology s.a.s..

3. Con ricorso al Tribunale regionale amministrativo per la Lombardia Milano Technology di Ing. Salvatore Conti s.a.s. domandava l'annullamento del provvedimento conclusivo del procedimento di autotutela sulla base di due motivi.

3.1. Con il primo motivo era contestata la violazione dell'art. 57, comma 5, lett. b) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nonché l'eccesso di potere per irragionevolezza, manifesta illogicità, contraddittorietà e sviamento di potere per avere l'amministrazione esercitato il potere di autotutela in maniera pretestuosa e strumentale con il solo obiettivo di procedere alla proroga del servizio a favore dell'aggiudicataria, sebbene, all'esito del precedente giudizio, fosse accertata l'illegittimità dell'aggiudicazione al contraente cui era richiesta la proroga dei servizi.

3.2. Con il secondo motivo la ricorrente assumeva l'illegittimità del provvedimento impugnato per violazione degli artt. 1, 3 e 21 –*novies* l. 7 agosto 1990, n. 24 e dell'art. 2 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; a suo dire l'amministrazione avrebbe errato nel disporre la proroga in ragione della perdurante efficacia del contratto, dovendosi, invece, escludere l'efficacia del contratto alla luce delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite in materia.

3.3. Il giudizio, al quale prendevano parte al giudizio Aler Milano e Ferco s.r.l., si concludeva con la sentenza sez. IV, 31 maggio 2018, n. 1384, di reiezione del ricorso e condanna della società ricorrente al pagamento delle spese di lite.

4. Propone appello Milano Technology di Ing. Salvatore Conti s.a.s.; Aler Milano e Ferco s.r.l. si sono costituite in giudizio. L'appellante e la stazione appaltante hanno depositato memorie e rituali repliche. All'udienza del 19 settembre 2019 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente va dato atto che la sentenza del Consiglio di Stato n. 4812 del 2017 è stata impugnata dalla Milano Technology s.a.s. con ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione ex art. 362 Cod. proc. civ. e che il giudizio è stato definito con ordinanza delle Sezioni Unite 10 maggio 2019 n. 12586, dichiarativa dell'inammissibilità del ricorso per cassazione.

2. E' possibile, dunque, procedere all'esame dell'appello.

2.1. Con l'unico motivo d'appello è contestato al giudice di primo grado, in primo luogo, di aver erroneamente inteso l'oggetto del giudizio, che non era la proroga del contratto disposta dalla stazione appaltante a favore della Ferco s.r.l., ma la decisione di Aler di mantenere fermo il contratto, addirittura con estensione temporale, sebbene fosse stata caducata in via giurisdizionale l'aggiudicazione, quale l'esito del procedimento di autotutela.

Assume l'appellante, infatti, che, in sede di autotutela, la stazione appaltante, in ragione dell'annullamento dell'aggiudicazione disposto con sentenza del Consiglio di Stato n. 4812 del 2017, non avrebbe potuto far altro che procedere alla ripetizione della gara, quanto meno a partire dall'individuazione delle regole di aggiudicazione in presenza di concorrente risultato primo in più lotti; Aler, invece, aveva assunto la diversa, e illegittima, decisione di avviare una nuova procedura di gara, anziché ripetere la medesima gara, come dimostrato dal bando di gara *medio tempore* pubblicato.

2.2. L'appellante aggiunge che la stazione appaltante, stabilito di non procedere alla ripetizione della gara, avrebbe potuto sanare il contratto solo fino alla scadenza naturale del 30 novembre 2017, per procedere immediatamente (e, comunque, una volta appreso della pubblicazione della sentenza) all'indizione di una nuova procedura di gara così da giovare dell'istituto della c.d. proroga tecnica che consente, secondo l'elaborazione giurisprudenziale, di assicurare l'erogazione del servizio senza soluzione di continuità nel tempo necessario all'espletamento della procedura di gara.

Era, invece, accaduto che, al 18 ottobre 2017, data di pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 4812, non era stata ancora bandita una nuova gara, neppure avviata, peraltro, alla comunicazione di avvio del procedimento di autotutela, sicché la stazione appaltante non avrebbe potuto legittimamente esercitare il potere di proroga; la proroga, pertanto, aveva natura meramente contrattuale e posava su di un contratto da considerarsi non efficace oltre la sua scadenza naturale.

2.3. Quanto, infine, alle ragioni per le quali il giudice di primo grado aveva respinto le censure di illegittimità della proroga, ribadisce l'appellante che, contrariamente a quanto sostenuto nella sentenza impugnata, era mancato, in sede di autotutela, un adeguato bilanciamento degli interessi, che, quanto al privato, nel caso di specie era quello all'esecuzione del contratto di cui era legittimo aggiudicatario secondo quanto statuito dal giudice d'appello, e la mancata riproposizione in appello della richiesta di tutela in forma specifica non avrebbe potuto trasformare il suo interesse di natura meramente processuale in assenza di interesse al subentro del contratto sul piano sostanziale.

3. L'appello è infondato; la sentenza di primo grado merita conferma con le precisazioni che seguono.

3.1. Preliminarmente, in risposta alla prima censura svolta dall'appellante, va precisato che dalla sola lettura della sentenza impugnata appare chiaro come il giudice di primo grado abbia vagliato i vizi di legittimità prospettati in relazione al provvedimento di conferma del contratto di appalto (ma, specialmente, come si avrà modo di chiarire, della proroga) – ovvero nei confronti della decisione assunta dalla stazione appaltante all'esito del procedimento di autotutela – e non del precedente atto di proroga, rimasto estraneo al giudizio.

Il giudice di primo grado, dunque, ha correttamente individuato l'oggetto del giudizio e si è occupato delle ragioni della proroga solo perché contestate, come emerge anche dalle censure svolte nell'odierno giudizio d'appello, dal ricorrente nei propri motivi di ricorso.

3.2. Precisato quanto sopra, la questione centrale posta dall'odierno appellante è se l'esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante, in seguito all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, potesse avere quale unico esito la decisione di ripetere la (stessa) gara con le modalità indicate dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 4812 del 2017 ovvero, come in effetti avvenuto, di tener fermo il contratto (e la proroga che ne era stata frattanto disposta).

3.2.1. Si impone, al riguardo, una premessa.

A seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento di aggiudicazione, non sempre il giudice amministrativo può intervenire sul contratto di appalto che, in ragione dell'aggiudicazione, sia stato stipulato.

A parte il divieto previsto dall'art. 125 Cod. proc. amm., può accadere, infatti, che non sia allegato in giudizio il fatto dell'avvenuta stipulazione del contratto, ovvero che la parte ricorrente non abbia proposto espressa domanda di declaratoria dell'inefficacia del contratto (o di subentro ovvero pure di risarcimento in forma specifica) o ancora che, se proposta in primo grado, vi abbia poi rinunciato.

E' quanto accaduto nel precedente giudizio tra l'odierna appellante e Aler Milano: il giudice d'appello, pur annullando l'aggiudicazione a favore del R.t.i. Ferco, non è intervenuto sul contratto d'appalto *medio tempore* stipulato per rinuncia della parte alle domande formulate in primo grado in quanto non riproposte (secondo la presunzione dell'art. 101, comma 2, Cod.

proc. amm.).

3.2.2. La giurisprudenza amministrativa, tuttavia, ha già precisato che all'annullamento dell'aggiudicazione, in assenza di statuizione del giudice sul contratto d'appalto – situazione evidentemente differente da quella in cui il giudice amministrativo, pur richiesto dalla parte con domanda di declaratoria di inefficacia o di subentro, ritenga di mantener fermo il contratto soppesando espressamente le ragioni di cui all'art. 122 Cod. proc. amm. – non può seguire l'inerzia della stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5500).

La stazione appaltante, infatti, è tenuta a valutare se, alla luce delle ragioni che hanno determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, permangano o meno le condizioni per la continuazione del rapporto contrattuale in essere con l'operatore economico (illegittimo) aggiudicatario, ovvero se non risponda maggiormente all'interesse pubblico, risolvere il contratto e indire una nuova procedura di gara (in applicazione del potere riconosciuto ora dall'art. 108, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; cfr. Cons. Stato, sez. IV 5 maggio 2016, n. 1798).

L'inerzia della stazione appaltante – per l'inevitabile mutamento delle condizioni derivante dalla caducazione del provvedimento di aggiudicazione – configura, pertanto, una condotta inottemperante al giudicato e consente alla parte vincitrice di (re)agire con ricorso per l'ottemperanza (si è affermato nella sentenza di questa Sezione n. 5500 del 2019: *“Inducono alla soluzione accolta ragioni di effettività della tutela (ex art. 1 Cod. proc. amm.). Se, a seguito dell'annullamento degli atti di gara, l'amministrazione resta inerte, così consentendo la prosecuzione del contratto con la parte illegittima aggiudicataria, l'operatore economico vincitore del giudizio non avrà conseguito alcun effetto utile dal giudicato di annullamento, salvo eventualmente spuntare il risarcimento del danno che, tuttavia, è rimedio sussidiario, attivabile per il solo caso di impossibile l'esecuzione in forma specifica della sentenza (come si ricava dall'art. 112, comma 3, Cod. proc. amm.) Ed è chiaro che, a rigore, in caso di annullamento dell'aggiudicazione, è impossibile l'esecuzione in forma specifica solo nel caso di avvenuta completa esecuzione dell'opera, del servizio o della fornitura.”*).

3.2.3. Si spiega così la riserva contenuta nella sentenza del Consiglio di Stato n. 4812 del 2017, per cui, disposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione a favore del R.t.i. Ferco s.r.l., era rimesso alla stazione appaltante la scelta di procedere in via di autotutela a risolvere il contratto d'appalto stipulato per essere ormai privo di valida aggiudicazione (simile riserva in Cons. Stato, IV, 3 luglio 2014, n. 3344).

3.2.4. Se l'avvio del procedimento di autotutela è dovuto per l'intervenuta caducazione dell'aggiudicazione, non necessitato è certamente l'esito dello stesso, dato il carattere discrezionale che connota ogni procedimento di riesame.

La stazione appaltante, dunque, è tenuta a soppesare i due interessi, insieme pubblici e privati, contrapposti – quello alla continuazione del rapporto contrattuale con un operatore economico che, per le più svariate ragioni, si gioverebbe di un'aggiudicazione illegittimamente disposta in suo favore con quello all'immediata caducazione del contratto d'appalto e conseguente riedizione della procedura di gara, evidentemente emendata del vizio accertato

dal giudice amministrativo – e a motivatamente dichiarare a quale – e con quale modalità – intende dar prevalenza.

3.2.5. Alla luce delle predette considerazioni, la condotta di Aler Milano va, dunque, esente da critica: il procedimento di autotutela è stato attivato in un arco di tempo ragionevole dalla pubblicazione della sentenza caducatoria dell'aggiudicazione, con la comunicazione di avvio del procedimento del 10 novembre 2017 e concluso tempestivamente con il provvedimento del 30 novembre 2017.

Ciò vale ad escludere ogni profilo di inottemperanza alla sentenza della stazione appaltante (che, comunque, la parte avrebbe dovuto far valere con ricorso per ottemperanza).

Per quanto in precedenza detto la caducazione del contratto non era esito dovuto del procedimento a condizione che fossero ben esposte le ragioni di preferenza per la continuazione del rapporto contrattuale.

3.2.6. Ebbene, non v'è dubbio che nel provvedimento impugnato Aler Milano abbia espresso il suo intendimento di tener fermo, non tanto il contratto d'appalto, che aveva termine proprio quel giorno, il 30 novembre 2017, quanto, piuttosto, la proroga di sei mesi (dalla scadenza del contratto) già disposta, per i lotti aggiudicati ad entrambi gli operatori coinvolti nel giudizio, il 28 agosto 2017 e da entrambi accettata; proroga disposta *“nelle more della predisposizione della nuova gara d'appalto per l'affidamento dei servizi in oggetto”*.

La necessità di tener ferma la proroga derivava – era spiegato nel provvedimento –

dalla circostanza che, fino a quel momento (di conclusione del procedimento di autotutela) le attività prodromiche all'indizione della nuova gara non erano ancora concluse *“in ragione della complessità delle prestazioni da dedurre in commessa e delle scelte gestionali ancora in corso di valutazione da parte dell'Aler Milano”*.

3.3. Per le considerazioni svolte, va respinta anche l'ulteriore critica rivolta dall'appellante alla stazione appaltante, e della quale assume non essersi occupato il giudice di primo grado, vale a dire l'impossibilità di disporre una proroga c.d. tecnica senza, contestualmente, procedere all'indizione della nuova gara, mediante la pubblicazione del bando.

3.3.1. È corretto affermare, come fa l'appellante, che la proroga c.d. tecnica è tale se, contestualmente o prima che sia disposta, venga avviata nuova procedura di gara, risolvendosi, altrimenti, in un affidamento senza gara camuffato, ma nel caso di specie è doveroso tener conto di due circostanze:

la prima è che quando Aler Milano ha richiesto ad entrambi gli operatori di continuare a svolgere le loro prestazioni anche oltre la scadenza contrattuale il 28 agosto 2017, il giudice amministrativo non si era ancora pronunciato e non v'era da dubitare della legittimità del contratto d'appalto concluso, che tale facoltà prevedeva (art. 4 *“La durata dell'appalto è di 24 mesi (più eventuale anno di proroga) decorrenti dalla data del verbale di consegna del servizio”*), come pure che vi fosse tempo (quello appunto della proroga) per procedere

all'indizione della nuova gara;

la seconda è che, intervenuto l'annullamento in via giurisdizionale dell'aggiudicazione, caducare la proroga per essere stata adottata sulla base di un contratto da risolvere, avrebbe significato dover procedere all'immediata indizione di una procedura di gara – nello stesso tempo richiesto dallo svolgimento del procedimento di autotutela – comprimendo i tempi già programmati per la ponderata valutazione delle scelte da compiere in relazione alla nuova procedura di gara.

3.3.2. In definitiva, l'incertezza collegata all'esito dei procedimenti giurisdizionale rende ragionevole la decisione assunta da Aler all'esito del procedimento di autotutela, di tener ferma la proroga, che per il tempo necessario all'espletamento della nuova gara, consenta di continuare a ricevere le prestazioni dagli operatori economici.

Ciò vuol dire, per converso, che la stazione appaltante era onerata ad attivarsi, per la nuova procedura di gara indetta, nei tempi che si era originariamente data, vale a dire i sei mesi dalla scadenza del contratto e, dunque entro il 30 maggio 2018, come, in effetti, avvenuto alla luce della documentazione da ultimo versata in atti dalle parti.

3.4. In via conclusiva, la sentenza di primo grado merita conferma nella parte in cui ha ritenuto di respingere le ragioni di critica esposte dalla Milano Technology alla decisione assunta da Aler a conclusione del procedimento di autotutela.

4. Escluso ogni profilo di illegittimità dell'azione amministrativa nelle scelte seguenti alla pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 4812 del 2017, è stata correttamente respinta dal giudice di primo grado anche la domanda di risarcimento del danno articolata dalla Milano Technology derivante dalla scelta assunta dalla stazione appaltante di mantenere efficace il contratto e la proroga che ne aveva preceduto la scadenza.

5. La particolarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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