

La p.a. può ricorrere al “quinto d’obbligo” per rimediare ad errori originari nella valutazione del proprio fabbisogno?

di *Matteo Rinaldi*

T.A.R. CAMPANIA, Napoli, sez. V, 27 novembre 2020, n. 5595 – Pres. Abbruzzese; Est. Russo – S.S.G. s.r.l. (*Avv. Lentini*) c. ASL Napoli 3 Sud (*Avv. ti Peluso e Perifano*) e S.G.S. s.r.l. (*Avv. Soprano*)

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Gara – Varianti – Quinto d’obbligo – Presupposti applicativi – Interpretazione restrittiva – Ratio

L’istituto del “quinto d’obbligo” può trovare applicazione solo nei casi espressamente previsti dall’art. 106, comma 12, del d.lgs. 50/2016, che sono di stretta interpretazione.

In tale prospettiva, l’ipotesi contemplata dal comma 12 – nell’inciso “qualora in corso di esecuzione si renda necessario una aumento o una diminuzione delle prestazioni” – riguarda le sole circostanze imprevedibili e sopravvenute nel corso dell’esecuzione del contratto e non può essere utilizzata per rimediare ad errori originari compiuti dalla stazione appaltante in sede di valutazione del fabbisogno ovvero per eludere gli obblighi discendenti dal rispetto delle procedure ad evidenza pubblica attraverso un artificioso frazionamento del contenuto delle prestazioni.

DIRITTO

1. Vanno preliminarmente scrutinate le due eccezioni di inammissibilità sollevate dall’odierna controinteressata S.G.S., prendendo le mosse da quella secondo cui l’applicazione dell’istituto del cd. quinto d’obbligo, previsto dall’art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, attenendo ad una fase successiva alla stipula del contratto di appalto, non rientrerebbe tra le ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.A., ai sensi art. 133, comma 1, lett. e) n.1, e resterebbe pertanto devoluta all’A.G.O.

L’argomentazione non è condivisibile.

Osserva il Collegio che la presente controversia non si muove all’interno del rapporto contrattuale tra la committente ASL Napoli 3 sud e l’affidataria S.G.S., essendo stata azionata da S.S.G., la quale – come gestore uscente in quota parte del medesimo servizio di vigilanza non armata e, comunque, quale operatore del settore – ha contestato in radice la scelta dell’Amministrazione di attivare il suindicato meccanismo, per difetto dei presupposti richiesti dalla evocata previsione del codice dei contratti pubblici, anziché procedere attraverso l’indizione di una gara ad evidenza pubblica (come contestualmente disposto per l’affidamento di circa 7.000 ore residue), alla quale ha interesse a partecipare.

Così individuato il *petitum* sostanziale, non vi è dubbio che la fattispecie attiene alla dedotta violazione del procedimento di evidenza pubblica per l'affidamento di prestazioni riferite al servizio di vigilanza, con conseguente attrazione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo prevista dall'art. 133, lett. e), n. 1, c.p.a. Peraltro, la situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio si connota come interesse legittimo correlato alla potestà discrezionale dell'Amministrazione di optare per la formula reputata più adeguata per soddisfare il manifestato interesse pubblico all'estensione quantitativa delle prestazioni oggetto del servizio, con conseguente attrazione del contenzioso, comunque, anche nella generale giurisdizione di legittimità riservata al G.A.

2. Le considerazioni che precedono consentono di superare anche l'altra eccezione d'inammissibilità, che fa leva su una pretesa carenza d'interesse ad agire in relazione alla connotazione della ricorrente come gestore di mero fatto del servizio (per la quota di 51.000 ore, secondo quanto precisato nella parte in fatto), in quanto l'originaria aggiudicazione a S.S.G. (con deliberazione dell'11.8.2014) fu annullata in autotutela dalla stessa Amministrazione (con deliberazione del 4.8.2015).

