

Pubblicato il 12/09/2023

N. 08292/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01926/2023 REG.RIC.
N. 01929/2023 REG.RIC.
N. 01927/2023 REG.RIC.
N. 01928/2023 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 iscritto al numero di registro generale 1926 del 2023,
proposto da

Poseidon s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla
procedura CIG 886121491D, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco
Nanula e Massimiliano Dileo, con domicilio digitale come da PEC Registri di
giustizia;

contro

Comune di Molfetta, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'avvocato Domenico Colella, con domicilio digitale come da PEC Registri di
giustizia;

nei confronti

Ediltecnica s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Stefania Stipo ed Edward W.W. Cheyne, con domicilio digitale
come da PEC Registri di giustizia;

So.Ge.L.Ma s.r.l. e Miar Sub s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro
tempore*, non costituite in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1929 del 2023, proposto da

Poseidon s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 886121491D, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Nanula e Massimiliano Dileo, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

contro

Comune di Molfetta, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Colella, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1927 del 2023, proposto da

Poseidon s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 886121491D, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Nanula e Massimiliano Dileo, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

contro

Comune di Molfetta, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Colella, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

nei confronti

Azienda Servizi Municipalizzati di Molfetta (ASM) s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1928 del 2023, proposto da

Poseidon s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 886121491D, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco

Nanula e Massimiliano Dileo, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

contro

Comune di Molfetta, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Colella, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

per la riforma

quanto al ricorso n. 1929 del 2023:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (sezione Prima) n. 57/2023, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 1927 del 2023:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (sezione Prima) n. 1605/2022, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 1928 del 2023:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (sezione Prima) n. 1712/2022, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 1926 del 2023:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (sezione Prima) n. 1599/2022, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Molfetta e di Ediltecnica s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2023 il Cons. Valerio Perotti e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia, iscritto a r.g. n. 1599 del 2022, la società Poseidon s.r.l. impugnava, chiedendone l'annullamento, la

determinazione dirigenziale n. 904 del 9 agosto 2021, con cui il comune di Molfetta aveva indetto la procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio di bonifica degli ordigni bellici negli specchi d'acqua interessati dai lavori di dragaggio dei fondali marini del nuovo porto commerciale di Molfetta, nella parte in cui prevedeva, tra i servizi da appaltare, anche quello di *“motobarca d'appoggio, compreso equipaggio (pilota e marinaio) data a nolo compreso consumi, dotazioni di legge e quant'altro per dare il mezzo in piena efficienza e funzionante sul posto di lavoro”*, già oggetto, a suo avviso, di contratto sottoscritto con la ricorrente, ormai scaduto ma in procinto di essere rinnovato.

Domandava altresì il risarcimento dei danni.

Nello specifico, all'esito di procedura di gara aperta, il Comune di Molfetta aveva concesso in locazione, per un periodo di cinque anni, l'unità navale “Vito Donato Pansini” – di proprietà comunale – affidando all'aggiudicataria l'esecuzione dei servizi connessi all'attività portuale specificamente individuati dall'allegato “A” del disciplinare d'oneri, il cui art. 1, allegato al contratto, disponeva che *“la nave locata dovrà assicurare i seguenti servizi:*

“[...] c) Servizi vari, su richiesta del Comune e/o segnalati dalla Capitaneria di Porto di Molfetta, quali: [...] - Assistenza e supporto a bonifiche belliche [...]”.

Con determinazione n. 275 del 24 marzo 2021, il Comune approvava il “rinnovo” (quinquennale) del predetto contratto di locazione, già scaduto in data 22 dicembre 2020, *“agli stessi oneri, patti e condizioni di quello appena spirato, comprensivo del Disciplinare d'oneri che ne costituisce parte integrante e sostanziale, con la previsione della specificazione di cui tener conto al terzultimo*

capoverso dell'art.1 che per tutte le attività innanzi indicate, il Comune di Molfetta assicura l'affidamento in favore dell'Armatore locatario della nave, per tutta la durata del contratto, all'interno del Porto di Molfetta (Nuovo e Vecchio Porto) per i quali è previsto l'impiego di una imbarcazione finalita per le quali l'Unità Navale comunale è stata realizzata”.

Con successiva determinazione dirigenziale n. 904 del 9 agosto 2021, oggetto del presente gravame, l'amministrazione indicava quindi la procedura di gara aperta per l'affidamento del *“servizio di ricognizione del fondale marino per l'individuazione e la*

classificazione degli ordigni bellici, rimozione, trasporto e smaltimento delle masse metalliche negli specchi acquei interessati dai lavori di dragaggio dei fondali marini del nuovo porto commerciale di Molfetta”, prevedendo, nel computo metrico estimativo allegato al progetto esecutivo, la voce *“motobarca d'appoggio, compreso equipaggio (pilota e marinaio) data a nolo compreso consumi, dotazioni di legge e quant'altro per dare il mezzo in piena efficienza e funzionante sul posto di lavoro”*.

In estrema sintesi la società ricorrente, con un unico motivo di gravame, lamentava l'illegittimità di tale provvedimento nella parte in cui metteva a gara un servizio che a suo avviso avrebbe dovuto essere assegnato a lei stessa, poiché riconducibile all'attività di *“Assistenza e supporto a bonifiche belliche”* già affidatale con il contratto di locazione testé richiamato, il cui *“rinnovo”* era stato approvato dall'ente territoriale.

