

**GIURISDIZIONE: Competenza - Contratti della P.A. - Appalti di forniture - Art. 106, co. 12, D.lgs. n. 50 del 2016 - C.d. quinto d'obbligo - Impugnazione in s.g. - Controversie - Giurisdizione del G.O.**

**Tar Emilia Romagna - Bologna, Sez. I, 4 ottobre 2021, n. 820**

*“[...] avuto riguardo alle regulae iuris che connotano la materia, pare al Collegio che si debba escludere la giurisdizione di questo giudice amministrativo e tanto per una serie di ragioni ermeneutiche così sinteticamente riassumibili sia di tipo formale – sistematico che di tipo sostanziale.*

*Quanto alle prime :*

*la clausola che consente di richiedere il quinto d'obbligo, relativamente alla sua collocazione, è prevista e normata nel contratto stipulato all'esito della procedura di scelta del contraente e quindi “ a valle “ del procedimento ad evidenza pubblica ;*

*il ricorso aggredisce la disciplina che regola la fase esecutiva del contratto; ( e correlativamente il provvedimento applicativo [...]*

*[...] Nel caso che ci occupa, invece siamo nell'alveo di un accordo negoziale riguardante posizioni paritarie, operanti sul piano civilistico, di guisa che ogni contestazione in ordine allo ius variandi, legato ad una clausola contrattuale, non può non essere devoluta, quanto alla sua cognizione, alla giurisdizione del giudice dei diritti soggettivi*

*La presente controversia ricade dunque nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario competente per territorio , avanti al quale , ai sensi dell'art. 11 comma 2 è consentito riproporre il giudizio nel termine perentorio previsto da detta norma [...].”*

#### FATTO e DIRITTO

Metaplex s.p.a. risultava aggiudicataria, a seguito di gara per pubblico incanto, bandita e gestita da Intercent- Er dell'appalto per la fornitura di arredi per uffici a ridotto impatto ambientale per un importo di euro 1.147.344,00 oltre IVA, cui faceva seguito la convenzione- quadro stipulata l'8 febbraio 2019 con scadenza l'8 febbraio 2021 e prorogata per ulteriori 12 mesi.

Detta convenzione, inserita nel Disciplinare di gara ( paragrafo 1), all'art. 4 comma 7 ha previsto che : “ nel caso in cui prima del decorso del termine di durata della predetta convenzione sia esaurito l'importo massimo spendibile , al Fornitore potrà essere richiesto, alle stesse condizioni e corrispettivi, di incrementare tale importo di un quinto , nei termini posti dall'art. 106 comma 12 dlgs n. 50/2016.

Con determinazione dirigenziale n. 298 del 2//2021 , la Committente Agenzia Intercent- ER stabiliva di avvalersi della facoltà del c.d. quinto d'obbligo di cui all'art. 106 comma 12 del dlgs n. 50/2016 , come prevista dall'art. 4 comma 7 della Convenzione e di richiedere conseguentemente alla Metaplex s.p.a un aumento del 20% delle prestazioni contrattuali.

La predetta Società ha impugnato la citata determinazione nonché in parte qua il Disciplinare di gara paragrafo 1 “ oggetto e durata dello schema di convenzione” , come interpretato dalla committente , affidando il ricorso ai seguenti motivi :

Violazione e falsa applicazione dell'art. 106 codice appalti e dei principi generali in tema di concorrenza e favor participationis ; violazione e falsa applicazione degli artt. 1218,1223 e 1256 codice civile ; impossibilità sopravvenuta della prestazione per eventi imprevedibili ed eccessiva onerosità;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 7 della Convenzione

Si è costituita in giudizio Intercent- ER che ha in via preliminare ha eccepito la inammissibilità/irricevibilità del ricorso per difetto di giurisdizione, per genericità della procura ad litem, per mancata notifica ad almeno uno dei controinteressati .

Nel merito ha contestato la fondatezza del ricorso, chiedendone la reiezione.

Parte ricorrente nelle memorie difensive anche di replica ha controdedotto avverso le eccezioni sopra indicate e ribadendo nel merito la fondatezza delle formulatecensure.

Anche la controparte ha insistito nella memoria di replica sulle sue tesi difensive

All'odierna udienza pubblica la causa viene introitata per la decisione.

Tanto premesso, il Collegio deve in via preliminare occuparsi dell'eccezione di difetto di giurisdizione, risultando del tutto dirimente andare a verificare se spetta o meno a questo giudice amministrativo conoscere della controversia di cui al ricorso in epigrafe.

Ritiene il Collegio che il ricorso sia inammissibile per difetto di giurisdizione di questo g.a.

Secondo un più che consolidato orientamento giurisprudenziale, la potestà cognitiva delle condotte e dei provvedimenti assunti prima della definizione della procedura di affidamento dei contratti di appalto ( di lavori, servizi e forniture ) o nella fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto deve essere ascritta entro il perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo , mentre la cognizione dei quelli afferenti all'esecuzione dell'accordo negoziale appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario ( cfr ex multis, Cons Stato Ad. PL. 20/6/2014; Cons. Stato Sez. V 1/8/2015 n. 3780; idem Sez. V 31/12/2014 n. 6455; Cass. Sez. Unite 23/7/2013 n. 17858 ; idem 24/5/2013 n. 12901 Cons Stato Sez. III 4/12/2015 n. 5519 ; TAR Sicilia Catania n. 1684 del 2/7/2019)

Questione dirimente quindi è andare a verificare se gli atti impugnati afferiscano o meno alla fase esecutiva del rapporto contrattuale in essere, ciò dipendendo dalle disposizioni che prevedono la possibilità di applicare il . c.d. quinto d'obbligo Al riguardo il contratto d'appalto, rectius la convenzione –quadro all'art. 4 comma 7 prevede la possibilità di richiedere al fornitore alle stesse condizioni e corrispettivi di incrementare l'importo massimo spendibile di un quinto, ai sensi dell'art. 106 comma 12 dlgs n. 50/2016 e tale disposizione è riproduttiva della norma del codice dei contratti appena citato.

Ebbene, avuto riguardo alle *regulae iuris* che connotano la materia, pare al Collegio che si debba escludere la giurisdizione di questo giudice amministrativo e tanto per una serie di ragioni ermeneutiche così sinteticamente riassumibili sia di tipo formale – sistematico che di tipo sostanziale.

Quanto alle prime :

la clausola che consente di richiedere il quinto d'obbligo, relativamente alla sua collocazione, è prevista e normata nel contratto stipulato all'esito della procedura di scelta del contraente e quindi “ a valle “ del procedimento ad evidenza pubblica ;

il ricorso aggredisce la disciplina che regola la fase esecutiva del contratto; ( e correlativamente il provvedimento applicativo

Relativamente ai secondi, seguendo il criterio del *petitum sostanziale*, parte ricorrente lamenta l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e l'eccessiva onerosità, ma tali ragioni attengono proprio alla fisiologia ed eventuale patologia alle previsioni pattizie previste dalla sottostante convenzione, in precedenza sottoscritta dalle parti, lì dove una delle stesse va “ a modificare “ le condizioni dell'accordo negoziale in origine accettato da entrambe le parti e fronte di ciò, tenuto conto della parità delle posizioni in rilievo , non può non configurarsi una situazione giuridica soggettiva avente le connotazioni di diritto soggettivo, tutelabile , conseguentemente davanti al giudice deputato a conoscere della denunciata lesione di tali posizioni e cioè il giudice ordinario.

È noto al Collegio un qualche precedente che affida al giudice amministrativo la cognizione in ordine alla esatta applicabilità o meno dell'istituto del quinto d'obbligo ( cfr TAR Umbria 28/10/2016 n. 677) , ma in quel caso viene in rilievo l'approvazione di una variante che involge l'affidamento dei lavori pubblici e quindi una scelta di tipo autoritativo con conseguente attrazione nella giurisdizione del g.a .

Nel caso che ci occupa, invece siamo nell'alveo di un accordo negoziale riguardante posizioni paritarie, operanti sul piano civilistico, di guisa che ogni contestazione in ordine allo *ius variandi*,

legato ad una clausola contrattuale, non può non essere devoluta, quanto alla sua cognizione, alla giurisdizione del giudice dei diritti soggettivi

La presente controversia ricade dunque nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario competente per territorio , avanti al quale , ai sensi dell'art. 11 comma 2 è consentito riproporre il giudizio nel termine perentorio previsto da detta norma

In ragione della peculiarità della vicenda all'esame, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile, declinando la giurisdizione in favore del giudice ordinario competente per territorio innanzi al quale la controversia dovrà eventualmente essere riassunta ai sensi dell'art. 11 comma 2 del codice del processo amministrativo

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente, Estensore

Umberto Giovannini, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere

IL SEGRETARIO