Premesso che la suindicata veste non ha precluso a quest'ultima di agire in giudizio a tutela dei propri interessi coi ricorsi dei quali si è detto sopra e che la stessa ASL ha riconosciuto la sua posizione differenziata sia nel verbale di parziale passaggio di cantiere (dell'8.10.2019) che nella successiva richiesta di riduzione dell'importo orario per l'attività di portierato di sua pertinenza (cfr. nota della Direzione della U.O.C. Acquisizione e Servizi in data 23.10.2019), è risolutivo osservare sul punto che la scelta della p.a. di affidare le prestazioni aggiuntive mediante il "quinto d'obbligo", pari a 51.543 ore, è suscettibile di ledere in via diretta ed attuale l'interesse dell'istante, quale operatore del settore, a conseguire l'affidamento all'esito di procedura di gara.

Il ricorso è pertanto pienamente ammissibile.

3. Passando al merito della vertenza, ad avviso del Collegio la domanda attorea si palesa fondata alla stregua delle seguenti considerazioni.

3.1. Giova premettere che l'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, nel disciplinare i casi nei quali i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento, al comma 12, prevede testualmente 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."

3.2. Invero, le disposizioni contenute nell'evocato art. 106, nel consentire alla stazione appaltante lo *jus variandi*, ossia il potere di modificare unilateralmente il rapporto nei termini quantitativi appena indicati, assume natura derogatoria, anzitutto, rispetto al principio generale contenuto nell'articolo 1372, comma 1, c.c., secondo cui il contratto "ha forza di legge tra le parti".

Inoltre, con specifico riferimento ai contratti pubblici, la fattispecie prevista dal comma 12 si pone come eccezione anche rispetto alla generale regola della gara, consentendo all'Amministrazione di ampliare sotto il profilo quantitativo l'oggetto del contratto, fino a concorrenza del quinto dell'importo, mediante affidamento diretto di ulteriori prestazioni all'appaltatore.

La natura derogatoria della normativa in discussione comporta che la stessa possa trovare applicazione solo nei casi espressamente previsti, che sono pertanto di stretta interpretazione.

In tale prospettiva ermeneutica, deve reputarsi che l'ipotesi contemplata dal comma 12 - nell'inciso già citato: "qualora in corso di esecuzione si renda necessario una

aumento o una diminuzione delle prestazioni” - riguardi le sole circostanze imprevedibili e sopravvenute nel corso dell'esecuzione del rapporto e giammai possa essere utilizzata per rimediare ad errori originari compiuti dalla stazione appaltante in sede di valutazione del fabbisogno ovvero per eludere gli obblighi discendenti dal rispetto delle procedure ad evidenza pubblica attraverso un artificioso frazionamento del contenuto delle prestazioni, come accaduto nel caso di specie.

3.3. Sotto il primo profilo, come dedotto dalla ricorrente nell'ambito del primo motivo, già a monte dell'indizione (in data 20.12.2016) della procedura di “gara ponte” e dell'aggiudicazione in favore di S.G.S. (con delibera del 28.12.2017) e, comunque, prima della stipulazione del contratto di appalto con la stessa (in data 15.7.2019), era noto all'Amministrazione il vizio genetico della legge di gara circa la preesistente inadeguatezza delle prestazioni contrattuali cui parametrare le offerte.

Invero, con delibera del Direttore Generale n. 754 dell'8.10.2018 (poi revocata parzialmente in autotutela, come indicato nella premessa in fatto), l'ASL aveva già tentato di disporre un incremento del servizio di portierato di 31.488 ore annue in favore di S.G.S., per un valore di € 440.832,00. Nell'occasione, con dichiarazione avente valore latamente confessorio, l'Azienda aveva infatti riconosciuto di aver commesso “un errore di valutazione nella individuazione del fabbisogno del numero di ore del servizio di sorveglianza non armata necessarie per le strutture aziendali in quanto non possono essere lasciate scoperte alcune sedi”, sicché non può configurarsi, con tutta evidenza, una sopravvenienza insorta nel corso dell'esecuzione del contratto.