Successivamente, con determina dirigenziale n. 67 del 25 gennaio 2022 (impugnata sempre da Poseidon s.r.l. con distinto ricorso recante r.g. n. 280 del 2022), il Comune revocava la precedente determinazione n. 275 del 24 marzo 2021, recante l'approvazione del *“rinnovo”* del contratto di locazione – mai sottoscritto – atteso il *“venir meno del rapporto fiduciario nei confronti della stessa società a causa del contenzioso instaurato contro l'Ente, nonché dei lunghi periodi di non operatività della unità navale M/N 'Vito Donato Pansini' nel periodo dal 2019 al 2021 certificati dalla Capitaneria di Porto di Molfetta”*, fermo restando che *“il rinnovo – pur consentito quando previsto dagli atti della gara – è comunque visto sfavorevolmente dalla legge, così come ampiamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa e comunque non può eccedere i limiti delle soglie degli affidamenti stabilite dal d.lgs 50 del 2016 – codice degli appalti”*.

Costituitosi in giudizio, il Comune di Molfetta contestava la fondatezza del ricorso, chiedendone il rigetto nel merito e sollevando eccezioni in rito.

Con motivi aggiunti notificati il 28 aprile 2022, la ricorrente impugnava, in via derivata, anche la

determinazione dirigenziale n. 326 del 23 marzo 2022, con cui il Comune aveva nel frattempo aggiudicato in via definitiva la procedura di evidenza pubblica.

Con sentenza 28 novembre 2022, n. 1599, il giudice adito dichiarava inammissibili in rito (e nel merito infondati) il ricorso introduttivo ed i successivi motivi aggiunti; quindi, con sentenza 29 novembre 2022, n. 1605, resa nel distinto procedimento r.g. n. 280 del 2022, il medesimo giudice respingeva il gravame ed i motivi aggiunti, ritenendoli infondati.

Nelle more, il Comune di Molfetta bandiva altre due gare: la prima con determinazione dirigenziale 227 del 3 marzo 2022 per l'affidamento dei lavori di *“realizzazione dei pontili di attracco per la nautica da diporto sulla banchina San Corrado nel porto di Molfetta”*; la seconda con determinazione dirigenziale n. 226 del 3 marzo 2022 per l'affidamento dei lavori di *“realizzazione delle nuove banchine per gli attracchi dei pescherecci”*.

Avverso i provvedimenti di indizione della prima gara Poseidon s.r.l. proponeva ricorso innanzi al Tribunale amministrativo della Puglia, iscritto al r.g. n. 491 del 2022, deducendo la violazione degli artt. 41 e 97 Cost., degli artt. 1 e 3 della l. n. 241 del 1990, violazione e falsa applicazione degli artt. 1321 e ss. Cod. civ., nonché 1375 Cod. civ.; eccesso di potere per violazione dell'obbligo di esecuzione in buona fede del contratto, nonché difetto di motivazione, carenza di istruttoria, travisamento e/o erroneo apprezzamento dei fatti e sviamento.

La società ricorrente deduceva, in particolare, che il contratto del 22 dicembre 2015 da lei stipulato con il Comune prevedeva, all'art. 3, una serie di servizi che il Comune di Molfetta si sarebbe obbligato a far svolgere alla Poseidon s.r.l., tra cui, in particolare, quelli di *“riparazione e manutenzione di pontili fissi e/o galleggianti con ausilio di operatori subacquei”* e di *“assistenza e supporto a bonifiche belliche”*, laddove le gare successivamente indette dal Comune di Molfetta sarebbero in contrasto con il predetto contratto e con il relativo disciplinare d'oneri, oltre che con la determinazione dirigenziale n. 275 del 24 marzo 2021 con cui il Comune aveva approvato il rinnovo contrattuale e con il regime di proroga tecnica disposto dal Comune (di affidamento alla ricorrente dei medesimi servizi oggetto della gara impugnata).

In questi termini, la successiva revoca della determina n. 275 del 2021 avrebbe avuto l'unico scopo di privare la ricorrente dell'interesse ad ottenere

l'annullamento della gara di appalto già impugnata.

Costituitosi in giudizio, il Comune di Molfetta eccepiva l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse e, comunque, la sua infondatezza.

Con sentenza 13 dicembre 2022, n. 1712, il giudice adito respingeva il ricorso.

Infine, con ricorso iscritto al r.g. n. 492 del 2022 del TAR della Puglia, Poseidon s.r.l. impugnava anche gli atti della gara pubblica indetta dal Comune di Molfetta con determinazione dirigenziale n. 226 del 3 marzo 2022 *“nella parte in cui prevede, tra i lavori e i servizi da appaltare, lavori e servizi da affidare alla Poseidon s.r.l.”*, deducendo le seguenti censure: violazione degli artt. 41 e 97 Cost., degli artt. 1 e 3 della l. n. 241 del 1990, violazione e falsa applicazione degli artt. 1321 e ss. c.c., nonché 1375 c.c.; eccesso di potere per violazione dell'obbligo di esecuzione in buona fede del contratto, nonché per difetto di motivazione, carenza di istruttoria, travisamento e/o erroneo apprezzamento dei fatti, sviamento.

Anche in questo contenzioso si costituiva il Comune di Molfetta, contestando la sussistenza di un effettivo interesse al ricorso e concludendo, comunque, per l'infondatezza del gravame.

Con sentenza 9 gennaio 2023, n. 57, anche questo ricorso veniva respinto, giacché infondato.

Avverso le predette sentenze del TAR della Puglia la società Poseidon s.r.l. interponeva quattro autonomi appelli (iscritti, rispettivamente, ai r.g. nn. 1926, 1927, 1928 e 1929 del 2023), deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) quanto al ricorso r.g. n. 1926/23: *“Error in procedendo ed in iudicando per violazione degli artt. 41 e 97 Cost., degli artt. 1 e 3 della l. n. 241 del 1990, violazione e falsa applicazione degli artt. 1321 ss. c.c., nonché 1375 e 1328 c.c. e dell'art. 32, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per violazione dell'obbligo di esecuzione in buona fede del contratto, nonché per difetto di motivazione, carenza di istruttoria, travisamento e/o erroneo apprezzamento dei fatti, sviamento”*;

2) quanto al ricorso r.g. 1927/23:

A) *Error in procedendo ed in iudicando per violazione degli artt. 24, 41 e 97 Cost., degli artt. 1, 3, 7, 21 quinquies e 21 nonies della l.n. 241 del 1990, del d.lgs. n. 163/2006 (artt. 29 e 57, comma 7) violazione e falsa applicazione degli artt. 1321 e ss. c.c., nonché 1375 e 1337*

c.c.; violazione della lex specialis relativa all'affidamento del contratto di locazione a scafo nudo della motonave e, in particolare, del disciplinare d'oneri; eccesso di potere per violazione dell'obbligo di correttezza e di buona fede del contratto in sede di esecuzione del contratto ed in sede di svolgimento delle trattative, nonché per violazione del principio del legittimo affidamento, del principio di proporzionalità, per difetto di motivazione, carenza di istruttoria, travisamento e/o erroneo apprezzamento dei fatti, perplessità dell'azione amministrativa, sviamento”.

B) *Sul piano delle singole considerazioni poste a fondamento del provvedimento impugnato;*

C) *Sui motivi aggiunti: error in procedendo ed in iudicando per violazione degli artt. 41 e 97 Cost., degli artt. 1 e 3 della l.n. 241 del 1990, dell'art. 192 del d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 60 reg. cod. nav.; eccesso di potere per violazione dei principi generali in materia di affidamento in house, difetto di motivazione, carenza di istruttoria, travisamento dei fatti, sviamento.*

D) *Sulla domanda di indennizzo ex art. 21 quinquies, commi 1 e 1 bis l.n. 241/1990;*

3) *quanto al ricorso r.g. n. 1928/23: “Error in procedendo ed in iudicando per violazione degli artt. 41 e 97 Cost., degli artt. 1 e 3 della l. n. 241 del 1990, violazione e falsa applicazione degli artt. 1321 e ss. c.c., nonché 1375 c.c.; eccesso di potere per violazione dell'obbligo di esecuzione in buona fede del contratto, nonché per difetto di motivazione, carenza di istruttoria, travisamento e/o erroneo apprezzamento dei fatti, sviamento”;*

4) *quanto al ricorso r.g. n. 1929/23: “Error in procedendo ed in iudicando per violazione degli artt. 41 e 97 Cost., degli artt. 1 e 3 della l. n. 241 del 1990, violazione e falsa applicazione degli artt. 1321 e ss. c.c., nonché 1375 c.c.; eccesso di potere per violazione dell'obbligo di esecuzione in buona fede del contratto, nonché per difetto di motivazione, carenza di istruttoria, travisamento e/o erroneo apprezzamento dei fatti, sviamento”.*

Il Comune di Molfetta si costituiva in tutti e quattro i giudizi, chiedendo la reiezione degli appelli in quanto infondati.

Anche la società Ediltecnica s.r.l. si costituiva nel giudizio r.g. n. 1926 del 2023, parimenti concludendo per l'infondatezza dell'appello che chiedeva fosse respinto.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 6 giugno 2023 le cause venivano trattenute in decisione.

DIRITTO

Va preliminarmente disposta la riunione dei quattro procedimenti in epigrafe, stante la connessione oggettiva tra gli stessi – trattandosi di contenziosi tutti originati dalla medesima vicenda giuridico-fattuale e tra loro legati in parte da rapporto di consequenzialità – nonché soggettiva, intercorrendo le diverse vertenze in massima parte tra i medesimi soggetti.

Venendo quindi, in ordine di ruolo, al gravame iscritto al r.g. n. 1926 del 2023, con un unico ed articolato motivo di impugnazione Poseidon s.r.l. contesta l'assunto del primo giudice secondo cui la pretesa di quest'ultima di vedersi attribuito il servizio di cui trattasi in ragione di un precedente rapporto contrattuale con il Comune di Molfetta, giunto sì a scadenza ma il cui rinnovo sarebbe stato approvato dall'amministrazione, non avrebbe giuridico fondamento.

Ad avviso dell'appellante, infatti, il rilievo del TAR per cui alla determinazione dirigenziale n. 275/2021 – con cui l'ente comunale si era determinato a “*procedere al rinnovo del contratto*” – non era poi seguita l'effettiva stipulazione dello stesso, necessaria perché potesse realizzarsi il vincolo giuridico negoziale con conseguente sorgere del diritto soggettivo dell'aggiudicataria all'esecuzione del contratto stesso, non sarebbe pertinente al caso concreto.

Secondo Poseidon nel caso di specie sarebbe già stato in essere, al momento dell'adozione del provvedimento impugnato, un idoneo “vincolo giuridico contrattuale”, derivante dalla proroga (o, per meglio dire, “continuazione”) del contratto scaduto, “continuazione” che avrebbe dato vita ad un vero e proprio rapporto contrattuale idoneo a fondare l'interesse (e la legittimazione) al gravame.

In breve, deduce l'appellante, laddove il contratto venga – sia pur temporaneamente – “prolungato” nella scadenza (mediante un mero “*differimento del termine finale del rapporto, che rimane per il resto regolato dall'atto originario*”), la posizione delle parti di tale rapporto contrattuale rimarrebbe invariata anche nel periodo di proroga e, come tale, sarebbe pienamente tutelabile anche in sede giudiziaria.

In virtù del contratto stipulato nel 2015 (di locazione di una motonave), Poseidon s.r.l. era obbligata a svolgere una serie di servizi per conto del Comune, uno dei quali periodicamente (ossia la pulizia specchi acquei) e gli altri solo su richiesta

dell'amministrazione; l'ente locale, per contro, sarebbe stato obbligato, a termini di contratto, ad affidare alla Poseidon questi ultimi servizi/lavori nel caso in cui se ne fosse presentata la necessità.

Non sarebbe quindi corretto parlare – come fa il TAR – dell'appellante come di ditta aggiudicataria di un appalto pubblico in attesa della stipula del contratto, atteso che l'affidamento del servizio in suo favore avrebbe dovuto avvenire in virtù di un rapporto contrattuale già in essere; né la sua posizione sarebbe equiparabile a quella dell'appaltatore uscente operante in regime di proroga tecnica (in attesa dell'individuazione di un nuovo contraente a seguito di una nuova gara), come in ipotesi ritenuto dal TAR.

Contesta infine l'appellante il rilievo contenuto in sentenza secondo cui la determinazione dirigenziale n. 275/2021 *“non equivale a definitiva accettazione del ‘rinnovo’ del contratto scaduto (cfr. art. 32, co. 6, d.lgs. n. 50/2016)”*, posto che al momento dell'indizione della gara per cui è causa, le trattative per il rinnovo dovevano ritenersi ormai concluse, per effetto del verbale di incontro del 14 dicembre 2020 o, al più, della determinazione dirigenziale n. 275 del 24 marzo 2021 con cui lo stesso Comune aveva manifestato la volontà di procedere al rinnovo del contratto di locazione (di motonave) del 22 dicembre 2015.

La determinazione dirigenziale n. 275 del 24 marzo 2021, quindi, altro non sarebbe che la presa d'atto di quanto concordato tra le parti il 14 dicembre 2020 – come riportato nella medesima determinazione dirigenziale – ed avrebbe costituito la manifestazione di volontà necessaria per procedere al rinnovo (ovvero il *“necessario provvedimento propedeutico alla sottoscrizione del rinnovo contrattuale”*).

La volontà del Comune di Molfetta di rinnovare il contratto doveva quindi ritenersi inequivocabile, tant'è vero che il verbale di intenti del 14 dicembre 2020 era espressamente richiamato all'interno della determinazione dirigenziale n. 275 del 2021, con cui era stato approvato il rinnovo del contratto: è dunque erronea la conclusione raggiunta dal TAR secondo cui la determinazione dirigenziale n. 275 del 2021 *“non equivale a definitiva accettazione del ‘rinnovo’ del contratto scaduto (cfr. art. 32, co. 6, d.lgs. n. 50/2016)”*.

Il motivo non può trovare accoglimento.

Questione centrale intorno alla quale ruota l'intera argomentazione difensiva di parte appellante è che il contratto di locazione di motonave, stipulato tra Poseidon s.r.l. ed il Comune di Molfetta nel 2015, al momento di adozione dei provvedimenti (originariamente) impugnati continuasse a produrre effetti giuridici, vincolando in tal modo il Comune a non concedere a terzi lo svolgimento, anche solo parziale, dei servizi oggetto di tale rapporto.

Ciò in quanto l'amministrazione, nelle more dell'eventuale stipula di un nuovo accordo tra le parti, avrebbe disposto una sorta di "continuazione" dell'efficacia del precedente, al fine di assicurare comunque la continuità dei relativi servizi in caso di necessità. In particolare, deduce l'appellante, dalla perdurante efficacia del contratto "in proroga" sarebbe disceso l'obbligo per le parti (Comune di Molfetta e Poseidon) non solo di continuare a dare esecuzione delle due prestazioni principali ivi dedotte, ossia il servizio di pulizia degli specchi acquei del Porto di Molfetta e la concessione in locazione "a scafo nudo" della motonave "Vito Donato Pansini", ma pure delle ulteriori attività (secondarie ed accessorie) di cui all'art. 1, comma 2 del disciplinare d'oneri, tra cui quella di "bonifica degli ordigni bellici" negli specchi acquei del nuovo porto commerciale di Molfetta.

Va però in primo luogo osservato come l'automaticità propugnata da Poseidon s.r.l. sia in primo luogo smentita dalla formulazione della *lex specialis*, secondo cui i servizi di cui all'art. 1, comma 2, punto c) del Disciplinare – tra cui quello oggi controverso – potevano essere affidati non in via automatica, bensì solo su richiesta del Comune di Molfetta e/o su segnalazione della Capitaneria di porto.

Viceversa, ad accogliere l'interpretazione di Poseidon perderebbe senso la specificazione di cui al punto c), poiché non vi sarebbe alcuna differenziazione rispetto agli altri servizi elencati all'art. 1 del Disciplinare.

Ciò premesso, risulta dagli atti che il contratto di locazione della nave "Vito Donato Pansini" stipulato nel 2015 era giunto a scadenza in data 30 dicembre 2020: successivamente a tale data, lo stesso – mai rinnovato – veniva ad essere eseguito solamente in regime di "proroga tecnica". Non può quindi ritenersi, in base alle risultanze di causa, che allo stato ancora sussista un rapporto negoziale tra le parti.

Quanto poi alla richiamata determinazione n. 275 del 24 marzo 2021, con cui il Comune di Molfetta aveva espresso la volontà di rinnovare il contratto del 2015 a determinate condizioni, la stessa risulta essere stata a sua volta revocata con successiva determinazione dirigenziale n. 67 del 25 gennaio 2022, motivata alla luce del sopravvenuto fallimento delle trattative in corso tra le parti e di una rivalutazione dell'interesse pubblico anche alla luce di alcuni denunciati inadempimenti della parte privata.

Ai sensi dell'art. 106, comma 11, d.lgs. n. 50 del 2016, *“La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante”*.

Secondo consolidata giurisprudenza, dalla quale non vi è evidente ragione di discostarsi, nel caso di specie, *“in materia di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto di servizi non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa eurounitaria, 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”* (Cons. Stato, V, n. 4192 del 2013).

Al riguardo, all'affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato il caso in cui all'aggiudicazione della gara segua, dopo scadenza dell'appalto, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel quadro normativo (come finirebbe per essere il caso in esame, a voler seguire le argomentazioni di parte appellante): le proroghe dei contratti affidati con gara, infatti, sono consentite se già previste *ab origine* e comunque entro termini determinati, mentre una volta che il contratto scada e si proceda ad una proroga non prevista originariamente, o oltre i limiti temporali consentiti (ovvero senza limiti predeterminati ed espliciti), la stessa proroga dovrebbe essere equiparata ad un affidamento senza gara (Consiglio Stato, III, n. 1521 del 2017, secondo cui *“La*

proroga, anzi, come giustamente evidenziato dal primo giudice, costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali”).

La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro; una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara (Cons. Stato, V, n. 3391 del 2008): si tratta pertanto di un istituto ammissibile ove ancorato al principio di continuità dell'azione amministrativa (*ex art. 97 Cost.*) e comunque 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 (*ex multis*, Cons. Stato, V, n. 2882 del 2009).

La natura eccezionale dell'istituto (*ex multis*, Cons. Stato, V, 29 maggio 2019, n. 3588) impedisce di estenderne la portata al di là dell'immediata formulazione testuale dell'art. 106, comma 11 cit., di talché va respinta la tesi, propugnata dall'appellante, secondo cui il differimento dell'efficacia del contratto (ormai scaduto) avrebbe costituito un "ponte" nell'attesa del suo rinnovo: i due istituti sono infatti alternativi (potendo l'amministrazione scegliere, sussistendone i presupposti, tra rinnovo senza gara e proroga nelle more della gara), non già complementari.

In questi termini, se da un lato sarebbe stata coerente con la prima opzione la scelta del Comune di indire, dopo aver disposto la proroga, una o più gare per l'affidamento di tutti o parte dei servizi oggetto del precedente contratto (del 2015), tra cui quello – su cui si controverte – di "bonifica degli ordigni bellici", dall'altro doveva comunque ritenersi legittima la decisione dell'amministrazione di rimuovere il proprio iniziale intendimento di disporre la proroga, operando cioè un legittimo riesame della situazione in essere, nell'esercizio della propria potestà di autotutela.

In quanto espressione dei principi di buon andamento ed imparzialità *ex art. 97 Cost.*, l'esercizio del potere di autotutela dell'amministrazione può essere sindacato

dal giudice amministrativo ove *ictu oculi* affetto da arbitrarietà, irragionevolezza o travisamento di fatto, presupposti che però – fermo quanto verrà più specificamente osservato in relazione all'appello r.g. n. 1927 del 2023 – non si rinvencono nel caso in esame.

Venendo adesso al gravame da ultimo menzionato, con esso si contesta la legittimità dell'atto in autotutela con il quale il Comune di Molfetta aveva rimosso la precedente determinazione dirigenziale n. 275 del 24 marzo 2021, con la quale era stata formalizzata la volontà dell'amministrazione di procedere al rinnovo formale del contratto di locazione a scafo nudo della motonave "Vito Donato Pansini" di sua proprietà.

Secondo l'appellante, sul presupposto che le trattative si fossero concluse (positivamente) con la riunione del 14 dicembre 2020 o, al più, con la determinazione dirigenziale n. 275 del 2021, dovrebbe ritenersi che con il provvedimento impugnato nel giudizio di primo grado il Comune avesse, in concreto, inciso su una precedente manifestazione di volontà di carattere negoziale (dunque non provvedimento), ragion per cui quello adottato non sarebbe stato un provvedimento di revoca ai sensi dell'art. 21 *quinquies* l. n. 241 del 1990, bensì un recesso (ingiustificato) dalle trattative ormai concluse (essendosi soltanto in attesa della stipula formale del rinnovo).

Ne consegue che le norme da applicare al caso di specie non sarebbero state quelle della l. 241 del 1990, bensì quelle di diritto comune in tema di inadempimento contrattuale.

Al riguardo deduce Poseidon s.r.l. che con il recepimento, all'interno della determinazione dirigenziale n. 275 del 2021, del contenuto del verbale del 14 dicembre 2020, le trattative dovevano considerarsi concluse, occorrendo soltanto procedere alla stipula formale del contratto, tant'è che il Comune, nell'informare la detta società dell'avvenuta adozione del provvedimento di approvazione del rinnovo contrattuale (nota prot. n. 28559 del 26 aprile 2021), contestualmente chiedeva di provvedere al versamento in favore della tesoreria comunale delle somme necessarie per la stipula del rinnovo, nonché alla costituzione della cauzione definitiva.

In ogni caso, così come formulate, le ragioni poste dal Comune a fondamento del provvedimento in autotutela sembrerebbero configurare, più che una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario – o un sopravvenuto motivo di interesse pubblico, ovvero un mutamento della situazione di fatto – una vera e propria revoca sanzionatoria (in pratica, una decadenza), alla quale peraltro non potrebbero applicarsi i principi di cui all'art. 21^{quinqies} l. n. 241 del 1990.

Quanto poi al presunto superamento delle soglie degli affidamenti stabiliti dal d.lgs. n. 50 del 2016, rileva l'appellante come sarebbe stato più corretto parlare di annullamento in autotutela *ex art. 21^{nonies}* l. n. 241 del 1990, come eccepito nel giudizio di primo grado in guisa di apposito profilo di illegittimità.

Conclude l'appellante che in realtà dal provvedimento impugnato “di ritiro” non darebbe atto di alcuna “*nuova valutazione dell'interesse pubblico originario*”, né di un sopravvenuto motivo di interesse pubblico ovvero di un mutamento della situazione di fatto, presupposti ineludibili per l'applicazione dell'art. 21^{quinqies} l. n. 241 del 1990; invero, una valutazione di “*convenienza del rapporto con la Poseidon*” non sarebbe mai stata posta a fondamento dell'esercizio del potere di autotutela.

Nel merito delle contestazioni mosse dal Comune all'odierna appellante per giustificare l'esercizio dell'autotutela, sarebbe pacifico ed incontestato che detta società abbia assicurato le attività previste in contratto ogni qual volta se ne sia presentata la necessità e il Comune ne abbia fatto richiesta, così come sarebbe incontestato che Poseidon s.r.l. abbia usato la nave “*secondo le caratteristiche tecniche risultanti dal certificato di navigabilità e in conformità dell'impiego convenuto*”, o che la stessa abbia provveduto “*a propria cura e spese alla esecuzione degli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria*” (*ex art. 5 contratto*).

Il contratto inoltre prevedeva che l'imbarcazione fosse mantenuta “*pronta all'uso*” (ossia fosse assicurata la manutenzione ordinaria e straordinaria), non già “*in esercizio*”: quest'ultima ipotesi –ossia che l'imbarcazione dovesse essere armata (e quindi “pronta all'uso”) – valeva solo in caso di necessità.

Non potrebbero quindi condividersi le conclusioni raggiunte dal primo giudice, secondo cui sarebbe evidente la sussistenza di un “grave inadempimento contrattuale”, tanto da comportare il mancato rinnovo, per il solo fatto che il

servizio (la prestazione) è stato, sì, svolto, ma non già con un mezzo (la motonave “Vito Donato Pansini”, data a Poeidon in concessione), bensì con un altro, ancorché idoneo; né d’altro canto avrebbe avuto senso dotare la nave dell’equipaggio in mancanza di servizi da svolgere, tanto più che lo stesso disciplinare di oneri, all’art. 4, lett. f), prevede che tra gli “obblighi dell’armatore-conduttore”, vi è quello di *“provvedere all’ulteriore eventuale armamento secondo le necessità operative richieste, da concordarsi con il Comune – proprietario, assicurando le condizioni di sicurezza ed efficienza in rapporto alle specifiche esigenze rappresentate dallo svolgimento delle operazioni programmate”*.

Neppure questo motivo può essere accolto.

A prescindere dalla questione – menzionata in via incidentale dal Comune di Molfetta ancora nella propria memoria di replica del 25 maggio 2023 – per cui, a seguire il ragionamento svolto dall’appellante, il relativo gravame dovrebbe a rigore considerarsi inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito, vanno premesse alcune considerazioni di carattere generale.

Come noto, il rinnovo di un contratto pubblico rappresenta per l’amministrazione *“non già un obbligo, quanto una facoltà di scelta da parte del soggetto pubblico; in particolare, è stato rilevato che anche quando una disposizione normativa o una previsione dei precedenti atti di gara consentano la proroga o rinnovazione del contratto con il contraente originario, proprio in quanto possibilità derogatoria di un divieto generale, si tratta di mera facoltà; con la conseguenza che, se l’Amministrazione ritiene non conveniente rinegoziare la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza, ben può procedere ad espletare una procedura di evidenza pubblica per la scelta del nuovo contraente”* (Cons. Stato, III, 15 aprile 2016, n. 1532).

In ogni caso, anche laddove l’amministrazione avesse ritenuto coerente con l’interesse pubblico disporre il rinnovo del contratto, non sarebbe comunque stata obbligata a farlo alle medesime condizioni del precedente, posto che il Comune di Molfetta aveva espressamente subordinato la sottoscrizione del rinnovo ad una modifica (*sub specie* di delimitazione dell’oggetto) delle pattuizioni originarie.

Ciò premesso, va smentito il presupposto da cui muove l’appellante per fondare le proprie censure, ossia che in sede di trattative le parti avessero già raggiunto un accordo complessivo sulle condizioni per disporre il rinnovo, con ciò dovendosi

ritenere ormai perfezionato il contratto: ciò è desumibile *in primis* dal tenore della determinazione dirigenziale n. 275 del 2021 – poi revocata – che nel manifestare in termini generali l'intendimento del Comune di rinnovare il contratto alle condizioni del precedente, tuttavia condizionava ciò alla “[...] *previsione della specificazione di cui tener conto al terzultimo capoverso dell’art. 1*” del disciplinare d’oneri, all’evidente fine di prevenire successive contestazioni. In breve, l’amministrazione subordinava tale intendimento alla previa specificazione dei “*servizi e lavori ulteriori*” di cui all’art. 1 del disciplinare d’oneri (ivi del resto indicati solo a titolo esemplificativo).

Ulteriore segno del mancato raggiungimento, anche in seguito all’adozione della detta determina n. 275, di un reale accordo tra le parti era l’invio, da parte del Comune a Poseidon s.r.l., di diverse bozze di proposte di rinnovo, così come la trasmissione, a mezzo email del 29 settembre 2021, da parte a sua volta di Poseidon, di alcune proposte di modifica del contratto di rinnovo, contenenti “*alcuni aspetti di cui [era ancora necessario – ndr] discutere*”.

Né depono nel senso della definizione di un accordo la richiesta del Comune all’operatore economico di corrispondere anticipatamente le spese per il rinnovo del contratto, in quanto formulata mentre erano ancora in corso le negoziazioni.

Quanto poi alla legittimità dell’esercizio dell’autotutela si rimanda alle osservazioni già esposte in relazione al precedente appello r.g. n. 1926 del 2023.

Neppure persuadono, infine, i rilievi di Poseidon s.r.l. in merito all’inadempimento contrattuale indicato dall’amministrazione tra le ragioni poste a base dell’autotutela, traducibile nel mancato utilizzo della motonave “Vito Donato Pansini” per l’espletamento del servizio principale previsto nel contratto della cui rinnovazione si trattava, ossia la pulizia degli specchi acquei: parte appellante non contesta tale circostanza, ma chiarisce di essersi servita di un mezzo diverso, di sua proprietà, in quanto maggiormente idoneo allo scopo, precisando all’uopo che “*il disarmo – rectius, la non operatività attestata dalla Capitaneria di Porto – altro non è se non un’assenza (temporanea) di tali condizioni, di cui, tuttavia, la motonave è stata prontamente dotata tutte le volte in cui, per effetto dell’affidamento di un servizio da parte del Comune (peraltro, come detto, del tutto episodico), se ne sia presentata la necessità*”.

Al riguardo il primo giudice aveva rilevato che *“Dagli atti depositati in giudizio fatti, e in particolare dalla nota della Capitaneria prot. n. 4533 del 6.4.2022 (doc. n. 1 Comune depositata il 15.6.2022) si evince che, in effetti, l’unità navale in questione è stata per lunghi periodi in condizioni di inattività o disarmo, che hanno impedito l’impiego del mezzo navale per le destinazioni previste negli artt. 3 e 5 del menzionato contratto di locazione del 2015”*; a fronte di ciò, nota sempre il TAR, *“la ricorrente, non solo avrebbe dovuto impiegare la motonave per lo svolgimento del servizio di pulizia, ma anche che la stessa doveva essere mantenuta in esercizio o, comunque, pronta all’uso per tutte le altre attività (servizio di primo intervento su imbarcazioni in avaria o in difficoltà di manovra con eventuale rimorchio e servizio di assistenza antincendio per natanti e imbarcazioni all’interno del Porto di Molfetta; assistenza ai pescherecci; servizio antincendio; servizi in emergenza; lavori subacquei).*

Tali servizi presuppongono che la motonave fosse mantenuta in costante esercizio o comunque fosse armata per periodi ben più lunghi e prolungati, rispetto a quelli desumibili dall’attività istruttoria svolta dal comune presso la Capitaneria di porto (la ‘Vito Donato Pansini’ è stata disarmata per 10 mesi e 12 giorni, nel 2020 è stata sempre armata ma non operativa e nel 2021 armata per 3 mesi ma non operativa e disarmata per 6 mesi e 22 giorni, cfr. doc. n. 5 Comune depositato il 18.3.2022), per cui non si ravvisano margini di palese illogicità o contraddittorietà o travisamento dei fatti nelle motivazioni indicate dal Comune a sostegno della revoca’.

Tali conclusioni sono contestate dall’appellante in ragione del fatto che: i) non è contestato da alcuno – *in primis* il Comune – che Poseidon s.r.l. abbia assicurato le attività previste nel contratto del 2015 ogni qual volta se ne sia presentata la necessità e l’amministrazione ne abbia fatto richiesta; ii) neppure è contestato che Poseidon abbia usato la nave *“secondo le caratteristiche tecniche risultanti dal certificato di navigabilità e in conformità dell’impiego convenuto”* o che abbia provveduto *“a propria cura e spese alla esecuzione degli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria”*, tanto più che il contratto non prevedeva che l’imbarcazione dovesse essere *“pronta all’uso”*, ma soltanto che dovesse essere mantenuta in via ordinaria e straordinaria –come di fatto avvenuto – e non già *“in esercizio”*, come erroneamente ritenuto dal TAR. Lo stesso art. 4, lettera f), del disciplinare d’oneri prevedeva, tra gli *“obblighi dell’armatore - conduttore”*, quello di *“provvedere all’ulteriore [e solo - ndr] eventuale*

armamento secondo le necessità operative richieste, da concordarsi con il Comune?”, sì che non poteva parlarsi di obbligo incondizionato e continuativo in tal senso.

Rileva il Collegio come, ancorché si fosse in presenza, formalmente, di un contratto di locazione e non già di concessione di bene pubblico – dal testo dell’art. 3 (“*Attività della nave locata*”) emerga con chiarezza che tramite la motonave (e non altro) Poseidon s.r.l. avrebbe dovuto assicurare, tra l’altro, una serie di servizi tra cui quello di pulizia degli specchi acquei del porto di Molfetta, al fine evidente di assicurare il mantenimento in esercizio del suddetto bene pubblico e, quindi, evitarne il deperimento per inutilizzo.

Diversamente argomentando – come fa l’appellante – si finirebbe per legittimare una inammissibile modifica unilaterale delle condizioni di contratto.

A tale riguardo è convincente l’obiezione mossa dal Comune resistente, secondo cui nessuna prova è stata fornita dall’appellante che l’amministrazione fosse a conoscenza dell’utilizzo di un mezzo diverso – nella specie, il battello pneumatico “M/B Asso” – per l’esecuzione del servizio di pulizia, fermo comunque restando che alcuna autorizzazione derogatoria (*recte*, novativa) in tal senso risulta essere stata data dal Comune di Molfetta per l’adempimento delle obbligazioni dedotte in contratto (tale effetto non potendo certo avere l’istanza di concessione rivolta alla Capitaneria di porto di Molfetta e, per conoscenza, agli Uffici comunali).

Sempre in questi termini, è corretta l’obiezione mossa dal Comune circa l’impossibilità di avere contezza dell’effettivo espletamento (o meno) delle manutenzioni ordinaria e straordinaria, poste per contratto a carico di Poseidon, causa la mancata restituzione della nave all’amministrazione proprietaria, ad oltre un anno dalla scadenza della proroga tecnica del contratto (terminata con l’affidamento del servizio di pulizia degli specchi acquei ad ASM s.r.l. in data 23 maggio 2022).

Le questioni sinora esposte sono assorbenti degli ulteriori profili di censura dedotti dall’appellante, la cui istanza di indennizzo *ex art. 21quinquies* l. n. 241 del 1990, va conseguentemente respinta, per difetto dei presupposti di legge.

Con l’appello iscritto a r.g. n. 1928 del 2023, Poseidon s.r.l. chiede l’annullamento della gara pubblica indetta dal Comune di Molfetta con determinazione

dirigenziale n. 227 del 3 marzo 2022 per l'affidamento dei lavori di *“realizzazione dei pontili di attracco per la nautica da diporto sulla banchina San Corrado nel porto di Molfetta”*, nella parte in cui prevede, tra i lavori e i servizi da appaltare, lavori e servizi che sulla base del contratto di locazione del 2015 sarebbero stati affidati al detto operatore economico.

La domanda muove nuovamente dall'assunto secondo cui l'amministrazione sarebbe tuttora vincolata ad attribuire alla società istante il servizio di cui trattasi, stante l'avvenuta approvazione del rinnovo contrattuale, circostanza però smentita dal primo giudice *“poiché non risulta che alla determinazione dirigenziale n. 275/2021 con cui l'Ente si è determinato a “procedere al rinnovo del contratto” sia seguita l'effettiva stipulazione del contratto rinnovato, senz'altro necessaria affinché si realizzi il vincolo giuridico contrattuale e sorga il diritto soggettivo dell'aggiudicataria all'esecuzione del contratto stesso”*.

L'appello non può essere accolto, per le ragioni già analiticamente esposte in relazione ai due appelli precedentemente esaminati, cui per brevità si rinvia, stante la piena sovrapponibilità delle questioni ivi dedotte.

Infine, con l'appello iscritto a r.g. 1929 del 2023 viene impugnata la sentenza n. 57 del 2023 del TAR della Puglia, nella parte in cui ha respinto il ricorso per l'annullamento della gara pubblica indetta dal Comune di Molfetta con determinazione dirigenziale n. 226 del 3 marzo 2022 per l'affidamento dei lavori di *“realizzazione delle nuove banchine per gli attracchi dei pescherecci”*, nella parte in cui *“prevede, tra i lavori e i servizi da appaltare, lavori e servizi da affidare alla Poseidon s.r.l.”*.

Le argomentazioni dell'appellante sono identiche a quelle esposte per l'appello r.g. n. 1928 del 2023, dovendo conseguentemente anch'esse essere respinte, in ragione di quanto già motivato in ordine ai precedenti gravami.

Alla luce dei rilievi che precedono, tutti e quattro gli appelli vanno dunque respinti.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna Poseidon s.r.l. al pagamento, in favore del Comune di Molfetta e di Ediltecnica s.r.l., delle spese di lite del grado di giudizio, che liquida in complessivi

euro 4.000,00 (quattromila/00) ciascuno, oltre Iva e Cpa se dovute.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO