

Publicato il 23/09/2019

N. 06326/2019REG.PROV.COLL.
N. 00218/2019 REG.RIC.



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 in appello numero di registro generale 218 del 2019,
proposto da

Europolice s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Sasso, con domicilio
digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale di Napoli,
Salerno e Castellammare di Stabia, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato
Barbara Pisacane, con domicilio digitale come da PEC Registri di
Giustizia;

nei confronti

Rangers s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Paparella, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania, Sezione quarta, n. 13/2019, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale di Napoli, Salerno e Castellammare di Stabia;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Rangers s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 16 maggio 2019 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Antonio Sasso, Barbara Pisacane e Riccardo Paparella;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Europolice s.r.l., gestore in scadenza del servizio di vigilanza di alcuni varchi del Porto commerciale di Salerno in forza di un contratto stipulato nel 2015, in esito a una gara pubblica retta dal previgente Codice dei contratti (d.lgs. 163/2006), chiedeva il 23 maggio 2018 all'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale di Napoli, Salerno e Castellammare di Stabia (in seguito, Autorità portuale o Autorità) di disporre in suo favore la proroga tecnica del servizio nelle more dell'indizione di una nuova gara per il suo affidamento.

A sostegno della richiesta rappresentava la convenienza economica delle condizioni applicate e l'opportunità di allineare la scadenza del servizio a quella, fissata per il 6 aprile 2019, di un diverso affidamento di vigilanza pure svolto da Europolice nello stesso Porto.

L'Autorità portuale con atto dell'11 giugno 2018 denegava la richiesta, concedendo a Europolice solo una breve proroga sino al 30 giugno 2018, motivata con l'intendimento di assicurare, nelle more dell'indizione di una gara comunitaria volta a includere tutte le esigenze del Porto di Salerno, il passaggio di cantiere a Rangers s.r.l., aggiudicataria del servizio di vigilanza nel Porto di Napoli. Con atto del 27 giugno 2018 l'Autorità affidava indi il servizio a Rangers, ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016.

Europolice impugnava i due predetti atti con ricorso e motivi aggiunti chiedendone l'annullamento al Tribunale amministrativo regionale della Campania, in uno con la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, il subentro nel servizio e il risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente.

2. Con la sentenza segnata in epigrafe l'adito Tribunale, nella resistenza dell'Autorità portuale e di Rangers, respingeva il ricorso e i motivi aggiunti, condannando la ricorrente anche al pagamento delle spese di giudizio.

In sintesi, secondo il tribunale:

- i due provvedimenti gravati da Europolice costituivano “*due facce della stessa medaglia*”, cioè della decisione dell'Autorità di non consentire il prolungamento dell'attività della società nel Porto di Salerno e, contemporaneamente, di demandare tale attività a Rangers, operante per i medesimi servizi nel Porto di Napoli, per

effetto del contratto stipulato con l'Autorità il 14 giugno 2018, in qualità di aggiudicataria della gara europea indetta con delibera n. 144/2015, ai sensi degli artt. 61 e 95 del d.lgs. 50/2016;

- tale seconda determinazione costituiva legittima applicazione – da parte dell'Autorità - dell'art. 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016;

- in particolare, l'Autorità ben poteva disporre il contestato affidamento a Rangers utilizzando l'istituto della variante contrattuale prevista dalla predetta norma, stante la presenza del presupposto ivi menzionato delle “circostanze impreviste e imprevedibili” sopraggiunte, costituite dalla sopravvenienza, rispetto alla gara per il Porto di Napoli aggiudicata a Rangers, dell'art. 22 del d.lgs. n. 169/2016, che ha unificato le Autorità portuali di Napoli e di Salerno e determinato, per l'effetto, la nascita di una nuova Autorità portuale, il che ha comportato *“la necessità ...di apportare alcune modifiche al progetto esecutivo in appalto, imprevedibili in fase progettuale”*;