Peraltro, dell'insussistenza dei presupposti per l'attivazione dell'istituto di cui al comma 12 del citato art. 106 del d.lgs. 50/2016 era consapevole la stessa Amministrazione allorquando ha reputato, in un primo momento, nelle more degli esiti della gara centralizzata indetta da S. S.p.A. per i servizi di *reception* e portierato presso le sedi di tutte le Aziende Sanitarie ed Ospedaliere campane, di affidare le ulteriori ore di servizio occorrenti per il completo svolgimento del servizio (stimate in 59.395) mediante un'ordinaria procedura concorrenziale (con nota del 17.12.2019). Tuttavia, non essendo pervenuta l'espressa autorizzazione da parte della centrale di committenza regionale per l'espletamento di un'autonoma procedura di acquisizione del servizio, ai sensi dell'art. 6, comma 15-*bis*, della l.r. 24.12.2003, n. 28 (richiesta con nota del 20.1.2020), l'ASL ha reputato di ricorrere, impropriamente, al rimedio del quinto d'obbligo per trovare una via d'uscita alla situazione venutasi a creare a causa della rilevata disfunzione in sede di valutazione e di pianificazione dell'impegno orario occorrente per soddisfare le esigenze delle proprie strutture.

3.4. Sotto il secondo, connesso profilo, denunciato col terzo motivo d'impugnazione, risulta violato anche l'art. 35, comma 6, del d.lgs. 50/2016, che fa divieto alle stazioni appaltanti di procedere a meccanismi elusivi di frazionamento degli affidamenti per sottrarsi alle regole di evidenza pubblica.

Invero, dopo aver stimato l'ulteriore fabbisogno di ore in 59.395 e non avendo conseguito l'atto di assenso da S., con gli atti impugnati, l'ASL ha artificiosamente suddiviso il monte ore complessivo in 51.543 ore, da coprire mediante attivazione del quinto d'obbligo, ed in 7.852 ore, da assegnare mediante procedura negoziata semplificata, sotto soglia, ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. 50/2016, con ciò rendendo ancor più palese l'intento elusivo perseguito.

4. Le considerazioni fin qui svolte consentono di accogliere il ricorso ed annullare la gravata delibera del Direttore Generale dell'ASL Napoli 3 Sud n. 335 del 14.5.2020, restando assorbite le restanti censure non scrutinate.

Omissis

Commento

Il caso

In data 27 novembre 2020, il T.A.R. Campania, Napoli, si è pronunciato in merito all'istituto del "quinto d'obbligo" di cui all'art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, offrendo alcuni interessanti spunti in relazione ai presupposti applicativi di tale peculiare istituto.

Al fine di comprendere le ragioni poste a fondamento della decisione, è utile ricostruire la complessa vicenda che ha dato origine alla *quaestio iuris* sottoposta al collegio partenopeo.

La ASL Napoli 3 Sud aveva indetto una procedura di "gara ponte" per l'affidamento del servizio di vigilanza non armata, per un monte ore annuo predeterminato, che si era conclusa con l'aggiudicazione del servizio in favore della S.G.S. s.r.l.

Successivamente, il direttore generale della ASL disponeva un incremento del monte ore originario del suddetto servizio. Tuttavia, tale incremento veniva contestato da S.S.G. s.r.l. dinanzi al T.A.R. Campania, che accoglieva le relative istanze cautelari. Così, anche a seguito della pronuncia cautelare favorevole conseguita dalla ricorrente, la ASL revocava parzialmente in autotutela la delibera con cui era stato disposto l'incremento del monte ore originario.

Con un ulteriore provvedimento veniva poi nuovamente affidato alla stessa S.G.S. s.r.l. il servizio di vigilanza non armata, anche in questo caso per un monte ore annuo predeterminato.

Da ultimo, con un'ulteriore delibera la ASL incrementava anche il monte ore annuo previsto dal contratto di questo secondo affidamento, ricorrendo all'istituto del "quinto d'obbligo". Con la medesima delibera la ASL indicava una procedura negoziata, sotto soglia, ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, per l'individuazione di un operatore di mercato che potesse gestire temporaneamente il servizio di vigilanza non armata per le sole ore residue non affidate (e non affidabili) mediante il "quinto d'obbligo".

La S.S.G. s.r.l., ossia il gestore uscente per una quota parte del suddetto servizio di vigilanza non armata, ricorreva al Tribunale amministrativo regionale competente per ottenere l'annullamento della delibera con cui era stata disposta l'attivazione dell'istituto del "quinto d'obbligo", nonché per l'accertamento della nullità degli atti di estensione del servizio di vigilanza in carenza di procedure di evidenza pubblica.

La S.G.S. s.r.l., costituitasi in giudizio quale controinteressata, eccepiva l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e per carenza di interesse ad agire della ricorrente,

replicando alle doglianze attoree anche nel merito, chiedendone il rigetto per l'infondatezza.

Si costituiva in giudizio anche la ASL, la quale difendeva anch'essa la legittimità dell'azione amministrativa in discussione.

Profili processuali: la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e l'interesse ad agire del gestore di "mero fatto" del servizio di vigilanza

Prima di procedere alla disamina del merito della vertenza, è utile soffermarsi sulle due eccezioni di inammissibilità sollevate dalla controinteressata S.G.S. s.r.l., concernenti il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e la carenza di interesse ad agire del ricorrente.

Partendo dalla prima eccezione, secondo la controinteressata il difetto di giurisdizione risiedeva nel fatto che l'istituto del "quinto d'obbligo", attenendo ad una fase successiva alla stipula del contratto di appalto, non rientrerebbe tra le ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a., ai sensi art. 133, comma 1, lett. e), n.1 del d.lgs. 104/2010⁽¹⁾, e resterebbe, pertanto, devoluta alla cognizione esclusiva del giudice ordinario.

I giudici amministrativi campani, tuttavia, hanno rigettato l'eccezione, anzitutto precisando quale fosse il *petitum* sostanziale⁽²⁾: la controversia *de qua* non concerneva la fase esecutiva del contratto di appalto tra la ASL e la controinteressata S.G.S. s.r.l., essendo stata azionata da un soggetto estraneo a tale rapporto contrattuale (S.S.G. s.r.l.). In particolare, il ricorrente – quale gestore uscente in quota parte del servizio di vigilanza non armata e, comunque, quale operatore del settore – lamentava la decisione dell'Amministrazione di attivare il "quinto d'obbligo" in favore di S.G.S. S.r.l. per estendere il monte ore del servizio di vigilanza, anziché procedere all'indizione di una nuova procedura di gara ad evidenza pubblica, alla quale avrebbe avuto interesse a partecipare.

.....

(1) L'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, d.lgs. n. 104/2010, rubricato "Materie di giurisdizione esclusiva", dispone che "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge, le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative".

(2) Le Sezioni Unite della Cassazione hanno più volte ribadito che "la giurisdizione si determina in base alla domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il *petitum* sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio e individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione". *Ex multis*, Cass. civ., Sez. un., n. 6075/2020.

Non vi era quindi dubbio che la fattispecie attenesse alla presunta “violazione del procedimento di evidenza pubblica per l'affidamento di prestazioni riferite al servizio di vigilanza” e che la situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio si connotasse come “interesse legittimo correlato alla potestà discrezionale dell'Amministrazione di optare per la formula reputata più adeguata per soddisfare il manifestato interesse pubblico all'estensione quantitativa delle prestazioni oggetto del servizio”, con conseguente attrazione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo prevista dall'art. 133, lett. e), n. 1, d.lgs. n. 104/2010.

La conclusione cui è pervenuta la Sezione Quinta in merito all'eccezione *de qua* pare condivisibile, tenuto anche conto del disposto dell'art. 133 sopra citato e della posizione assunta dalla giurisprudenza amministrativa in casi analoghi⁽³⁾. Per vero, la domanda attorea, alla stregua del principio del *petitum* sostanziale, è stata correttamente considerata come una contestazione, mossa da un terzo esterno al rapporto contrattuale, contro la decisione della ASL di avvalersi del “quinto d'obbligo” e, dunque, di non procedere ad una gara per l'affidamento di una buona parte delle ore aggiuntive del servizio di vigilanza. Ed è evidente che la scelta di non indire la gara, ma di far ricorso al meccanismo del “quinto d'obbligo”, quale esercizio di un potere discrezionale e, dunque, di una prerogativa pubblicistica, scelta avversata dal ricorrente nel giudizio in commento per la sua presunta illegittimità, rientra *pleno titulo* nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1) del d.lgs. n. 104/2010, in materia di gare pubbliche, non attenendo l'azione di annullamento proposta contro la asserita illegittimità di tale scelta a posizioni di diritto soggettivo, ma di interesse legittimo, giacché non si controverte in questo caso di questioni inerenti e interne allo svolgimento del rapporto contrattuale tra amministrazione e gestore del servizio, ma all'esercizio o, meglio, al mancato esercizio di un potere pubblicistico – il mancato svolgimento della gara pubblica – da parte di un'amministrazione tenuta al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale.

Venendo poi all'esame della seconda eccezione di inammissibilità, secondo la controinteressata il ricorrente non aveva interesse ad agire nel caso di specie, in quanto gestore di “mero fatto” di una quota parte del servizio di vigilanza non armata⁽⁴⁾. Anche questa eccezione

.....
(3) Cfr., Cons. Stato, n. 1081/2015.

(4) In particolare, l'originaria aggiudicazione del servizio in favore della S.S.G. s.r.l. era stata annullata in autotutela dalla ASL. Ciononostante, la S.S.G. s.r.l. aveva continuato a gestire *de facto* il

di inammissibilità è stata respinta dal T.A.R. campano, secondo cui la scelta della stazione appaltante di affidare le prestazioni aggiuntive facendo ricorso al “quinto d’obbligo” sarebbe stata suscettibile di ledere in via diretta e attuale l’interesse legittimo del ricorrente, quale operatore del settore, a rendersi esso stesso affidatario di dette prestazioni a seguito dell’indizione di una nuova procedura di gara.

Anche sotto tale profilo la statuizione dei giudici amministrativi napoletani non si presta a censure di sorta, ponendosi in continuità con il consolidato orientamento giurisprudenziale che, nel settore delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, riconosce la titolarità di un interesse giuridicamente rilevante che legittima l’operatore economico a proporre l’impugnativa giurisdizionale solo qualora abbia partecipato alla gara o non ne sia stato escluso, salve tre eccezioni: (i) contestazione in radice dell’indizione della gara, (ii) contestazione della mancata indizione della gara, avendo l’amministrazione disposto l’affidamento in via diretta del contratto, e (iii) impugnazione diretta delle clausole del bando immediatamente escludenti⁽⁵⁾.

I presupposti applicativi dell’istituto del “quinto d’obbligo”. L’interpretazione restrittiva offerta dalla sentenza annotata

Sgombrato il campo dalle due eccezioni di inammissibilità proposte dalla controinteressata, la sentenza in epigrafe ha poi esaminato nel merito la domanda del ricorrente, avente per oggetto l’annullamento della delibera di attivazione del “quinto d’obbligo”, nonché l’accertamento della nullità degli atti di estensione del servizio di vigilanza in carenza di procedure di evidenza pubblica, dichiarandola palesemente fondata.

In primo luogo, il Collegio ha rammentato la norma di riferimento in materia di “quinto d’obbligo”, ossia l’art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, a mente del quale *“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, la disposizione sopra enunciata, nel consentire alla stazione appaltante lo *jus variandi*, cioè il potere di modificare unilateralmente il contratto entro il limite del 20% del suo valore originario, assume natura derogatoria, anzitutto, rispetto al principio

.....

servizio di vigilanza non armata per il monte ore oggetto dell’aggiudicazione annullata.

(5) *Ex pluribus*, Cons. Stato, ad. pl., n. 4/2018.

generale civilistico contenuto nell'art. 1372, comma 1, cod. civ., secondo cui *“il contratto ha forza di legge tra le parti”*. Appunto, di fronte all'esercizio dello *jus variandi* nel limite quantitativo appena indicato, l'appaltatore, in deroga al principio generale di cui al suddetto art. 1372, ha l'obbligo di eseguire le prestazioni aggiuntive (o di subire una diminuzione delle stesse) alle medesime condizioni previste nel contratto originario.

Inoltre, prosegue la sentenza, la fattispecie prevista dal comma 12 assume natura derogatoria anche rispetto a un'altra regola generale, questa volta tipica del settore dei contratti pubblici, consistente nell'obbligo degli enti appaltanti pubblici di ricorrere ad una gara pubblica per l'affidamento di lavori, servizi o forniture. Attraverso il meccanismo del “quinto d'obbligo”, infatti, è consentito a tali soggetti di ampliare quantitativamente l'oggetto del contratto, fino a concorrenza del quinto dell'importo, mediante affidamento diretto di ulteriori prestazioni all'appaltatore e senza la necessità di celebrare una procedura ad evidenza pubblica.

In considerazione della natura derogatoria della normativa in discussione, il giudice amministrativo *de quo* ha dichiarato che la stessa possa trovare applicazione solo nei casi espressamente previsti, che sono di stretta interpretazione.

In tale prospettiva ermeneutica, il Collegio napoletano, valorizzando il dato letterale dell'inciso *“qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni”*, ha chiarito che l'istituto del “quinto d'obbligo” può essere attivato solo in caso di circostanze imprevedibili e sopravvenute nel corso dell'esecuzione del contratto. Il Collegio ha, quindi, categoricamente escluso la possibilità di ricorrere a tale istituto *“per rimediare ad errori originari compiuti dalla stazione appaltante in sede di valutazione del fabbisogno ovvero per eludere gli obblighi discendenti dal rispetto delle procedure ad evidenza pubblica attraverso un artificioso frazionamento del contenuto delle prestazioni”*.

Alla luce di tali affermazioni di principio, il T.A.R. Napoli ha escluso che nel caso *de quo* vi fossero i presupposti per ricorrere all'istituto del “quinto d'obbligo” da parte della ASL, che già a monte dell'indizione della “gara ponte” e della successiva aggiudicazione in favore di S.G.S. s.r.l. era consapevole del vizio genetico della *lex specialis* di gara, consistente nell'erronea valutazione e pianificazione dell'impegno orario occorrente per il completo svolgimento del servizio di vigilanza non armata presso le proprie strutture. Del resto, anche dall'esame dell'ulteriore documentazione allegata dalla ricorrente risultava evidente che l'amministrazione avesse in più occasioni riconosciuto

di aver sottostimato il proprio fabbisogno di ore del servizio di sorveglianza non armata, sicché non poteva configurarsi in alcun modo una sopravvenienza insorta in corso di esecuzione del contratto che potesse giustificare il ricorso al “quinto d’obbligo”.

Non solo. Il Collegio ha concluso nel senso che l’amministrazione, suddividendo artificiosamente il monte ore complessivo da coprire mediante attivazione del “quinto d’obbligo” e da assegnare mediante procedura negoziata semplificata, avrebbe altresì violato l’art. 35, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016⁽⁶⁾, che vieta alle stazioni appaltanti di ricorrere a meccanismi elusivi di frazionamento dell’appalto allo scopo di evitare l’applicazione delle norme del codice dei contratti pubblici, con ciò rendendo ancor più palese l’intento elusivo perseguito.

Considerazioni conclusive

La decisione dal giudice amministrativo di Napoli è (almeno in parte) avvalorata dalla lettera dell’art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, laddove specifica che l’imposizione, da parte della stazione appaltante, di un aumento o di una diminuzione delle prestazioni entro il limite del quinto dell’importo contrattuale può avere luogo “*qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni*”.

Tuttavia, la sentenza del T.A.R. va oltre il dato testuale del citato comma 12 e finisce per desumere che l’istituto del quinto d’obbligo possa essere azionato solo per far fronte a “*circostanze imprevedibili e sopravvenute nel corso dell’esecuzione del contratto*”, essendone esclusa l’applicazione per rimediare ad errori di valutazione compiuti dalla p.a. a monte dell’affidamento del contratto.

Sul punto, pur non mancando precedenti in cui la giurisprudenza amministrativa è giunta (seppur *incidenter tantum*) alle medesime conclusioni⁽⁷⁾, si evidenzia la portata innovativa del principio di diritto sancito dalla sentenza, che si pone parzialmente in contrasto con l’orientamento giurisprudenziale che ammette il ricorso al “quinto d’obbligo” anche in caso di errore della stazione appaltante, non quindi necessariamente in caso di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili⁽⁸⁾.

.....
 (6) In particolare, in forza dell’art. 35, comma 6, d.lgs. 50/2016 “*la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto o concessione non può essere fatta con l’intenzione di escluderlo dall’ambito di applicazione delle disposizioni del presente codice relative alle soglie europee. Un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l’applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustificano*”.

(7) Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, n. 840/2020; T.A.R. Campania, Napoli, n. 4534/2019.

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

Delineati i termini della *querelle*, non resta che auspicare un intervento del Consiglio di Stato, in relazione a questo o a futuri casi analoghi, al fine di vagliare la tenuta del suesposto principio di diritto anche in seno al Supremo Consesso della giustizia amministrativa.

In previsione, sembra plausibile ritenere che la soluzione adottata dalla Sezione Quinta possa in futuro trovare conferma anche da parte dei giudici di Palazzo Spada.

In effetti, l'istituto del "quinto d'obbligo" e, più in generale, della variante in corso d'opera pubblicistica, è il "*frutto di un delicato bilanciamento operato dal legislatore fra le regole comunitarie sulla concorrenza (che impongono la corrispondenza fra l'appalto eseguito e quello messo in gara) e le esigenze sopravvenute della stazione appaltante che richiedono una modifica del contratto senza la quale l'interesse che sta alla base della stipula verrebbe ad essere in vario modo frustrato o, comunque, non completamente o proficuamente realizzato*"⁽⁹⁾.

Dunque, il ricorso allo strumento in esame dovrebbe essere ammesso dall'ordinamento solo nella misura in cui miri a governare una sopravvenienza della fase esecutiva del rapporto contrattuale.

Al contrario, l'evocazione del "quinto d'obbligo" per far fronte ad esigenze che, quand'anche riconducibili ad errori di valutazione compiuti dalla stazione appaltante, siano già attuali durante la fase genetica del rapporto, risulterebbe lesiva del dialogo competitivo, sottraendo allo stesso la porzione di prestazioni ulteriori rispetto a quelle oggetto dell'originario confronto concorrenziale.

E la medesima deduzione dovrebbe valere anche per il caso di "quinto d'obbligo" in diminuzione, atteso che la sottrazione in fase esecutiva di una fetta delle prestazioni messe a gara, se riconducibile ad esigenze non sopravvenute bensì risalenti alla fase di affidamento, potrebbe sortire un effetto lesivo dei principi della *par condicio* e del *favor participationis*, comportando una verosimile restrizione dell'originaria platea dei concorrenti.

.....

(9) In termini, T.A.R. Toscana, Firenze, n. 783/2017.