

Sull'esclusione del “quinto d'obbligo” dal computo del valore stimato dell'appalto

di Matteo Rinaldi

T.A.R. LOMBARDIA, Milano, sez. II, 10 febbraio 2020, n. 284 – Pres. Caso; Est. Di Mario – I.L. s.p.a. (Avv. Fidanza) c. A.S.L. (Avv. Colombo), e H.I. s.r.l. (Avv. ti Martorana, Pacciani, Botto ed Esposito) e Regione Lombardia (n.c.).

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Gara – Valore stimato dell'appalto – Quinto d'obbligo – Irrilevanza – Ratio.

Nessuna norma del Codice dei contratti pubblici richiede che il ricorso al “quinto d'obbligo” assuma rilevanza ai fini della determinazione del valore dell'appalto oggetto di gara, neppure per le soglie di rilevanza comunitaria.

DIRITTO

Omissis

3. Venendo al terzo motivo, occorre in primo luogo sgombrare il campo dall'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse, eccezione sollevata sul presupposto che la ripetizione della gara, per la presumibile più ampia platea dei concorrenti, comporterebbe unicamente la riduzione delle possibilità di successo. Infatti l'*utilitas* che la parte ricorrente in giudizio può ritrarre dall'accoglimento del motivo è quella della rinnovazione della gara, interesse strumentale che, nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, la Corte di Giustizia UE riconosce sempre e comunque meritevole di tutela per esigenze di effettività (cfr. sentenza Puligienica, Corte di giustizia Ue, grande sezione, 5.4.2016, C-689/2013). Inoltre l'interesse strumentale a ricorrere, dal quale deriva una nuova “chance” di partecipazione e di aggiudicazione, è configurabile *ex se* e non occorre che la ricorrente dimostri che l'esito sarebbe sicuramente o probabilmente ad essa favorevole, salvo che non risulti che, per altre ragioni, tale risultato favorevole non sia in assoluto raggiungibile, ovvero che sia data la prova contraria della non esistenza della probabilità indicata.

Nel merito il motivo di ricorso è infondato.

Secondo l'art. 35, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 “*Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore prevedono premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tengono conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto*”. A sua volta, il successivo art. 106, comma 12, stabilisce che “*La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario*

un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto".

Tale ultima norma è chiara nel definire il "quinto d'obbligo" come una prestazione aggiuntiva rispetto al contratto originario che costituisce una sopravvenienza. Essa quindi si sottrae alla previsione dell'art. 35, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, il quale fa riferimento a clausole già previste al momento della predisposizione degli atti di gara ed in questa sede inserite per effetto di scelta discrezionale della stazione appaltante – che evidentemente ne valuta *ab initio* l'utilità per l'interesse pubblico perseguito –, sia pur rimesse dette clausole, nella loro concreta applicazione, ad una successiva valutazione facoltativa dell'amministrazione. Tale ricostruzione risulta confermata dal fatto che il "quinto d'obbligo" rientra tra le modifiche contrattuali, oggetto di variante, e quindi si differenzia nettamente dai patti aggiunti al contenuto del contratto che si inseriscono nella fase di formazione del medesimo ed ai quali la norma in esame si rivolge.

Inoltre la sua inclusione negli atti di gara, ma non nel contratto, finirebbe per creare una distonia rilevante tra valore della gara e valore del contratto. Infatti l'art. 106, comma 12, del Codice dei contratti pubblici prevede che tale diritto potestativo ha fonte legale e non negoziale, innestandosi *ab externo* sul contratto il cui valore può essere ridotto o incrementato per effetto di scelte operate solo *ex post* dalla stazione appaltante, mentre il valore della gara risulterebbe fin dall'inizio ancorato ad un importo solo ipotetico e sicuramente divergente dalle offerte dei concorrenti, dal cui confronto concorrenziale dovrebbe di norma scaturire la difformità tra valore della gara e valore del contratto.

In considerazione di ciò nessuna norma del Codice dei contratti pubblici, e tanto meno l'art. 106, comma 12, richiede che il ricorso al "quinto d'obbligo" assuma rilevanza ai fini della determinazione del valore dell'appalto oggetto di gara. E non se ne può dunque tenere conto neppure per le soglie di rilevanza comunitaria.

Né, infine, rileva che nella fattispecie l'art. 6 del capitolato speciale d'appalto prevedesse "... *un aumento o una diminuzione della fornitura... fino alla concorrenza del quinto dell'appalto alle medesime condizioni del contratto...*", giacché il richiamo esplicitamente fattovi dalla *lex specialis* di gara nulla aggiunge all'ambito di efficacia dell'istituto del "quinto d'obbligo", per trattarsi di meccanismo che comunque opera *ex lege*, sì da non rientrare tra le voci "opzioni o rinnovi" previste di volta in volta dall'ente appaltante all'atto dell'indizione della gara.

4. In definitiva il ricorso principale non merita accoglimento.

Omissis

Commento

L'interesse strumentale alla rinnovazione della gara

Prima di procedere alla disamina della principale questione di diritto affrontata dal T.A.R. lombardo, ossia quella relativa al computo del valore potenziale (in aumento) del "quinto d'obbligo" nell'ambito dell'importo complessivo dell'appalto, è utile soffermarsi,

sinteticamente e in via preliminare, sull'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse sollevata dalla stazione appaltante.

Ebbene, l'eccezione *de qua* si basava sul presupposto che la ripetizione della gara nel rispetto della normativa prevista per i contratti pubblici “sopra-soglia”, per la presumibile più ampia platea dei concorrenti, avrebbe comportato unicamente la riduzione delle possibilità di successo del ricorrente.

I giudici amministrativi lombardi, tuttavia, hanno rigettato l'eccezione, statuendo che l'*utilitas* derivante alla parte ricorrente dell'accolimento del motivo sarebbe stata quella della rinnovazione della gara, interesse strumentale che, nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, la Corte di Giustizia UE riconosce sempre e comunque meritevole di tutela per esigenze di effettività⁽¹⁾.

Inoltre – prosegue la sentenza – l'interesse strumentale a ricorrere, dal quale deriva una nuova *chance* di partecipazione e di aggiudicazione, è configurabile *ex se* e non occorre che la ricorrente dimostri che l'esito sarebbe sicuramente o probabilmente ad essa favorevole, salvo che non risulti che, per altre ragioni, tale risultato favorevole sia assolutamente irraggiungibile, ovvero che sia data la prova contraria dell'insussistenza della probabilità indicata.

La conclusione cui è pervenuta la Sezione Seconda, oltre ad essere in linea con l'orientamento della giurisprudenza comunitaria, trova conforto anche in diversi precedenti giurisprudenziali del Consiglio di Stato, che ha più volte riconosciuto l'interesse strumentale ad ottenere una nuova *chance* di aggiudicazione attraverso la ripetizione dell'intera gara⁽²⁾.

L'esclusione del “quinto d'obbligo” dal computo del valore stimato dell'appalto ex art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016

Sgombrato il campo dall'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse, la sentenza in epigrafe ha poi esaminato la richiesta del ricorrente di considerare anche il “quinto d'obbligo” nel calcolo del valore complessivo totale pagabile dell'appalto, dichiarandola infondata nel merito.

In primo luogo, il Collegio ha rammentato le due norme di riferimento in materia di valore stimato dell'appalto pubblico e di “quinto d'obbligo”, che sono, rispettivamente, l'art. 35, comma 4, e l'art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016.

(1) cfr. sentenza Puligienica, Corte di giustizia Ue, Grande sezione, 5 aprile 2016, C-689/2013.

(2) *Ex pluribus*, Cons. Stato, n. 2258/2018; Cons. Stato, n. 6035/2018.

In forza dell'art. 35, comma 4, del d.lgs. 50/2016 *“il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore prevedono premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tengono conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto”*.

L'art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, invece, prevede che *“la stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto”*.

Ad avviso del T.A.R. adito, dalla lettura di tale ultima norma discende l'esclusione dell'istituto del “quinto d'obbligo” dal campo di applicazione dell'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016.

Infatti l'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 si riferisce a clausole (quali opzioni o rinnovi) già previste al momento della predisposizione degli atti di gara ed in questa sede inserite per effetto di scelta discrezionale della stazione appaltante, che ne valuta *ab initio* l'utilità per l'interesse pubblico perseguito. In altri termini, la norma in esame si rivolge a patti aggiunti al contenuto del contratto, che si inseriscono nella fase di formazione del medesimo. A poco rileva che la concreta applicazione di tali “patti aggiunti” sia poi rimessa ad una successiva valutazione facoltativa dell'amministrazione nel corso dell'esecuzione del contratto.

L'art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, al contrario, è chiaro nel definire il “quinto d'obbligo” come una prestazione aggiuntiva rispetto al contratto originario che, per tale ragione, costituisce una sopravvenienza sottratta alla previsione dell'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016. E tale ricostruzione, seguendo l'esposizione del Collegio milanese, risulta confermata dal fatto che il “quinto d'obbligo” rientra tra le modifiche contrattuali, oggetto di variante, e quindi si differenzia nettamente dai patti aggiunti sopra descritti.

Non solo. Secondo il T.A.R. Milano vi è un'ulteriore argomentazione a sostegno della tesi dell'esclusione del “quinto d'obbligo” dall'ambito applicativo dell'art. 35, comma 4, sopra citato. Si tratta della rilevante distonia tra valore della gara e valore del contratto che si verrebbe a creare nel caso di inclusione del “quinto d'obbligo” nei soli atti di gara e non anche nel contratto.

Difatti l'art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016 configura il "quinto d'obbligo" come un diritto potestativo di fonte legale e non negoziale, che si innesta *ab externo* sul contratto e sul relativo valore, che aumenta o diminuisce per effetto di scelte operate solo *ex post* dalla stazione appaltante; viceversa, qualora il "quinto d'obbligo" fosse computato al momento dell'indizione della procedura ad evidenza pubblica, il valore della medesima risulterebbe fin dall'inizio ancorato ad un importo solo ipotetico e sicuramente divergente dalle offerte dei concorrenti, dal cui confronto concorrenziale dovrebbe di norma scaturire la difformità tra valore della gara e valore del contratto.

In considerazione di ciò, il giudice amministrativo *de quo* ha dichiarato che nessuna norma del Codice dei contratti pubblici, e tanto meno l'art. 106, comma 12, richiede che il ricorso al "quinto d'obbligo" assuma rilevanza ai fini della determinazione del valore dell'appalto oggetto di gara. E non se ne può dunque tenere conto neppure per le soglie di rilevanza comunitaria.

Il Collegio ha inoltre escluso qualsivoglia rilevanza alla circostanza che nel caso di specie il capitolato speciale d'appalto avesse previsto espressamente la facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice di richiedere "*un aumento o una diminuzione della fornitura ... fino alla concorrenza del quinto dell'appalto alle medesime condizioni del contratto*". A tal proposito – conclude il T.A.R. lombardo – il richiamo esplicito al "quinto d'obbligo" contenuto nella *lex specialis* di gara nulla aggiunge all'ambito di efficacia di tale istituto, che comunque opera *ex lege*, sì da non rientrare tra le voci "*opzioni o rinnovi*" *ex art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016* previste di volta in volta dalla stazione appaltante all'atto dell'indizione della gara.

Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa e di ANAC

La sentenza in commento risulta di particolare interesse perché delinea la posizione assunta dal giudice amministrativo di Milano nel complesso dibattito interpretativo venutosi a creare con riferimento alla rilevanza del "quinto d'obbligo" ai fini del calcolo del valore stimato dell'appalto.

Alcuni tribunali amministrativi regionali hanno ritenuto che la facoltà di utilizzo del "quinto d'obbligo" debba essere dichiarata esplicitamente negli atti di gara e che, in tale ipotesi, il valore stimato dell'appalto debba essere incrementato del 20%. Così, ad esempio, nel 2018 il T.A.R. Campania, Napoli, ha sostenuto che, ai fini della determinazione del corrispettivo contrattuale da indicare quale base d'asta, la stazione appaltante avrebbe dovuto considerare anche l'eventuale proroga, da calcolarsi fino a un quinto dell'importo a base d'asta secondo

il disposto di cui all'art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, avendo richiamato nel disciplinare di gara tanto l'opzione della "proroga tecnica" che del "quinto d'obbligo" ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016⁽³⁾.

Su una posizione contrapposta si sono schierati altri giudici amministrativi e l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), la quale nel bando-tipo n. 1 non fa alcuna menzione dell'istituto del "quinto d'obbligo" tra gli elementi che incidono sul valore stimato dell'appalto. Anzi, nella relazione illustrativa del medesimo bando-tipo n. 1 si legge a chiare lettere che *"l'art. 106, comma 12 del Codice non richiede che il ricorso al quinto d'obbligo sia specificato nel disciplinare"*⁽⁴⁾.

Il T.A.R. Lombardia, con la sentenza in epigrafe, ha sposato quest'ultima tesi di ANAC, che pare condivisibile, se solo si pensa alla *ratio* dell'istituto del "quinto d'obbligo". A tal proposito, si segnala il filone giurisprudenziale, in cui si incardina anche la sentenza in commento, che si è concentrato proprio sull'interpretazione dell'art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016.

Per esempio, è stato sottolineato che la norma in questione presuppone sempre che l'esigenza di aumento o di diminuzione delle prestazioni contrattuali emerga "in corso di esecuzione", non essendo consentita una previsione di modifica *ex art.* 106, comma 12, a monte della stipulazione del contratto, quando cioè vi sia un vizio genetico e noto della legge di gara che renda certa l'inadeguatezza delle prestazioni contrattuali cui parametrare le offerte⁽⁵⁾. In estrema sintesi, la variante contrattuale nei limiti del quinto d'obbligo può essere disposta solo per esigenze sopravvenute e non preesistenti all'affidamento⁽⁶⁾.

Del resto, il pregio giuridico dell'interpretazione offerta dai giudici amministrativi lombardi è altresì confermato sul piano sistematico e letterale.

Così, si pensi che l'art. 106, rubricato *"Modifica di contratti durante il periodo di efficacia"*, è collocato all'interno del Titolo V della Parte

.....
(3) Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, n. 5380/2018. Tale sentenza, pertanto, risulta parzialmente in contrasto con quella del T.A.R. Lombardia, Milano, in esame, in quanto attribuisce rilevanza al "quinto d'obbligo" in sede di determinazione del valore stimato dell'appalto, seppur limitatamente al calcolo del valore massimo potenziale della c.d. proroga tecnica.

(4) L'Anac, con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, ha approvato, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. 50/2016, il Bando-tipo n. 1/2017, avente ad oggetto lo *"Schema di disciplinare di gara - Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo"*. Tale disciplinare è corredato di una nota illustrativa che espone le scelte effettuate sui singoli istituti, nonché da una relazione AIR che motiva le scelte effettuate rispetto alle osservazioni degli *stakeholders*.

(5) In termini, Cons. Stato, n. 1394/2020.

(6) In termini, T.A.R. Campania, Napoli, n. 4534/2019.

Il del Codice dei contratti pubblici, interamente dedicato alla fase esecutiva del contratto; e che, in ogni caso, l'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, pur elencando alcune fattispecie da considerare nel computo del valore dell'appalto (opzioni, rinnovi, premi, pagamenti), non richiama espressamente l'ipotesi del "quinto d'obbligo".

Il corollario applicativo delle considerazioni che precedono è che in sede di quantificazione del valore stimato dell'appalto le stazioni appaltanti non devono tenere conto del "quinto d'obbligo", trattandosi di una variante che, per definizione, entra in gioco solo nella fase fisiologica (e non genetica) del rapporto contrattuale. Ne deriva che l'istituto del "quinto d'obbligo" non può e non deve venire in soccorso in fase di indizione di gara, potendo trovare applicazione solo in seguito alla stipula del contratto.

Pertanto, nel caso in cui sorga la necessità di prevedere un incremento (o un decremento) del valore del contratto entro il limite del 20% in sede di predisposizione degli atti di gara, la stazione appaltante, ancor prima di pubblicare la gara, dovrebbe rettificare l'importo stimato del contratto, adeguandolo alle mutate esigenze aziendali. Nel caso in cui, invece, la suddetta necessità sorga nel periodo intercorrente tra l'indizione della gara e la stipula del contratto, l'amministrazione dovrebbe revocare la gara al fine di indirne una nuova che sia conforme alle mutate esigenze aziendali.

In definitiva, il "quinto d'obbligo" può incidere sul valore effettivo dell'appalto solo *a posteriori*, nella dinamica del rapporto contrattuale, essendo "ontologicamente" impossibile tenerne conto in sede di gara, trattandosi di istituto "riservato" alla fase esecutiva del contratto.

Il parere del MIT

Da ultimo, giova segnalare – per esigenze di completezza – il parere n. 581 del 18 novembre 2019, con cui il servizio di supporto giuridico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT) si è di recente espresso sul tema del valore stimato dell'appalto.

Con il parere sopra citato, il MIT ha preliminarmente chiarito la differenza tra "importo a base d'asta" e "valore stimato dell'appalto".

L'importo a base d'asta si compone dell'importo a base d'asta soggetto a ribasso e dell'importo a base d'asta non soggetto a ribasso.

Il valore stimato dell'appalto, invece, è quello considerato dall'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 con l'espressione "*importo massimo stimato come valore contrattuale dell'appalto*", e deriva dalla sommatoria dell'importo a base di gara (al netto di Iva e/o di altre imposte e contributi di legge, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi

da interferenze non soggetti a ribasso) e di eventuali opzioni, rinnovi, premi e pagamenti.

Dopo aver chiarito la diversa composizione dei due importi, il parere del MIT ha spiegato anche la loro diversa funzione.

Per un verso, si legge che l'importo a base d'asta è il valore di riferimento per la presentazione delle offerte economiche da parte dei concorrenti; e che, ai fini della determinazione dello stesso, non occorre tener conto di eventuali opzioni.

Per altro verso – prosegue il MIT – il valore stimato dell'appalto è fondamentale soprattutto per individuare la corretta procedura da seguire nell'aggiudicazione di un appalto con relativi obblighi di pubblicità (contratto di rilevanza europea oppure contratto "sotto-soglia"), nonché per verificare gli obblighi previsti dall'art. 21 del d.lgs. n. 50/2016 di inserire, rispettivamente, i lavori nel programma triennale dei lavori pubblici e le forniture/servizi nel programma biennale di forniture e servizi⁽⁷⁾. Inoltre, il valore stimato dell'appalto è anche quello che deve essere indicato in occasione di richiesta del CIG⁽⁸⁾.

Alla luce di quanto sopra, il MIT, richiamando anche le indicazioni contenute ai paragrafi 3 e 4 del bando-tipo ANAC n. 1, ha concluso affermando che l'importo a base d'asta non deve tener conto di eventuali rinnovi, mentre il valore stimato dell'appalto deve considerare tutte le eventuali opzioni.

.....

(7) A mente dell'art. 21 del d.lgs. n. 50/2016 è, infatti, obbligatorio l'inserimento dei lavori il cui valore stimato sia pari o superiore a 100.000,00 Euro e delle forniture o servizi d'importo unitario stimato pari o superiore a 40.000,00 Euro.

(8) Come noto, il codice CIG (codice identificativo gara) è lo strumento che consente di assolvere agli obblighi di comunicazione all'Osservatorio/pubblicazione sul sito del MIT, di contribuzione e di tracciabilità dei flussi finanziari, acquisito dal responsabile del procedimento, e riportato, a seconda della tipologia delle procedure, nel bando o avviso di gara, nella lettera d'invito e, negli acquisti privi di tali modalità, prima della stipula del relativo contratto.