- del resto, nelle more dell'indizione della gara per l'affidamento dei servizi di vigilanza nel Porto di Salerno (poi bandita il 3 agosto 2018, in pendenza del giudizio) e a fronte della insussistenza di un diritto di Europolice di ottenere la proroga tecnica - perché neppure prevista dal contratto a suo tempo stipulato e tenuto conto del principio giurisprudenziale per cui di norma, l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, deve effettuare una nuova gara pubblica - la decisione di differire il termine finale del rapporto già in essere con Europolice o di avvalersi dell'art. 106, comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016, trattandosi, sia nell'uno che nell'altro caso, di misura avente carattere di temporaneità, rientrava nella scelta

discrezionale dell'Amministrazione portuale, scelta non viziata da violazione di legge, né inficiata dal cattivo uso del potere amministrativo.

3. Europolice ha gravato la predetta sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua dei seguenti motivi di gravame:

I) *Error in iudicando*: erronea applicazione dell'art. 106 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, omessa pronuncia, erronea applicazione dell'art. 97 Cost.; II) *Error in iudicando*: erronea applicazione degli articoli 55 e 56 Cod. proc. amm., erronea applicazione dell'art. 21-*septies* l. 7 agosto 1990, n. 241.

Si sono costituite in resistenza l'Autorità portuale e Rangers, entrambe concludendo per la reiezione dell'appello.

4. La Sezione, con ordinanza n. 444/2019, ritenuto che la disamina delle questioni dedotte dall'appellante in relazione alla violazione dell'articolo 106, comma 1, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016 necessitasse dell'approfondimento proprio della fase del merito e che nelle more dovesse essere privilegiata la soluzione comportante la definizione della causa *re adhuc integra*, ha accolto la domanda cautelare introdotta nell'atto di appello, disponendo, per l'effetto, la sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata.

5. Tutte le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

6. La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 16 maggio 2019.

DIRITTO

1. Con la sentenza segnata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale della Campania ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dall'odierna appellante Europolice s.r.l. avverso i

provvedimenti con cui l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale di Napoli, Salerno e Castellammare di Stabia:

- le aveva negato, nelle more dell'indizione e dello svolgimento della nuova gara per l'affidamento del servizio, la proroga tecnica del contratto in scadenza stipulato con la società nel 2015 per l'attività di sorveglianza di alcuni varchi del Porto commerciale di Salerno;

- aveva affidato il servizio scaduto, ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, sempre nelle more della nuova gara, a Rangers s.r.l, già operante per gli stessi servizi nel Porto di Napoli, per effetto del contratto stipulato con l'Autorità il 14 giugno 2018, quale aggiudicataria della gara europea indetta con delibera n. 144/2015, ai sensi degli artt. 61 e 95 del d.lgs. 50/2016.

2. Ciò premesso, prima ancora di procedere all'esame delle singole doglianze, deve provvedersi sull'istanza, avanzata da Europolice nella memoria depositata il 29 gennaio 2019, di cancellazione, ai sensi dell'art. 89 c.p.c., dell'espressione contenuta a pagina 19 dell'avversa memoria dell'appellata Autorità del 24 gennaio 2019, avente il seguente tenore letterale:

“L'interesse in gioco nel processo è quello di ottenere una pronuncia dirimente rispetto all'effettiva realtà giuridica e fattuale, onde non eludere il 'fine della giustizia', per cui gli avvocati prestano giuramento”.

Secondo Europolis tale frase avrebbe sostanzialmente imputato all'attività del proprio difensore, che avrebbe improntato le proprie funzioni al puntuale mandato ricevuto e in maniera allo stesso pienamente confacente, una condotta processuale *“dissonante rispetto agli obblighi di probità e lealtà, sì da violare il dovere di assolvere con dignità la professione forense e la funzione sociale, cui è vincolata per effetto del giuramento*

prestato”, dando vita ad un intento non solo sconveniente, ma palesemente offensivo.

L’istanza non può essere accolta.

Le espressioni sconvenienti od offensive *ex art.* 89 c.p.c. consistono in tutte quelle frasi, attinenti o meno all’oggetto della controversia, che superino il limite della correttezza e della convenienza processuale, espresse nei riguardi dei soggetti presenti nel giudizio, in violazione di tutti i principi posti a tutela del rispetto e della dignità della persona umana e del decoro del procedimento; per costante giurisprudenza della Corte di Cassazione l’ipotesi di cui alla citata disposizione processualcivilistica è integrata in caso di espressioni eccedenti le esigenze difensive e avulse dalla materia del contendere (Cons. Stato, VI, 17 dicembre 2013, n. 6038; Cass. civ., 26 luglio 2002, n. 11063).

Il rimedio della cancellazione va indi escluso allorché le espressioni difensive di cui si chiede la cancellazione, oltre a non essere dettate da un passionale e incompsto intento dispregiativo, rivelando un puro e gratuito intento offensivo nei confronti del richiedente, conservino un rapporto, anche indiretto, con la materia controversa, senza eccedere dalle esigenze difensive, e risultino finalizzate a dimostrare, attraverso una valutazione negativa del comportamento della controparte, la scarsa attendibilità delle sue affermazioni (Cass. civ., Sez. lav., 18 ottobre 2016, n. 21031; Cons. Stato, V, 29 ottobre 2018, n. 6131; VI, 20 novembre 1995 n. 1318).

Tali ultime condizioni si rinvengono nel caso di specie: gli accenni della difesa dell’Autorità portuale al fine di giustizia e ai connessi obblighi deontologici del difensore, ancorché duri, si profilano infatti privi di intenti denigratori od offensivi e volti esclusivamente ad

attribuire maggior forza alla rivendicazione della legittimità del proprio operato, senza travalicare i limiti di critica ammessi in sede giudiziaria.

3. Nel merito l'appello è infondato.

4. Con il primo mezzo Europolice sostiene che la sentenza appellata avrebbe totalmente omesso di valutare le proprie censure volte a dimostrare che nel caso di specie non ricorressero i presupposti per l'applicazione della modifica contrattuale di cui all'art. 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, stante la carenza di quella consequenzialità necessaria richiesta dalla disposizione tra la sopravvenienza normativa (considerata dal primo giudice) e la variante contrattuale.

La censura non può trovare accoglimento.

4.1. L'art. 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che *“Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento”*, tra altro, *“ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7: 1) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti; 2) la modifica non altera la natura generale del contratto”*.

La disposizione fa rientrare nel novero degli eventi che possono determinare la “necessità di modifica” anche la sopravvenienza normativa, evento che viene qualificato *ex lege* tra le “circostanze impreviste e imprevedibili”.

Ciò posto, non vi è dubbio che la sopravvenienza normativa, nel rapporto tra *genus* e *species* delineato dalla disposizione, deve determinare per l’Amministrazione la “necessità di modifica” considerata dalla legge, condizione che, onde evitare un uso distorto dello strumento della variante contrattuale, non può che assumere un carattere oggettivo.

Tuttavia nessun elemento della disposizione stessa induce a ritenere che la sopravvenienza normativa debba contenere uno specifico obbligo di variante contrattuale: se così fosse, una previsione di carattere generale quale quella in commento sarebbe totalmente priva di significato.

Non resta, pertanto, che concludere che, per l’art. 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, la necessità oggettiva determinata dalla sopravvenienza normativa che legittima la variante contrattuale va apprezzata in concreto.

Per compiere tale apprezzamento nella presente sede giudiziale assumono rilievo due elementi: il primo, di carattere positivo, impone di accertare se e in che modo la norma sopravvenuta abbia inciso sull’andamento e sulle esigenze dell’Autorità portuale; il secondo, di carattere negativo, richiede di valutare se l’Autorità poteva governare tale incidenza facendo ricorso a strumenti diversi dalla variante contrattuale.

Applicando tali coordinate al caso di specie, emerge la ragionevole sussistenza della predetta necessità.

Invero l'Autorità portuale, già Autorità portuale di Napoli, per effetto dell'art. 22 del d.lgs. 169/2016 ha visto ampliarsi la propria competenza territoriale, essendo stato accorpato al Porto di Napoli e di Castellammare, anche il Porto di Salerno, precedentemente amministrato da altra autonoma autorità.

L'Autorità appellata ha evidenziato come l'unificazione dei due autonomi enti prima esistenti abbia comportato, nel corso degli anni 2017 e 2018, un rallentamento dell'azione amministrativa, dovuta al susseguirsi delle connesse disposizioni normative e regolamentari: la circostanza non ha trovato alcuna effettiva e adeguata smentita da parte di Europolice, che ha lamentato fondamentalmente solo la ricaduta oggettiva di detto rallentamento sulla propria posizione, laddove le difficoltà dell'azione amministrativa in presenza di modifiche ordinamentali, come quelle in parola, assumono portata di sistema e risultano di agevole e immediata comprensione.

Non può pertanto esservi dubbio che l'art. 22 del d.lgs. 169/2016 abbia causato rilevanti effetti nell'azione di governo del Porto commerciale di Salerno, determinando, per quanto qui di interesse, la nuova messa a bando del servizio gestito da Europolice solo dopo la sua scadenza, ovvero il 3 agosto 2018, in pendenza del giudizio di primo grado.

Chiarito, nei sensi di cui sopra, che la norma sopravvenuta ha indubbiamente inciso sulla tempestività dell'azione dell'amministrazione deputata alla gestione dei servizi del Porto, resta da accertare se l'Autorità poteva governare tale incidenza facendo ricorso a strumenti diversi dalla variante contrattuale.

La risposta deve essere negativa.

Europolice ha sostenuto che l'Autorità portuale per assicurare la continuità del servizio di vigilanza in scadenza nelle more della sua nuova messa a bando dovesse o potesse ricorrere esclusivamente all'istituto della proroga tecnica a suo favore di Europolice.

Senonché, come condivisibilmente chiarito dal giudice di primo grado, siffatta pretesa non trova alcun fondamento contrattuale o normativo.

In linea generale, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza, il ricorso alla proroga tecnica costituisce un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali (*ex multis*, Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 274; III, 3 aprile 2017, n. 1521).

Inoltre, il contratto a suo tempo stipulato tra l'Autorità portuale e Europolice non aveva in alcun modo previsto la possibilità della sua proroga.

Nel descritto contesto il ricorso dell'Autorità all'art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 è da ritenersi legittimo: tale fattispecie legale, infatti, per via dell'elemento qualificante costituito dalla sopravvenienza normativa considerata dalla norma e dalle connesse necessità amministrative, rappresenta, molto più propriamente della proroga tecnica, il rimedio corrispondente alla situazione di fatto, discendente dalla modifica ordinamentale, che l'Autorità ha dovuto fronteggiare.

4.2. Anche le ulteriori censure contenute nel mezzo in esame vanno respinte.

In particolare:

- quanto alle articolate argomentazioni con cui Europolis afferma che l'unica possibile necessità che avrebbe potuto legittimare il

ricorso alla modifica contrattuale in parola era l'unificazione dei servizi di vigilanza per i Porti di Napoli e di Salerno, si rileva che trattasi di una scelta che, oltre a non derivare automaticamente dalla ridetta modifica ordinamentale di cui è stata oggetto l'Autorità portuale e che quest'ultima non ha mai prospettato, risulta anche oggettivamente incompatibile con la tempistica dei relativi affidamenti, tenuto conto che quello di Europolice, relativo al Porto commerciale di Salerno, è scaduto pressochè contestualmente all'avvio dell'affidamento a Rangers, relativo al Porto di Napoli;

- la circostanza che il servizio sia stato svolto da Europolice senza addebiti non incide sulla fondatezza o meno della pretesa alla proroga tecnica;

- l'asserito risparmio dei costi contrattuali discendente dalla proroga tecnica rispetto all'affidamento del servizio a Rangers non considera che quest'ultima è risultata aggiudicataria di una selezione pubblica a rilevanza comunitaria (cui ha partecipato anche Europolice) fondata sul criterio dell'offerta economicamente più conveniente, in cui l'elemento prezzo è solo uno degli indicatori dell'offerta: il prezzo delle due prestazioni non può pertanto essere isolatamente comparato, né può risultare *ex se* indicativo dell'illegittimità della variante contrattuale;

- la paventata pericolosità della sovrapposizione nello stesso Porto di due diversi servizi di vigilanza armata, oltre a non deporre per la professionalità dei servizi stessi attestata dalle aggiudicazioni conseguite dalle due imprese, ivi compresa Europolice, che pure la vanta ripetutamente, è questione di merito, rientrando nella valutazione dell'aspetto della generale sicurezza del Porto. Essa, in quanto tale, sfugge non solo agli apprezzamenti dell'appellante, ma

anche alla disamina giudiziale da compiersi nella presente sede, la quale, in ogni caso, non potrebbe mai fondarsi sulle affermazioni generiche (e anche contraddittorie) avanzate dall'appellante.

4.3. In definitiva il primo motivo di appello va respinto.

5. Con il secondo mezzo Europolice ha lamentato l'erroneità delle articolate argomentazioni con cui il primo giudice ha respinto la censura, avanzata con i motivi aggiunti, di nullità, per violazione del giudicato cautelare, della delibera n. 199 del 27 giugno 2018, con cui l'Autorità ha affidato il servizio per cui è causa a Rangers, *ex art.* 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016: ciò in relazione al decreto del Presidente della Sezione Quarta del Tar Campania 25 giugno 2018, n. 932, che aveva accolto la domanda di misure cautelari monocratiche avanzata da Europolice negli stessi motivi aggiunti.

Il motivo è suggestivamente formulato, anche con riferimento alla scansione temporale degli atti, ma non è meritevole di favorevole considerazione.

Invero, indipendentemente da ogni questione circa la idoneità del decreto monocratico ad assumere valore di giudicato cautelare (ciò in relazione non tanto e non solo ai suoi effetti assolutamente precari e temporanei, ma anche e soprattutto con riguardo ai suoi presupposti), il decreto cautelare di cui si discute aveva accolto la richiesta tutela, eccezionale e precaria, nei confronti della nota n. 6710 dell'11 giugno 2018 del Segretario Generale dell'Autorità Portuale ai fini di impedire il c.d. passaggio di cantiere alla controinteressata in ciò ritenendo realizzatasi la fattispecie dell'estrema gravità ed urgenza tale da non poter attendere la tutela cautelare collegiale, poi fissata per il 4 luglio 2018.

Detto effetto del decreto cautelare (l'unico ad esso riconducibile, come del resto interpretato anche dallo stesso Tribunale amministrativo campano nell'udienza camerale cautelare del 4 luglio 2018) si è effettivamente realizzato e non è stato né impedito, né ostacolato dalla (quasi coeva) delibera dell'Amministrazione n. 199 del 27 giugno 2018.

A ciò aggiungasi che il decreto monocratico cautelare n. 932/2018 del Tar Campania non conteneva nessuna inibizione all'Amministrazione allo svolgimento della propria attività, così che la delibera n. 199 del 27 giugno 2018 non era in alcun modo condizionata da quel decreto, e che l'esecutività di tale delibera è stata sospesa prima con decreto monocratico n. 86/2019 e poi con la successiva ordinanza n. 444/2019 di questa Sezione del Consiglio di Stato che ha sospeso la sentenza appellata, sicchè, come emerge dagli atti di causa (e segnatamente dalla delibera dell'Autorità n. 92/2019), il passaggio del servizio a Rangers non è mai stato effettuato.

6. Per tutto quanto precede l'appello, assorbita ogni questione preliminare sollevata dalle parti resistenti, va respinto.

7. Sussistono giusti motivi, tenuto conto della novità delle questioni trattate, per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese di lite del grado.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese del giudizio del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 16 maggio 2019

con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO