



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2524 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Europolice s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Sasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo n. 156;

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 da 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 da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

A) *per quantoriguarda il ricorso introduttivo:*

a) della nota n. 6710.11-06-2018, a firma del Segretario Generale dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale, con la quale - negandosi la proroga tecnica del servizio di vigilanza espletato dalla ricorrente nel porto di Salerno, fino all'aggiudicazione della gara europea – è stata accordata una proroga limitata fino al 30 giugno 2018 “al fine di assicurare il passaggio di cantiere all'istituto di vigilanza subentrante Rangers s.r.l.”;

b) di tutti gli atti concernenti l'affidamento del servizio, attualmente svolto dalla Europolice s.r.l. nel porto commerciale di Salerno, in favore della Rangers s.r.l., allo stato ignoti e delle cui motivazioni non si ha conoscenza, nessuno escluso né eccettuato;

c) di ogni atto presupposto, connesso e, comunque, conseguente con quelli che precedono.

B) *Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 6 luglio 2018:*

a) della Deliberazione dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale n. 199 del 27 giugno 2018, di affidamento del servizio di vigilanza nel Porto commerciale di Salerno in favore della Rangers s.r.l., in applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. c), del D.lgs 50/2016;

b) degli atti presupposti, conseguenti e comunque connessi con quelli che precedono,

nonche' ad ottenere la declatoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ed il subentro nel servizio, ex artt. 121 e 122 del c.p.a., ovvero il risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente monetario.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rangers e dell'Autorità Sistema Portuale Mtc;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti i decreti cautelari n. 932 del 25 giugno 2018 e n. 1007 del 6 luglio 2018;
Viste le ordinanze cautelari n. 998 del 5 luglio 2018 e 1064 del 19 luglio 2018;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2018 la dott.ssa Maria Barbara Cavallo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato il 21-22 giugno 2018 la Europolice s.r.l. (in seguito: *Europolice*), società che gestisce nel porto commerciale di Salerno il servizio di vigilanza armata del varco di “ponente” e del varco di “trapezio”, nonché il servizio fiduciario durante la stagione estiva del varco di “ponente”, ha impugnato il provvedimento indicato in epigrafe *sub A*), ossia la nota n. 0006710.11-06-2018, a firma del Segretario Generale dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale (in seguito: *l'Autorità* o *l'Autorità Portuale* o *ASP*), con la quale è stata negata la proroga tecnica del servizio di vigilanza già espletato dalla ricorrente nel porto di Salerno, accordandosi una proroga limitata fino al 30 giugno 2018 “*al fine di assicurare il passaggio di cantiere all'istituto di vigilanza subentrante Rangers s.r.l.*”.

A seguito del positivo esito di procedure ad evidenza pubblica bandite sotto la vigenza del d.lgs. 163/06, la Europolice è divenuta titolare del servizio in forza del contratto registrato all'Agenzia delle Entrate al n. 2625 del 8 settembre 2015, nonché dell'estensione disposta con Delibera del Commissario Straordinario dell'Autorità Portuale di Salerno n. 86 del 29 dicembre 2017, prorogato a tutto il 12 giugno 2018. Con successivo contratto del 24 giugno 2016, giusta delibera del Presidente dell'Autorità Portuale di Salerno n. 9 del 15 gennaio 2016, tale servizio è stato poi

esteso alla vigilanza armata del varco di “ponente”, dalle ore 19 alle ore 7 del giorno successivo, fino a tutto il 6 aprile 2019.

1.1. Nelle more dell’indizione della nuova gara per l’affidamento del medesimo servizio nel porto di Salerno, con nota inviata a mezzo pec del 23 maggio 2018, la ricorrente ha chiesto di procedersi alla *proroga tecnica* del servizio, in attesa dell’aggiudicazione definitiva della commessa.

Alla base della richiesta, la società ha addotto una serie di motivazioni incentrate sia sulla presunta convenienza economica delle condizioni praticate da Europolice s.r.l., sia sulla necessità di “allineare” la scadenza del contratto del servizio di vigilanza armata del varco di “ponente” e del varco di “trapezio”, nonché del servizio fiduciario durante la stagione estiva del varco di “ponente”, prevista per il 16 aprile 2018, alla scadenza del contratto della vigilanza armata del varco di “ponente”, dalle ore 19 alle ore 7 del giorno successivo, prevista per il 6 aprile 2019, anche per evitare “sovrapposizioni” di guardie particolari giurate di diversi Istituti di Vigilanza, in considerazione delle diverse scadenze dei contratti.

Con la nota dell’11 giugno 2018, impugnata con il ricorso oggetto di giudizio, l’Autorità Portuale ha sostanzialmente negato l’auspicata proroga tecnica, prospettando la necessità di un sistema di rotazione delle commesse, che implica il divieto di invito o affidamento diretto nei confronti del contraente uscente, fatti salvi gli esiti di regolari procedure di gara, e informando l’Europolice di voler concedere una breve proroga fino al 30 giugno 2018 al fine di assicurare il passaggio di cantiere all’istituto di vigilanza subentrante Rangers s.r.l. (in seguito, la *Rangers*), il tutto nelle more dell’indizione della gara comunitaria tesa ad includere tutte le esigenze emerse negli ambiti portuali di Salerno.

2. Sulla base della comunicazione sopra illustrata, avendo così appreso che l’Autorità Portuale aveva affidato in via diretta alla Rangers (attuale aggiudicataria del servizio di vigilanza nel Porto di Napoli) il servizio gestito dalla Europolice nel porto di

Salerno, quest'ultima ha impugnato la nota di diniego della proroga tecnica e l'affidamento del servizio di vigilanza armata nel porto di Salerno in favore della Rangers, prospettando la *violazione e falsa applicazione degli articoli 20 e 27 del d.lgs 163/2006, dell'art. 36 del d.lgs 50/2016, della linee guida dell'Anac n. 4/2016 e ss. mm. ed ii.* oltre a vari profili di *eccesso di potere per violazione dei principi di economicità e razionalità*. La Europolice da un lato contesta la mancata tempestiva indizione della gara, con conseguente affidamento diretto alla Rangers, facendo valere anche il proprio ulteriore interesse strumentale all'immediata indizione di una procedura di evidenza pubblica, dall'altro censura la mancata proroga tecnica, rilevando l'erroneità del richiamo – fatto dell'autorità portuale – alle Linee guida ANAC n. 4 (delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016), sia per ciò che concerne la mancata proroga sia per ciò che concerne l'affidamento diretto alla Rangers, affidataria del medesimo servizio presso il porto di Napoli.

3. Con decreto cautelare monocratico n. 932 del 25 giugno 2018 è stata accordata la tutela d'urgenza *inaudita altera parte* ritenuta la sussistenza di pregiudizio irreparabile, “tenuto conto della cessazione della proroga già assentita al 30 giugno 2018”.

4. Si è costituita la Rangers, prospettando, in fatto, di non aver mai conseguito l'affidamento diretto del servizio ai sensi dell'art. 36 d.lgs. 50/2016, rientrandosi nell'ipotesi del comma 1 lettera c) dell'art.106 del D. Lgs. n.50/2018, come peraltro già chiarito nella Del. n.82 del 15 marzo 2018 con la quale l'Autorità aveva concesso a Europolice la proroga del servizio fino alla data del 12 giugno 2018, manifestando la volontà di assegnare, in attesa della relativa gara, lo scaduto servizio di vigilanza presso il porto di Salerno alla aggiudicataria della gara europea indetta ai sensi degli artt.61 e 95 D. Lgs. n.50/2016 con riferimento ai servizi di vigilanza nel porto di Napoli, mediante l'istituto della modifica contrattuale di cui all'art.106 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Riferiva altresì che con nota n.7062 del 15 giugno 2018, successiva alla sottoscrizione del contratto di appalto aggiudicato alla Rangers medesima (contratto rep. n.146 del 14 giugno 2018), l'Autorità aveva manifestato la volontà di integrare l'oggetto del menzionato contratto invitando l'aggiudicataria Rangers ad indicare il prezzo per l'estensione del servizio di vigilanza al porto di Salerno, segnatamente per un monte ore presunto pari a n.4.240 da espletarsi nel periodo 1 luglio 2018 - 31 dicembre 2018, praticando una riduzione dell'offerta aggiudicata in gara (€19,24 addetto/ora) in quanto i costi relativi ai servizi di supporto offerti nel progetto tecnico aggiudicatario non erano previsti per il porto di Salerno.

Avvenuto il positivo riscontro, l'Autorità, giusta Del. n.199 del 27 giugno 2018 ha approvato, ai sensi del comma 1 lettera c) dell'art.106 D. Lgs. n.50/2016, la variante in corso d'opera del contratto d'appalto sottoscritto da Rangers, e quindi, secondo il testo di legge, "in forza di circostanze impreviste e imprevedibili dovute alla sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari e quando la modifica non altera la natura generale del contratto originario".

Nel caso concreto, le sopraggiunte circostanze consistono dichiaratamente nella "soppravvenienza delle nuove disposizioni legislative che hanno unificato le autorità portuali di Napoli e di Salerno" (ora Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale), e comportano "la necessità, quindi, di apportare alcune modifiche al progetto esecutivo in appalto, imprevedibili in fase progettuale essendo la delibera n.144/2015 di indizione della gara antecedente al d.lgs. 169/2016".

4.1. In diritto, la Rangers ha eccepito e prospettato:

-) *l'inammissibilità del ricorso*, (i) in ragione della inesistenza dell'impugnato provvedimento di affidamento diretto del servizio di vigilanza armata diurna dei varchi di accesso al porto di Salerno, ovvero (ii) per carenza dell'interesse giuridicamente tutelato alla concessione della proroga tecnica di un appalto scaduto, ovvero infine (iii) per omessa impugnazione dell'atto presupposto consistente nella

determinazione assunta a monte dall'Autorità n.82 del 15 marzo 2018, della quale la nota impugnata n.6710 avrebbe ha natura meramente applicativa;

-) la carenza dei presupposti della proroga tecnica, non prevista in alcun modo negli atti di affidamento del servizio a Europolice.

5. Con memoria depositata il 30 giugno 2018 si è costituita anche l'Autorità Portuale, la quale, dopo aver puntualmente ricostruito la situazione degli affidamenti dei servizi di vigilanza in essere nel porto di Napoli e nel porto di Salerno, e dopo aver dato conto delle ragioni della mancata proroga tecnica richiesta da Europolice, nonché di aver approvato -con delibera n.199 del 27 giugno 2018 - la variante in corso d'opera, ai sensi del comma 1 lettera c) dell'art.106 D. Lgs. n.50/2016, così da estendere il contratto d'appalto sottoscritto con la Rangers in data 14 giugno 2018, ha eccepito:

-) *l'irricevibilità* del ricorso per tardività dell'impugnazione rispetto alla delibera n.82 del 15 marzo 2018, che già conteneva il diniego di "proroga tecnica" fino all'espletamento della gara comunitaria per il solo porto di Salerno, limitandola alla scadenza ravvicinata del 12 giugno 2018, anticipando che tale proroga sarebbe stata strettamente prodromica e funzionale all'estensione del contratto di appalto a seguito di gara comunitaria ad evidenza pubblica in via di definizione per il porto di Napoli (estensione peraltro effettuata in casi simili, vedi delibera n. 121/2018), e ciò in ragione dell'essere la nota impugnata (prot.6710 dell'11 giugno 2018) non autonomamente lesiva, ed anzi conseguente ad una precedente delibera immediatamente lesiva e non tempestivamente impugnata;

-) nel merito, infondatezza del ricorso (i) per mancanza del paventato affidamento diretto, trattandosi di variante in corso d'opera, ai sensi del comma 1 lettera c) dell'art.106 D. Lgs. n.50/2016, stante la nascita della nuova Autorità portuale ed il subentro di questa, *ex lege* (art. 22 d.lgs, 169/2016) nella procedura di cui alla delibera 144/2015 (ossia la gara ad evidenza pubblica indetta per il porto di Napoli, che aveva

visto prevalere la Rangers); (ii) per mancanza dei presupposti di diritto per ottenere la “ proroga tecnica”, come preteso da Europolice, sia sotto il profilo del risparmio di spesa sia sotto quello della continuità del servizio, sottolineando l’eccezionalità dell’istituto, circoscritto ai soli casi di effettiva necessità di assicurare la continuità del servizio.

6. Le prospettazioni ed eccezioni delle parti resistenti hanno formato oggetto di una breve memoria di replica della società ricorrente depositata in vista della camera di consiglio del 4 luglio 2018, all’esito della quale il Collegio non confermava il decreto presidenziale, in ragione della inesistenza di un interesse giuridicamente rilevante da parte della società ricorrente, essendo intervenuta la delibera ASP n. 199 del 27 giugno 2018, la quale ha effettivamente formalizzato l’affidamento del servizio, nelle forme ivi descritte (art. 106 co. 1 lett. c. d.lgs. 50/2016) alla controinteressata Rangers e che quindi è diventato l’atto effettivamente lesivo, sul quale si trasferisce l’interesse a ricorrere da parte di Europolice.

7. Effettivamente, con motivi aggiunti notificati il 6 luglio 2018, la Europolice ha impugnato la suindicata delibera 199/2018, prospettando, a vario titolo, l’illegittimità della stessa, e precisamente:

*I) ai sensi dell’art. 21 septies della l. 241/90, in combinato disposto con gli artt. 114 e ss. c.p.a., per violazione del decreto cautelare di questa Sezione n. 932 del 15 giugno 2018, di sospensione del provvedimento impugnato, in quanto tra la notifica del decreto all’Amministrazione resistente e l’udienza in camera di consiglio per discutere della sospensiva, l’Autorità, lungi dal mantenere *re adhuc integra* la controversia, ha adottato la suindicata delibera n. 199 del 27 giugno 2018, di affidamento del servizio alla Rangers s.r.l, incidendo in tal modo sull’esito della controversia (l’istanza cautelare collegiale è stata respinta, come detto, proprio in ragione del sopravvenire di tale provvedimento di affidamento);*

II) *perviolazione e falsa applicazione dell'art. 106, comma 1 lett. c) del d.lgs 50/2016*, negandosi l'esistenza di sopravvenienze normative atte a giustificare l'applicazione della variante di cui alla citata disposizione;

III) *per illegittimità derivata* stante i vizi, già illustrati nel ricorso introduttivo, che affliggerebbero la nota 6710/18.

8. Con decreto monocratico n. 1007 del 6 luglio 2018, considerate le circostanze esplicitate negli atti già depositati in giudizio, si è negata la tutela cautelare urgente fissandosi la camera di consiglio del 18 luglio 2018 per l'eventuale sospensione della delibera impugnata con i motivi aggiunti.

Le parti resistenti hanno ribadito le prospettazioni già oggetto degli originari atti difensivi e confutato i motivi aggiunti presentati dalla Europolice.

L'Autorità Portuale ha altresì rilevato che avverso le note ASP prot. 7062 del 15 giugno 2018 e Rangers del 18 giugno 2018 non sono stati articolati, nel ricorso per motivi aggiunti, specifici motivi di censura, con conseguente inammissibilità ex art. 40 comma 2 c.p.a.

9. Con ordinanza n. 1064 del 19 luglio 2018, questa Sezione ha respinto la nuova istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati, confermando i contenuti e le motivazioni del secondo decreto presidenziale, con riguardo sia alla legittimità dell'operato dell'Autorità di Sistema

Portuale per ciò che concerne la variante al contratto in essere per il porto di Napoli con estensione a quello di Salerno ex art. 106 co. 1 lett. c), sia per ciò che concerne, nell'immediato, l'assenza di un concreto danno per la società ricorrente, sia, infine, rilevando, sia pure all'esito di una delibazione sommaria tipica della fase cautelare, che l'Autorità ha esercitato una facoltà apparentemente corretta e contemplata da disposizioni di legge, laddove l'alternativa prospettata dalla ricorrente ("proroga tecnica"), a differenza della variante in estensione, è istituto non tipizzato a livello normativo, e, come chiarito nel decreto presidenziale, "è configurabile in via del

tutto eccezionale e per un periodo di tempo strettamente necessario per consentire l'individuazione del nuovo contraente, in ragione del principio costituzionale di continuità dell'azione amministrativa”.

10. In vista dell'udienza pubblica del 26 settembre 2018 tutte le parti hanno depositato ulteriori memorie difensive, dando atto che sull'appello cautelare di Europolice avverso l'ordinanza n. 1064/2018, il Consiglio di Stato ha emesso pronuncia favorevole (ordinanza n.4199 del 07 settembre 2018) ritenuta “*..la necessità di un rapido approfondimento nel merito delle questioni sottoposte al giudizio, peraltro già tempestivamente fissato avanti al TAR, e, ritenuto che, sotto il profilo dell'interesse pubblico, appare prevalente, allo stato e visto il merito fissato in data così ravvicinata, l'interesse pubblico a garantire la continuità del servizio da parte dell'attuale gestore..*”.

L'Autorità ha comunque depositato la delibera n. 234 del 03 agosto 2018 di approvazione del progetto per l'affidamento del Servizio di vigilanza e guardiania non armata nel porto di Salerno, autorizzando l'Ufficio Appalti ad esperire la gara.

11. All'udienza pubblica del 26 settembre 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.Si ritiene necessario puntualizzare da subito che la vicenda sopra esposta va valutata, anche sotto un profilo giuridico, oltre che fattuale, nel suo complesso, in quanto i due provvedimenti impugnati, l'uno con il ricorso principale (nota ASP n. 6710/2018 - diniego di proroga tecnica e estensione dei contratti in essere sino al 30 giugno 2018), l'altro con i motivi aggiunti (del. ASP n. 199/2018 - affidamento del servizio di vigilanza in favore della Rangers s.r.l., in applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. c), del D.lgs 50/2016) sono le due facce della stessa medaglia, ossia della decisione dell'ASP di non consentire il prolungamento dell'attività di Europolice nel porto di Salerno e, contemporaneamente, di demandare detta attività ad altro soggetto – la Rangers – operante per i medesimi servizi nel porto di Napoli.

Più precisamente, rispetto ai vari contratti esistenti tra la ricorrente e l’Autorità portuale di Salerno, prima della nascita dell’unica Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale (d.lgs. 169/2016), questo contenzioso va ad incidere esclusivamente sul contratto stipulato il 10 luglio 2015 (registrato l’8 settembre 2015, all. 11 prod. Europolice) per la vigilanza armata al Molo di Ponente e Trapezio (per quest’ultimo, anche con estensione oraria fino alle 19 sancita con delibera n.86 del 29 dicembre 2017, all 12 prod. Europolice) che sarebbe dovuto scadere il 12 marzo 2018, ma la cui durata era stata prorogata al 12 giugno 2018 in virtù di delibera ASP n. 82 del 15 marzo 2018 (all. 13 prod. Europolice) e, successivamente, al 30 giugno 2018 per effetto della nota (n. 6710 dell’11 giugno 2016, all. 2 prod. Europolice) oggetto del ricorso principale.

Un altro contratto, del 24 giugno 2016, in scadenza al 6 aprile 2019, per la vigilanza armata ai varchi del porto di Ponente anche in orario notturno (all. 14 prod. Europolice), non ha formato oggetto di contestazione, anche in ragione della non imminente scadenza; così come pure non hanno formato oggetto di contestazione altri due contratti, di portierato al Porto Turistico “Masuccio Salernitano” (del. 2272017), e di piantonamento e controllo perimetrale della “Stazione Marittima” al Molo “Manfredi” (del. 2472017), scaduti il primo il 30 aprile 2018 e il secondo il 31 marzo 2018 ed affidati alla società GSA, in virtù di estensione del servizio analogo sul porto di Napoli (del. n. 121 del 24 aprile 2018, non impugnata dalla ricorrente). La proroga della scadenza, pertanto, è stata limitata al solo contratto del 10 luglio 2015, ed è stata duplice: la prima volta al 12 giugno 2018, per effetto della citata Del. 82 del 15 marzo 2018; la seconda volta *al 30 giugno 2018*, stavolta per effetto di istanza in tal senso presentata dall’Europolice, in data 23 maggio 2018 (all. 6 prod. Europolice), finalizzata all’“allineamento” dei servizi di vigilanza armata del “varco di ponente” e del varco di “trapezio” (nonché del servizio fiduciario, durante la

stagione estiva, del varco di "ponente") con la scadenza del contratto di vigilanza armata *notturna* sempre del varco di ponente, prevista per il 6 aprile 2019.

Di fatto, è questa seconda proroga ad avere determinato le censure della società, non la prima, posto che essa, al di là della brevissima durata (dal 12 giugno al 30 giugno), si concretizza nel diniego della proroga tecnica richiesta con l'istanza del 23 maggio 2018.

2. Quanto sopra illustrato, consente agevolmente di superare l'eccezione di inammissibilità/irricevibilità del ricorso prospettata da entrambe le parti resistenti, convinte che la nota ASP n. 6710/2018 sia, sotto l'aspetto contenutistico, una mera appendice esecutiva della Del. 82 del 15 marzo 2018: in realtà, a prescindere dalle ragioni che hanno indotto l'ASP a prorogare il contratto al 12 giugno 2018 (ragioni, peraltro, ignote, visto che il provvedimento è scarnissimo e non contiene giustificazioni), è evidente che la proroga al 30 giugno è frutto della istanza di parte del 23 maggio ed è del tutto autonoma, sotto tutti i profili, dalla proroga precedente, che, pertanto, non costituisce atto presupposto e non andava impugnato se non per motivi propri, cosa che non è stata e che comunque non inficia in alcun modo la successiva censura avverso l'ulteriore proroga al 30 giugno.

2.1. Parimenti, vanno disattese le eccezioni della Rangers in ordine alla inammissibilità (sia pure parziale) del ricorso, in ragione della inesistenza dell'impugnato provvedimento di affidamento diretto del servizio di vigilanza armata diurna dei varchi di accesso al porto di Salerno: infatti, l'impugnativa sub A.(b) (*“di tutti gli atti concernenti l'affidamento del servizio, attualmente svolto dalla Europolice s.r.l. nel porto commerciale di Salerno, in favore della Rangers s.r.l., allo stato ignoti”*) si è di fatto spostata, con i motivi aggiunti, nel gravame avverso la variante in estensione ex art. 106 co. 1 lett. c) d.lgs. 50/2016, sicchè, nella sostanza, il ricorso principale resta perfettamente ammissibile laddove esso punta a censurare la mancata proroga del contratto.

3. Va disattesa anche la censura (contenuta nei motivi aggiunti) relativa alla presunta nullità della delibera ASP 199/2018 per violazione del “giudicato cautelare” derivato dal decreto monocratico 932/2018.

Se è vero che l’art. 21 *septies* della l. 241/90 stabilisce la nullità degli atti emessi in violazione o elusione del giudicato, e fermo restando che la giurisprudenza amministrativa è tendenzialmente favorevole alla equiparazione tra giudicato cautelare e giudicato di cui alla citata disposizione, ai fini della declaratoria, anche d’ufficio, della nullità dei provvedimenti amministrativi emessi contro il giudicato stesso (vedi Cons. St., sez. V, 07 giugno 2013, n. 3133), va altresì evidenziato che deve comunque trattarsi di una pronuncia a carattere esecutivo quanto meno stabile, come è il cd. “giudicato cautelare”, che è riferibile alle ordinanze di primo grado divenute inoppugnabili ovvero alle ordinanze cautelari emesse dal giudice d’appello. Infatti, la giurisprudenza, anche di questo Tribunale, riconosce normalmente al giudicato cautelare l’effetto conformativo o propulsivo nei confronti dell’Amministrazione sotto il duplice profilo di dovervi dare esecuzione e di precluderle, a pena di nullità ex art. 21 *septies* l. 241 del 1990, l’adozione di qualsiasi atto che lo violi o lo eluda (vedi T.A.R. Campania Napoli, sez. VI, 5 giugno 2012, n.2644), ma altrettanto indubbio è che tali effetti e vincoli vengono a cessare in una alla decisione di merito ed alle definitive statuizioni qui rese, “il cui contenuto ben può essere diverso da quello della precedente ordinanza cautelare e/o di sua riforma in sede di appello”, poggianti su “di una cognizione sommaria, finalizzata ad assicurare una tutela di natura interinale”, posto che “l’eventuale difformità tra la decisione cautelare e quella di merito, stante l’autonomia tra i due rimedi e la diversità dei rispettivi presupposti, rientra nella fisiologia processuale e non dà luogo ad alcuna invalidità, essendo destinata a restare definitivamente assorbita dalla sentenza di merito” (così T.a.r. Campania *cit.*, che richiama Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2010, n. 3129 e 15 maggio 2009, n. 3023; sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8908; sez. VI,

24 aprile 2009, n. 2535), avverso la quale potrà evidentemente essere proposto appello, di guisa che anche il giudice di secondo grado, ove adito, potrà rendere le definitive statuizioni sulla *res controversa* nella sede della sua piena cognizione.

Da ciò discende che tali caratteristiche per nulla si atagliano alla decisione contenuta nel decreto monocratico emesso ex art. 56 c.p.a., il quale consiste, testualmente, in “misure cautelari provvisorie” in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, e che conserva efficacia a tempo limitato, posto che, in caso di accoglimento è efficace sino alla camera di consiglio fissata ex art. 55 co. 5 c.p.a. e la perde “se il collegio non provvede sulla domanda cautelare nella camera di consiglio di cui al periodo precedente”, fermo restando che esso “è sempre revocabile o modificabile su istanza di parte notificata” (art. 56, comma 4 c.p.a.).

Vi è quindi incompatibilità assoluta tra il combinato disposto dell’art. 21 *septies* l. 241/90 e art. 114 e ss. c.p.a. rispetto al provvedimento favorevole emesso ai sensi dell’art. 56 c.p.a., il quale non solo non è menzionato dall’art. 114 co. 4 lett. c) del Codice del processo tra i c.d. “altri provvedimenti” esecutivi ancorché ancora non passati in giudicato, a cui sia possibile applicare il rimedio del giudizio di ottemperanza, ma che altresì, per le sue caratteristiche sopra illustrate, neppure può rientrarvi per analogia, stante l’assoluta precarietà dei suoi effetti, sempre suscettibili di revoca e destinati ad esaurirsi nel brevissimo spazio tra sua emissione e convocazione della camera di consiglio.

Come molto puntualmente evidenziato dalla difesa dell’Autorità, il decreto monocratico emesso *inaudita altera parte* “iberna” gli effetti sostanziali, apparsi lesivi, specie nel caso di impugnazione dei cc.dd. “provvedimenti negativi” (diniego di concessioni, autorizzazioni, proroghe etc.), che, in quanto tali, sono idonei a produrre effetti innovativi della realtà, e pur scaturendo dalla richiesta di tutela di interesse pretensivo (nel caso di specie, alla proroga del contratto) non può essere

inteso come configurante un provvedimento amministrativo sostitutivo e/o di concessione di quanto richiesto dalla parte, né tantomeno idoneo a “paralizzare” l’attività amministrativa; esso, per contro, ha la funzione di evitare che muti la realtà “fattuale” fino all’udienza cautelare, in cui decidere sulla scorta di una panoramica documentale più completa, siccome figlia della dialettica processuale in contraddittorio, assente al momento della deliberazione presidenziale.

3.1. Nel caso di specie, il decreto n. 932/2018 ha inteso, quale pregiudizio ritenuto irreparabile e da scongiurare, consentire il passaggio di cantiere in data 1 luglio 2018 a seguito della cessazione della proroga al 30 giugno 2018, ma non ha inteso concedere alcuna proroga tecnica, non interferendo con la decisione assunta dell’Amministrazione.

Va altresì evidenziato che la delibera ASP n. 199/2018 non dispone in ordine alla consegna di cantiere prima del 4 luglio 2018, rimanendo ossequiosa della disposizione presidenziale, ma ha legittimamente specificato i contenuti della propria decisione (di estendere il servizio alla Rangers s.r.l. mediante variante in corso d’opera e non mediante affidamento diretto), non attingibile dal decreto *inaudita altera parte*.

Come evidenziato dal Collegio nella ordinanza cautelare n. 998/2018, la delibera ha effettivamente formalizzato l’affidamento del servizio, nelle forme ivi descritte (art. 106 co. 1 lett. c. d.lgs. 50/2016) alla società Rangers, ed il diniego della cd. proroga tecnica è in realtà una conseguenza della decisione, proceduralmente *in itinere* da tempo e già attuata dall’ASP in altri contesti nel medesimo ambito portuale di Salerno – di estensione/variante del contratto in essere con altra società ai sensi del 106 co. 1 lett. c).

D’altra parte, anche la sospensione del provvedimento impugnato deliberata dal Consiglio di Stato all’esito dell’appello cautelare dell’Europolice lascia impregiudicate le questioni di merito, per concentrarsi esclusivamente sul

pregiudizio relativo al rilascio del cantiere e alla definitiva perdita del servizio da parte della società attuale gestore dello stesso, a riprova che l'Amministrazione, con la delibera 199/18, non ha violato alcuna decisione giurisdizionale di segno contrario.

4. Fatta luce sulle questioni procedurali, il Collegio passa alla decisione sul merito dei provvedimenti impugnati con il ricorso e i motivi aggiunti, ribadendo che essi vanno letti e interpretati come manifestazione dell'unica decisione dell'Autorità di assegnare lo svolgimento del servizio di vigilanza nel porto di Salerno alla società affidataria del medesimo servizio nel porto di Napoli, negando così l'auspicata proroga tecnica oggetto dell'istanza di Europolice del 23 maggio 2018.

4.1. I gravami devono essere respinti.

L'art. 106, co. 1 lett. c) del d.lgs. 50 del 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* (.....) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7: 1) *la necessita' di modifica e' 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*”.

Sotto questo profilo, e contrariamente a quanto prospettato dalla difesa di Europolice nei motivi aggiunti, è corretta la giustificazione posta a fondamento della delibera 199/2018, che dispone il suddetto affidamento alla società Rangers, rinvenendo le *sopraggiunte circostanze* nella sopravvenienza delle nuove disposizioni

legislative che hanno unificato le autorità portuali di Salerno, e che, a detta dell'Autorità, comportano “la necessità, quindi, di apportare alcune modifiche al progetto esecutivo in appalto, imprevedibili in fase progettuale essendo la delibera n. 144/2015 di indizione della gara antecedente al D.lgs 169/2016”, richiedendosi all'istituto Rangers s.r.l. l'estensione delle condizioni contrattuali, ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c, del d.lgs 50/2016, del servizio da svolgersi anche al porto di Salerno.

Va sottolineato che tale modalità operativa, prevista dal Codice dei contratti per regolamentare le cessioni di azienda che avvengano in corso di svolgimento del contratto, è espressamente prevista per il caso di “sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari”, avendo quale limite quello, oggettivo, non alterare la natura generale del contratto, ma senza che ciò impedisca un mutamento nella compagine soggettiva dei soggetti affidatari, purchè l'esistenza delle suddette circostanze sia certa.

Tutto questo partendo dal presupposto che la proroga tecnica chiesta dalla Europolice non era affatto dovuta, stante il disposto proprio dell'art. 106 *cit.*, che, di fatto, nel consentire le modifiche (anche di durata o di compagine soggettiva) dei contratti di appalto di servizi in essere in casi tassativamente indicati, impedisce all'autonomia contrattuale di ritagliarsi spazi diversi da quelli consentiti in forza del principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, per cui, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica (vedi in questo senso T.a.r. Lazio, sez. II bis, 10 settembre 2018 n. 9212, che si riporta a Cons. St., sez. III, n. 1521/2017, che nel sancire l'eccezionalità della proroga, la ritiene utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali).

Nelle more dell'indizione della gara per l'affidamento, la decisione di differire il termine finale del rapporto già in essere con Europolice, ovvero di avvalersi della clausola di cui all'art. 106 co. 1 lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016, rientrava quindi nella piena discrezionalità dell'Amministrazione portuale, nella consapevolezza che trattavasi anch'essa di misura avente carattere di temporaneità e finalizzata ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro.

Ciò, peraltro, è stato chiarito, conformemente all'univoco orientamento della giurisprudenza, anche dall'ANAC, pure in relazione al previgente impianto normativo; è stato, infatti, evidenziato (parere AG 38/2013) che la proroga “è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente” (vedi Cons. St, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882).

In sintesi, in mancanza di clausole di proroga inserite *ab origine* nella *lex specialis* (e che comunque non garantiscono all'impresa alcun diritto ad ottenere la proroga stessa, bensì conferiscono all'ente il diritto potestativo di richiedere al contraente privato la prosecuzione del contratto previo chiarimento delle ragioni per le quali l'ente ritiene di discostarsi dal principio generale di immediata indizione di una nuova gara, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6194), ove, come nella fattispecie, l'amministrazione opti per l'indizione di una nuova procedura, nessuna particolare motivazione è necessaria, fatta salva quella relativa alla variante soggettiva attuata ex art. 106 cod. contr. che, nel caso di specie, è adeguatamente giustificata nel corpo del provvedimento impugnato.

4.1. Peraltro, la medesima modalità operativa ha riguardato il servizio di portierato al Porto Turistico “Masuccio Salernitano”, come da delibera 22/2017, scaduto in data 30.04.18 ed affidato ad altra impresa operante sul porto di Napoli nonché il

servizio di Piantonamento e Controllo perimetrale della “Stazione Marittima” al Molo Manfredi come da delibera n.24 del 07.07.17 scaduto il 31.03.18, anch'esso affidato ad altra impresa operante su Napoli, in entrambi i casi in virtù di estensione del servizio con delibera ASP 121 del 24 aprile 2018, invece non impugnata dalla ricorrente, che di tale modalità operativa era ben consapevole, avendovi fatto riferimento anche nella istanza di proroga del 23 maggio 2018, prospettando la possibilità della “proroga tecnica” come alternativa alla facoltà di estensione ex art. 106 d.lgs. 5072016 e con ciò riconoscendo implicitamente all'ASP potere discrezionale nel decidere il da farsi nelle more dell'espletamento di una nuova gara.

4.2. Peraltro, l'ANAC, nella Del. 1200 del 2016, è alquanto chiara nell'affermare che la giurisprudenza ha elaborato la figura della proroga “tecnica” “come soluzione di carattere eccezionale in caso di effettiva necessità di assicurare il servizio e sempre che l'esigenza di ricorrere a tale dilazione del termine di durata dell'affidamento non dipenda da causa imputabile alla stazione appaltante (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882)”, nel solco del principio di continuità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione (discendendo da un bilanciamento tra il suddetto principio ed il principio comunitario di libera concorrenza) e “in considerazione della necessità - riscontrata e adeguatamente ponderata nella circostanza concreta - di evitare un blocco dell'azione amministrativa, ma tenendo presente che essa, in generale, comporta una compressione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione”, la cui valutazione compete all'Amministrazione e impone un'adeguata motivazione nei conseguenti atti deliberativi con particolare riferimento alle ragioni di interesse pubblico giustificanti la proroga e obiettivamente indipendenti da responsabilità dell'amministrazione medesima.

4.3. Nel caso di specie, ove la proroga tecnica neppure era prevista dal contratto in essere con Europolice ed in presenza delle condizioni atte a consentire,

temporaneamente, la variante di cui all'art. 106 co. 1 lett. c) d.lgs. 50/2016, non si vede come possa anche solo ipotizzarsi una illegittimità dell'attività amministrativa, posto che non solo non vi è violazione di legge, ma non è neppure prospettato un cattivo uso della discrezionalità amministrativa visto che le censure di eccesso di potere sono appena accennate nel corpo dei ricorsi, e sono comunque basate su motivazioni (continuità del servizio, allineamento delle scadenze contrattuali, "sicurezza" nell'attività) di esclusiva pertinenza dell'impresa ricorrente, ma del tutto facoltative e pressoché irrilevanti per l'Autorità Portuale, la quale, garantendo la continuità del servizio secondo altre modalità e dimostrando di aver comunque iniziato l'*iter* per l'indizione della nuova gara (vedi del. ASP n. 234 del 3 agosto 2018) ha comunque assicurato la sua azione nel solco della legalità prevista dalla normativa vigente anche comunitaria.

5. Il ricorso e i motivi aggiunti vanno, dunque, respinti.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna Europolice s.r.l. al pagamento delle spese processuali in favore di Rangers s.r.l. e Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale di Napoli, Salerno e Castellammare di Stabia, che liquida in euro 3000,00 (tremila/00) per ciascuna parte.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Luca Cestaro, Consigliere

Maria Barbara Cavallo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Barbara Cavallo

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO